



Warszawa, dnia 22 listopada 2013 r.

MINISTER  
SPRAW WEWNĘTRZNYCH

DP-II-025-2/2013

Sygn. akt U 5/13

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY KANCLARIA	
wpl. dnia	25. 11. 2013
L.dz. ....	L. zał. ....

Pan

prof. Andrzej Rzepliński

Prezes

Trybunału Konstytucyjnego

*Przepraszam Pana Prezesa*

Na podstawie art. 34 ust. 1 w związku z art. 38 pkt 2 i art. 27 pkt 2 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz 643 z późn. zm.) przedstawiam stanowisko w sprawie o sygn. akt U 5/13 z wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 26 czerwca 2013 r. (znak: RPO-691690-III/12/TO) 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. Nr 79, poz. 349 z późn. zm.) 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 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 z późn. zm.) w zakresie, w jakim powoduje uznanie strażaka 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*.

Odnosząc się do ww. wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich wnoszę o **stwierdzenie, że** przepisy:

- 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 z późn. zm.) w zakresie, w jakim powodują 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, **są niezgodne** 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 pkt 5 załącznika nr 3 (wcześniej: załącznika nr 2a) 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 z późn. zm.) w zakresie, w jakim powodują uznanie strażaka 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, **sa niezgodne** z art. 30 oraz z art. 60 w związku z art. 31 ust. 3 *Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*.

Ponadto **wnoszę o:**

odroczenie, na podstawie art. 190 ust. 3 Konstytucji RP, utraty mocy obowiązującej ww. przepisów § 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 z późn. zm.), a także § 44 pkt 6 oraz § 57 pkt 4 i pkt 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. Nr 79, poz. 349 z późn. zm.), w przypadku stwierdzenia ich niegodności ze wskazanymi wzorcami kontroli konstytucyjnej.

## UZASADNIENIE

### I. Stan prawny

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o *Policji* (Dz. U. z 2011 r. Nr 287, poz. 1687 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą o *Policji*”, służbę w Policji może pełnić obywatel polski o nieposzlakowanej opinii, który nie był skazany prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, korzystający z pełni praw publicznych, posiadający co najmniej średnie wykształcenie oraz zdolność fizyczną i psychiczną 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.

Natomiast służbę w Państwowej Straży Pożarnej (zwanej dalej „PSP”) – zgodnie z art. 28 ustawy z dnia 24 sierpnia 1991 r. o *Państwowej Straży Pożarnej* (Dz. U. z 2009 r. Nr 12, poz. 68 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą o *PSP*” – 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.

Zarazem w myśl art. 26 ust. 1 ustawy o *Policji* zdolność fizyczną i psychiczną do służby ustalają komisje lekarskie podległe ministrowi właściwemu do spraw wewnętrznych. Komisje te dokonują także – zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy o *PSP* – oceny zdolności fizycznej i psychicznej do służby w PSP.

Na mocy art. 26 ust. 2 ustawy o *Policji* minister właściwy do spraw wewnętrznych został upoważniony do wydania rozporządzenia, określającego 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. Na podstawie m.in. wskazanego upoważnienia wydane zostało rozporządzenie 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 z późn. zm.), zwane dalej „*rozporządzeniem*” lub „*rozporządzeniem z dnia 9 lipca 1991 r.*”.

Również w art. 29 ust. 2 ustawy o PSP zawarto upoważnienie dla ministra właściwego do spraw wewnętrznych do wydania rozporządzenia określającego zasady, właściwość i tryb postępowania komisji lekarskich w sprawach oceny zdolności fizycznej i psychicznej do służby w PSP. Podkreślić należy, że ustawa o PSP została uchwalona już po wydaniu *rozporządzenia z dnia 9 lipca 1991 r.*, zaś weszła w życie w dniu 1 stycznia 1992 r., tj. już po wejściu w życie *rozporządzenia z dnia 9 lipca 1991 r.*, a zatem nie mogło ono zostać wydane na podstawie upoważnienia zawartego w art. 29 ust. 2 ustawy o PSP. Upoważnienia tego nie zrealizowano jednak poprzez wydanie na mocy art. 29 ust. 2 ustawy o PSP oddzielnego rozporządzenia, lecz poprzez nowelizację *rozporządzenia z dnia 9 lipca 1991 r.* Na podstawie m.in. art. 29 ust. 2 ustawy o PSP wydane zostało bowiem rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 9 października 1992 r. *zmieniające rozporządzenie w sprawie właściwości i trybu postępowania komisji lekarskich podległych Ministrowi Spraw Wewnętrznych* (Dz. U. Nr 83, poz. 425), zwane dalej „*rozporządzeniem zmieniającym z 1992 r.*”, na mocy którego wprowadzono do *rozporządzenia z dnia 9 lipca 1991 r.* przepisy regulujące zasady oceny zdolności fizycznej oraz psychicznej do służby w PSP oraz właściwość i tryb postępowania komisji lekarskich w tych sprawach.

*Rozporządzenie z dnia 9 lipca 1991 r.* normuje 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. § 1 ust. 1 *rozporządzenia z dnia 9 lipca 1991 r.* stanowi, że komisje lekarskie podległe ministrowi właściwemu do spraw wewnętrznych oceniają na podstawie badań lekarskich zdolność fizyczną oraz psychiczną do pełnienia służby w stosunku do kandydatów do służby w Policji, Urzędzie Ochrony Państwa (UOP), Straży Granicznej, Służbie Więziennej oraz PSP, jak i w stosunku do policjantów, funkcjonariuszy Straży Granicznej, UOP i Służby Więziennej oraz strażaków PSP.

Aktualnie jednak – na skutek dokonanej na mocy ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. z 2010 r. Nr 29, poz. 154 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą o ABW i AW”, likwidacji UOP oraz utworzenia w jego miejsce Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu, które to służby posiadają, zgodnie z art. 45 ust. 1 ustawy o ABW i AW, własne komisje lekarskie, podległe Szefowi właściwej Agencji – komisje lekarskie podległe ministrowi właściwemu do spraw wewnętrznych oceniają zdolność fizyczną i psychiczną do służby jedynie w stosunku do policjantów, funkcjonariuszy Straży Granicznej i Służby Więziennej oraz strażaków PSP, a także w stosunku do kandydatów do służby w tych formacjach.

Należy jednakże podkreślić, że w odniesieniu do kandydatów do służby w Służbie Więziennej oraz funkcjonariuszy tej służby przepisy *rozporządzenia z dnia 9 lipca 1991 r.* nie mają już zastosowania. Rozporządzenie to wydane zostało bowiem także na podstawie art. 5 ust. 4 ustawy z dnia 10 grudnia 1959 r. o Służbie Więziennej (Dz. U. z 1984 r. Nr 29, poz. 149 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą z 1959 r.”. Ustawa z 1959 r. utraciła jednak moc obowiązującą na podstawie art. 140 ust. 1 ustawy z dnia 26 kwietnia 1996 r. o Służbie Więziennej (Dz. U. z 2002 r. Nr 207, poz. 1761 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą z 1996 r.” (która weszła w życie 1 września 1996 r.), zaś akty wykonawcze wydane na podstawie ustawy z 1959 r. (w tym *rozporządzenie z dnia 9 lipca 1991 r.* w zakresie, w jakim dotyczyło

ono funkcjonariuszy Służby Więziennej) utraciły – zgodnie z art. 140 ust. 2 *ustawy z 1996 r.* – moc obowiązującą z upływem 1 roku od dnia wejścia w życie *ustawy z 1996 r.*, tj. w dniu 1 września 1997 r.

Od dnia 1 września 1997 r. kwestię oceny zdolności do służby funkcjonariuszy Służby Więziennej oraz kandydatów do służby w tej formacji regulowały wydawane na mocy art. 26 ust. 2 *ustawy z 1996 r.* zarządzenia Ministra Sprawiedliwości, następnie zaś rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 października 2005 r. w *sprawie wymagań w zakresie zdolności fizycznej i psychicznej do Służby Więziennej* (Dz. U. Nr 233, poz. 1986 z późn. zm.). Obecnie kwestię tę reguluje art. 110 ust. 1 *ustawy z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej* (Dz. U. Nr 79, poz. 523 z późn. zm.), na mocy którego utrzymano kompetencje komisji lekarskich podległych ministrowi właściwemu do spraw wewnętrznych do ustalania zdolności do służby kandydatów do służby w Służbie Więziennej oraz funkcjonariuszy tej służby. Zarazem jednak w załączniku nr 1 do wydanego na podstawie art. 110 ust. 2 powyższej ustawy rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 stycznia 2011 r. w *sprawie wymagań w zakresie zdolności fizycznej i psychicznej do Służby Więziennej* (Dz. U. Nr 20, poz. 108), określono odrębnie kategorie zdolności do służby przewidziane w przypadku poszczególnych chorób i ułomności.

Aktualnie zatem komisje lekarskie podległe ministrowi właściwemu do spraw wewnętrznych ustalają (oceniają) na podstawie badań lekarskich zdolność fizyczną i psychiczną do pełnienia służby w oparciu o przepisy *rozporządzenia z dnia 9 lipca 1991 r.* jedynie w stosunku do:

- 1) kandydatów do służby w Policji, Straży Granicznej oraz w PSP, a także w stosunku do
- 2) policjantów, funkcjonariuszy Straży Granicznej oraz strażaków PSP.

Ponadto zgodnie z § 1 ust. 2 *rozporządzenia z dnia 9 lipca 1991 r.* komisje lekarskie orzekają o:

- 1) stopniu uszczerbku na zdrowiu spowodowanym wypadkiem lub chorobami pozostającymi w związku ze szczególnymi warunkami lub właściwościami służby,
- 2) związku schorzeń i ułomności ze służbą,
- 3) inwalidztwie i związku tego inwalidztwa ze służbą,
- 4) związku śmierci ze służbą,
- 5) potrzebie udzielenia urlopu zdrowotnego,
- 6) potrzebie udzielenia długotrwałego lub stałego zwolnienia od wykonywania niektórych zajęć służbowych.

W myśl § 2 ust. 1 *rozporządzenia z dnia 9 lipca 1991 r.* komisje lekarskie orzekają w dwóch instancjach: wojewódzkie komisje lekarskie (działające jako pierwsza instancja) oraz okręgowe komisje lekarskie (działające jako druga instancja). Wojewódzkie komisje lekarskie są właściwe w zakresie badań i wydawania orzeczeń w sprawach wymienionych w § 1 *rozporządzenia* w stosunku do osób pełniących służbę lub zamieszkałych w miejscowości objętej zakresem działania tych komisji (§ 3 *rozporządzenia*). Zakres działania okręgowych komisji lekarskich określa § 4 *rozporządzenia*. Zakres ten obejmuje:

- 1) zatwierdzanie orzeczeń wydanych przez wojewódzkie komisje lekarskie;
- 2) rozpatrywanie odwołań od orzeczeń wojewódzkich komisji lekarskich;
- 3) orzekanie w sprawach wymienionych w § 1 *rozporządzenia* w przypadku uchylenia orzeczenia wojewódzkiej komisji lekarskiej;

4) sprawowanie fachowego nadzoru nad merytoryczną działalnością wojewódzkich komisji lekarskich.  
Nadzór nad działalnością wskazanych wyżej komisji sprawuje Centralna Komisja Lekarska (§ 2 ust. 2 *rozporządzenia*).

Tryb kierowania do komisji lekarskich normuje rozdział 2 *rozporządzenia*. Stosownie do § 6 ust. 1 *rozporządzenia* do komisji lekarskich kieruje się z urzędu lub na prośbę osoby ubiegającej się o wydanie orzeczenia lekarskiego. Obligatoryjnemu stawiennictwu (z urzędu) podlega m.in. osoba, której stan zdrowia daje podstawę do przypuszczeń, że stopień jej zdolności do służby uległ zasadniczej zmianie lub że dalsze pełnienie przez tę osobę służby na zajmowanym stanowisku jest niemożliwe (§ 6 ust. 2 pkt 2 *rozporządzenia*). W takiej sytuacji skierowanie do komisji lekarskiej sporządza się na formularzu według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do *rozporządzenia*, do którego – w przypadku kandydata do służby – dołączyć należy wyniki jego badań psychologicznych oraz ocenę sprawności fizycznej do służby (§ 9 *rozporządzenia*).

Stopień zdolności do służby komisje lekarskie ustalają poprzez zaliczenie osoby badanej do jednej z kategorii. W przypadku kandydatów do służby są to zdefiniowane w § 10 ust. 1 *rozporządzenia* kategorie „Z” lub „N”, tj. odpowiednio „zdolny”, co oznacza, że stan zdrowia badanego nie budzi żadnych zastrzeżeń albo że stwierdzone schorzenia lub ułomności fizyczne albo psychiczne nie stanowią przeszkody do pełnienia służby oraz „niezdolny”, co oznacza, że stwierdzone u badanego schorzenia lub ułomności fizyczne albo psychiczne uniemożliwiają pełnienie służby. W przypadku natomiast funkcjonariuszy zaliczenie następuje, zgodnie z § 11 *rozporządzenia*, 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.

Na mocy § 12 ust. 1 *rozporządzenia* orzeczenie o stanie zdrowia i stopniu zdolności do służby komisje lekarskie wydają na podstawie wykazu chorób i ułomności, stanowiącego załącznik nr 2 do *rozporządzenia*, a w stosunku do kandydatów do służby w PSP oraz strażaków – załącznik nr 3 do *rozporządzenia*. Orzeczenie wydawane jest 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 podległemu Ministrowi Obrony Narodowej lub zakładzie społecznym służby zdrowia (§ 12 ust. 1 *in fine* *rozporządzenia*). Orzeczenia o zdolności do służby nie wydaje się w przypadku ostrego schorzenia w rozumieniu klinicznym aż do czasu ustąpienia ostrych objawów (§ 12 ust. 3 *rozporządzenia*).

Rozpoznanie lekarza winno zarazem powoływać w swej treści m.in. paragrafy oraz punkty przewidziane w wykazie chorób i ułomności (§ 13 ust. 2 *rozporządzenia*).

Komisje lekarskie, jak wskazano wyżej, przed wydaniem stosownego orzeczenia o stopniu zdolności fizycznej i psychicznej do pełnienia służby są zobowiązane, z mocy § 12 ust. 1 *rozporządzenia*, do wszechstronnego zbadania danej osoby i uwzględnienia wyników badań specjalistycznych. W następstwie tak przeprowadzonego badania komisje lekarskie kwalifikują osobę badaną do jednej z kategorii ujętych w wykazie chorób i ułomności. Komisja lekarska, rozpoznając schorzenie, orzeka o zdolności czy też braku zdolności osoby badanej do służby, przyjmując jedno z następujących określeń, przewidzianych w § 13 ust. 1 *rozporządzenia*:

- 1) zdolny do służby – w przypadku, jeżeli po przeprowadzeniu podstawowego badania lekarskiego oraz ewentualnych badań specjalistycznych i dodatkowych komisja nie stwierdzi żadnych schorzeń;
- 2) trwale niezdolny do pełnienia służby na zajmowanym stanowisku – w przypadku, gdy w stanie zdrowia badanego stwierdzono schorzenie, które zmniejsza jego sprawność fizyczną lub psychiczną i nie pozwala na pełnienie służby na zajmowanym stanowisku, jednak schorzenie to nie stanowi przeszkody do dalszego pełnienia służby na innym stanowisku, przy czym w takim przypadku komisja obowiązana jest określić, jakie warunki służby są przeciwwskazane dla badanego;
- 3) czasowo niezdolny do pełnienia służby na zajmowanym stanowisku – jeżeli w stanie zdrowia badanego stwierdzono schorzenia, które czasowo zmniejszają jego sprawność fizyczną lub psychiczną, ale które mogą rokować poprawę jego stanu zdrowia i odzyskanie pełnej sprawności i zdolności do służby na zajmowanym stanowisku (przy określaniu powyższego komisja wyznacza termin powtórnego badania i wydania ostatecznego orzeczenia o zdolności badanego do służby na zajmowanym stanowisku);
- 4) zdolny do pełnienia służby na zajmowanym stanowisku – w przypadku, gdy w stanie zdrowia badanego stwierdzono pewne schorzenia, które zmniejszają wprawdzie zdolność fizyczną lub psychiczną, ale nie są przeszkodą do pełnienia służby na zajmowanym stanowisku;
- 5) całkowicie niezdolny do służby – w przypadku, gdy w stanie zdrowia badanego stwierdzono schorzenia, które nie pozwalają na pełnienie służby.

Dokonując zestawienia wskazanych przepisów § 13 ust. 1 oraz § 11 *rozporządzenia*, regulujących zasady określania stopnia zdolności policjantów, funkcjonariuszy Straży Granicznej i strażaków PSP do służby, stwierdzić należy, że § 13 ust. 1 *rozporządzenia* stanowi swego rodzaju dopełnienie przepisu § 11 *rozporządzenia*. W zależności zatem od ustalenia stopnia zdolności do służby funkcjonariusza komisja lekarska wydaje jedno z orzeczeń ujętych w katalogu zawartym w § 13 ust. 1 *rozporządzenia*.

W związku z powyższym przypomnieć należy, że w świetle § 11 pkt 3 *rozporządzenia* okoliczność zakwalifikowania danego funkcjonariusza do kategorii „D” – „całkowicie niezdolny do służby” oznacza, że stwierdzone u osoby badanej schorzenia lub ułomności fizyczne albo psychiczne uniemożliwiają jej pełnienie służby. Ponieważ w myśl § 13 ust. 1 pkt 5 *rozporządzenia* w przypadku, gdy w stanie zdrowia badanego stwierdzone zostały schorzenia, które nie pozwalają na pełnienie służby, orzeczenie komisji lekarskiej powinno zawierać określenie „całkowicie niezdolny do służby”, stwierdzenie u poddanego badaniu funkcjonariusza schorzenia, które uniemożliwia pełnienie przez niego służby i powoduje zaliczenie go zgodnie z § 11 pkt 3 *rozporządzenia* do kategorii „D” – „całkowicie niezdolny do służby”, wyklucza możliwość podjęcia przez komisję lekarską orzeczenia odmiennego niż zawierające określenie „całkowicie niezdolny do służby”. Natomiast w przypadku

zakwalifikowania funkcjonariusza do kategorii „C” możliwe jest orzeczenie, w zależności od oceny stanu zdrowia funkcjonariusza, „trwałej niezdolności do pełnienia służby na zajmowanym stanowisku”, „czasowej niezdolności do pełnienia służby na zajmowanym stanowisku” lub „zdolności do pełnienia służby na zajmowanym stanowisku”.

Jak wskazano wyżej, zgodnie z § 12 ust. 1 *rozporządzenia* orzeczenie o stanie zdrowia i stopniu zdolności do służby komisje lekarskie wydają na podstawie wykazu chorób i ułomności, stanowiącego załącznik nr 2 do *rozporządzenia*, a w stosunku do kandydatów do służby w PSP oraz strażaków PSP – załącznik nr 3 do *rozporządzenia*. Dział XI Załącznika nr 2 do *rozporządzenia*, zatytułowany „Wykaz chorób i ułomności” oraz – analogicznie – dział XI Załącznika nr 3 do *rozporządzenia*, zatytułowany również „Wykaz chorób i ułomności”, zawierają wykaz chorób układu trawiennego. W zaskarżonych przez Rzecznika Praw Obywatelskich przepisach § 44 pkt 6 Wykazu chorób i ułomności, stanowiącego załącznik nr 2 do *rozporządzenia*, oraz – analogicznie – § 44 pkt 6 Wykazu chorób i ułomności, stanowiącego załącznik nr 3 do *rozporządzenia*, przewlekłe zapalenie wątroby oznaczone zostało symbolami „N” i „D”.

Dział XIV Załącznika nr 2 Wykaz chorób i ułomności oraz – analogicznie – dział XIV Załącznika nr 3 Wykaz chorób i ułomności zawierają natomiast wykaz chorób wewnętrznych. Wymienione w § 57 pkt 4 i 5 Wykazu chorób i ułomności, stanowiącego załącznik Nr 2 do *rozporządzenia*, a także w § 57 pkt 4 i 5 Wykazu chorób i ułomności, stanowiącego załącznik Nr 3 do *rozporządzenia* nosicielstwo wirusa HIV (*Human Immunodeficiency Virus* – HIV, ludzki wirus niedoboru odporności) oraz zespół nabytego upośledzenia odporności (*Acquired Immune Deficiency Syndrome* – AIDS, zespół nabytego upośledzenia odporności), a także inne defekty immunologiczne (nabyte i wrodzone) również zostały oznaczone symbolami „N” i „D” (dodać przy tym należy, że § 57 pkt 4 Załącznika nr 2 do *rozporządzenia* utracił moc obowiązującą z dniem 1 grudnia 2009 r. na mocy wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 listopada 2009 r., sygn. akt P 61/08, jednakże tylko w zakresie, w jakim powoduje uznanie policjanta za całkowicie niezdolnego do pełnienia służby z powodu nosicielstwa wirusa HIV bez względu na stan zdrowia, a zatem w pozostałym zakresie, w jakim dotyczy funkcjonariuszy Straży Granicznej oraz kandydatów do służby w Policji lub Straży Granicznej, przepis ten nadal obowiązuje).

Zarówno kategoria „N”, znajdująca zastosowanie w stosunku do kandydatów do służby, jak i kategoria „D” – właściwa dla funkcjonariuszy – oznacza, że stwierdzone u osoby badanej schorzenia lub ułomności fizyczne albo psychiczne uniemożliwiają jej pełnienie służby (§ 10 ust. 1 pkt 2 oraz § 11 pkt 3 *rozporządzenia*). W konsekwencji, z § 44 pkt 6 oraz § 57 pkt 4 (w obowiązującym zakresie) i pkt 5 Wykazu chorób i ułomności, stanowiącego załącznik nr 2 do *rozporządzenia*, a także z § 44 pkt 6 oraz § 57 pkt 4 i pkt 5 Wykazu chorób i ułomności, stanowiącego załącznik nr 3 do *rozporządzenia*, wynika, że w przypadku stwierdzenia u funkcjonariusza Policji, Straży Granicznej lub strażaka PSP bądź kandydata do służby w tych formacjach chorób, takich jak przewlekłe zapalenie wątroby oraz AIDS, komisja lekarska jest obowiązana na podstawie § 11 pkt 3 oraz § 13 ust. 1 pkt 5 *rozporządzenia* wydać orzeczenie stwierdzające całkowitą niezdolność do służby w danej formacji. Analogiczna sytuacja ma miejsce w przypadku stwierdzenia u strażaka PSP lub funkcjonariusza Straży Granicznej bądź kandydata do służby w Policji, Straży Granicznej lub PSP nosicielstwa wirusa HIV.

Orzeczenie stwierdzające całkowitą niezdolność funkcjonariusza Policji lub Straży Granicznej bądź strażaka PSP do służby skutkuje zaś obligatoryjnym zwolnieniem takiego funkcjonariusza lub strażaka ze służby. Policjant oraz funkcjonariusz Straży Granicznej podlega bowiem – zgodnie z art. 41 ust. 1 pkt 1 ustawy *o Policji* oraz art. 45 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 12 października 1990 r. *o Straży Granicznej* (Dz. U. z 2011 r. Nr 116, poz. 675 z późn. zm.) – zwolnieniu ze służby odpowiednio w Policji oraz Straży Granicznej w przypadku orzeczenia przez komisję lekarską trwałej niezdolności do służby, zaś strażak PSP – zgodnie z art. 43 ust. 2 pkt 1 ustawy *o PSP* – podlega zwolnieniu ze służby w PSP w razie orzeczenia całkowitej niezdolności do służby.

## II. Zarzuty Rzecznika Praw Obywatelskich

Rzecznik Praw Obywatelskich zakwestionował zgodność przepisów § 44 pkt 6 oraz § 57 pkt 5 załącznika nr 2 i załącznika nr 3 do *rozporządzenia*, zawierających wykazy chorób i ułomności mające zastosowanie do oceny zdolności fizycznej i psychicznej do służby policjantów i funkcjonariuszy Straży Granicznej oraz kandydatów do służby w tych formacjach (załącznik nr 2), a także strażaków PSP i kandydatów do służby w PSP (załącznik nr 3) – w zakresie, w jakim przepisy § 44 pkt 6 i § 57 pkt 5 załącznika nr 2 do *rozporządzenia* powodują uznanie policjanta, zaś przepisy § 44 pkt 6 i § 57 pkt 5 załącznika nr 3 do *rozporządzenia* – strażaka PSP 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 następującymi wzorcami kontroli:

- 1) art. 60 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.), zwanej dalej „Konstytucją RP”, statuującym przysługujące obywatelom polskim korzystającym z pełni praw publicznych prawo dostępu do służby publicznej na jednakowych zasadach, w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, określającym zasady ustanawiania ograniczeń w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw,
- 2) art. 30 Konstytucji RP wyrażającym zasadę nienaruszalności przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka (jako źródła wolności i praw człowieka i obywatela) oraz obowiązek jej poszanowania i ochrony przez władze publiczne.

Rzecznik zakwestionował także zgodność ze wskazanymi wzorcami kontroli § 57 pkt 4 załącznika nr 3 do *rozporządzenia* w zakresie, w jakim przepis ten powoduje uznanie strażaka PSP za całkowicie niezdolnego do służby z powodu stwierdzenia nosicielstwa wirusa HIV, bez względu na stan zdrowia.

Uzasadniając powyższe, Rzecznik Praw Obywatelskich powołał się w pierwszej kolejności na wspomniany wyżej wyrok z dnia 23 listopada 2009 r. (sygn. akt P 61/08), w którym Trybunał Konstytucyjny orzekł o niezgodności § 57 pkt 4 załącznika nr 2 do *rozporządzenia* – w zakresie, w jakim przepis ten powoduje uznanie policjanta za całkowicie niezdolnego do pełnienia służby z powodu stwierdzenia nosicielstwa wirusa HIV, bez względu na stan zdrowia – z art. 60 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

Uzasadniając zarzut niezgodności regulacji § 44 pkt 6 i § 57 pkt 5 załącznika nr 2 do *rozporządzenia* oraz § 44 pkt 6 i § 57 pkt 4 i 5 załącznika nr 3 do *rozporządzenia* z art. 60 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, Rzecznik wskazał, że w świetle art. 60 Konstytucji RP „ustawa musi (...) ustanowić obiektywne kryteria doboru kandydatów do służby publicznej oraz regulować zasady i procedurę rekrutacji w taki sposób, aby zapewnić przestrzeganie równości szans wszystkich kandydatów, bez



*jakiegokolwiek dyskryminacji i nieuzasadnionych ograniczeń. Przy czym nie odbiera to władzy publicznej możliwości ustalenia szczegółowych warunków dostępu do konkretnej służby, ze względu na jej rodzaj i istotę”, gdyż „w systemach demokratycznych zasadą jest selekcyjny charakter naboru do służby publicznej. Ustawa powinna określić również kryteria zwalniania ze służby oraz procedurę podejmowania decyzji w tym zakresie, tak aby wykluczyć wszelką dowolność działania władz publicznych”. Mając na względzie powyższe wymogi, Rzecznik wskazał, że wątpliwości budzi nie tyle „formułowanie reguł naboru za pomocą kryteriów medycznych”, lecz czy zaskarżone przepisy, przewidując „automatyczne” zwolnienie policjanta (strażaka PSP) ze służby w Policji (PSP), stanowią „proporcjonalne ograniczenie dostępu do służby publicznej”.*

Zdaniem Rzecznika zaskarżone przepisy, wprowadzając ograniczenia dostępu do służby w Policji oraz Państwowej Straży Pożarnej, wypełniają tylko jedno z trzech kryteriów stosowanych przez Trybunał Konstytucyjny przy ocenie proporcjonalności wprowadzonego ograniczenia w korzystaniu z konstytucyjnych wolności i praw, tj. kryterium przydatności, gdyż „eliminacja z Policji/Państwowej Straży Pożarnej osób z HIV/WZW/AIDS (...) przyczynia się do poprawy jakości kadr i minimalizacji ryzyka zagrożenia”, naruszają natomiast kryterium konieczności oraz unikania tzw. nadmiernej ingerencji. Rzecznik podkreślił, że nosicielstwo wirusa HIV, zespół nabytego upośledzenia odporności (AIDS) oraz przewlekłe zapalenie wątroby należą do schorzeń, które „mogą przez wiele lat przebiegać bezobjawowo”. Zgodnie zarazem „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 (podobnie jak w przypadku innych chorób, np. WZW) dobra integracja społeczna zarażonych pozwala na bardziej optymistyczne prognozy co do rozwoju AIDS i minimalizuje prawdopodobieństwo zachowań ryzykownych, tzn. świadomego lub nieświadomego rozprzestrzenienia wirusa”. Tym samym „mechanizm automatycznego zwalniania z Policji/Państwowej Straży Pożarnej (...) nie jest najmniej uciążliwym środkiem zapobiegania przypadkowym epidemiom”.

Biorąc zatem pod uwagę kryteria konieczności zastosowania ograniczenia oraz unikania nadmiernej ingerencji w konstytucyjne prawo lub wolność, w ocenie Rzecznika, „nie ulega wątpliwości, że minimalizacja ryzyka zarażenia wirusem HIV/HSV/HCV może być osiągnięta – przynajmniej w niektórych przypadkach – mniej drastycznymi środkami niż zwolnienie ze służby, a mianowicie przeniesieniem na inne, „bezpieczniejsze” stanowisko”. Zarazem „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 związany ze stanowiskiem, na którym do tej pory pełnił on służbę”. Komisje lekarskie dysponują bowiem „odpowiednimi instrumentami oceny stanu psychofizycznego osób zainteresowanych”.

Ponadto, w ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich, zakwestionowane przepisy rozporządzenia naruszają także zakaz nadmiernej ingerencji, błędnie – w świetle obecnego stanu wiedzy o HIV/AIDS czy WZW – zakładając, że „ryzyko zakażenia jest w przypadku każdego policjanta/strażaka (nosiciela HIV, chorującego na AIDS/WZW) tak duże, że należy uznać go za całkowicie niezdolnego do służby na jakimkolwiek (nawet biurowym) stanowisku w Policji/Państwowej Straży Pożarnej (...). Tym samym zaskarżone przepisy wydają się w maksymalny sposób chronić zdrowie publiczne (...) kosztem

*konkretnego konstytucyjnego prawa do służby osób z HIV/AIDS/WZW, zamiast dążyć do możliwie największej realizacji obu wartości.”*

Uzasadniając zarzut niezgodności zaskarżonych przepisów rozporządzenia z art. 30 Konstytucji RP, Rzecznik Praw Obywatelskich wskazał natomiast, że *„przyjęte rozwiązania pozostają w rażącej sprzeczności z podstawową wartością konstytucyjną: przyrodzoną i niezbywalną godnością człowieka”*, przy czym zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego *„możliwe i celowe jest odróżnienie dwóch aspektów godności człowieka – godności jako wartości przyrodzonej i niezbywalnej oraz godności rozumianej jako prawo osobistości, obejmujące wartości życia psychicznego każdego człowieka oraz te wartości, które określają podmiotową pozycję jednostki w społeczeństwie i które składają się, według powszechnej opinii, na szacunek należny każdej osobie”*. Godność w tym drugim aspekcie oznacza istnienie *„pewnego minimum materialnego, zapewniającego jednostce możliwość samodzielnego funkcjonowania w społeczeństwie oraz stworzenie każdemu człowiekowi szans na pełny rozwój osobowości w otaczającym go środowisku kulturowym i cywilizacyjnym”*.

W tym kontekście *„sytuacja, w której człowiek stawałby się wyłącznie przedmiotem działań podejmowanych przez władzę”* stanowić może naruszenie godności ludzkiej, przy czym ocena, czy do takiego arbitralnego naruszenia dochodzi, *„musi uwzględniać okoliczności konkretnego przypadku”*.

Zdaniem Rzecznika fakt, że diagnoza lekarska, stwierdzająca u danej osoby obecność wirusa HIV lub HCV bądź objawy AIDS, prowadzi do *„mechanicznego wykluczenia takich osób, bez względu na ich przydatność do służby, stan zdrowia, a także niezależnie od okoliczności zarażenia”* godzi *„w status zawodowy funkcjonariusza”*, co dotyczy zwłaszcza tych osób, które *„zaraziły się wirusem HIV/HCV w związku z pełnioną służbą (np. wskutek reanimacji zakażonej osoby). Zamiast podlegać szczególnej ochronie jako „ofiary” wykonywanej w interesie społecznym służby, 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”*.

### **III. Analiza art. 60 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP**

Art. 60 Konstytucji RP zapewnia obywatelom polskim, korzystającym z pełni praw publicznych, prawo dostępu do służby publicznej na jednakowych zasadach. Gwarantuje on zatem każdemu obywatelowi polskiemu, korzystającemu z pełni praw publicznych, prawo do ubiegania się o przyjęcie do służby publicznej.

Jak wskazuje jednak Trybunał Konstytucyjny, *„nie oznacza to, że każda osoba posiadająca obywatelstwo polskie i pełnię praw publicznych ma zostać przyjęta do służby publicznej na swój wniosek. Do państwa należy bowiem określenie liczby stanowisk w służbie publicznej oraz warunków wymaganych do ich uzyskania. Art. 60 Konstytucji wymaga, aby zasady dostępu do służby publicznej były takie same dla wszystkich obywateli korzystających z pełni praw publicznych. Ustawa musi zatem ustanowić obiektywne kryteria doboru kandydatów do tej służby oraz uregulować zasady i procedurę rekrutacji w taki sposób, aby zapewnić przestrzeganie zasady równości szans wszystkich kandydatów, bez jakiegokolwiek dyskryminacji i nieuzasadnionych ograniczeń. Nie odbiera to wszelako władzy publicznej możliwości ustalenia szczegółowych warunków dostępu do konkretnej służby, ze względu na jej rodzaj i istotę. W systemach demokratycznych zasadą jest selekcyjny charakter naboru do służby publicznej. Ustawa powinna również określić kryteria zwalniania ze służby oraz procedurę*

*podejmowania decyzji w tym zakresie, tak aby wykluczyć wszelką dowolność działania władz publicznych. Konieczne jest także stworzenie odpowiednich gwarancji praworządności decyzji dotyczących dostępu do służby publicznej, a więc przede wszystkim decyzji o przyjęciu lub odmowie przyjęcia do służby publicznej oraz zwolnieniu z tej służby”* (por. wyroki TK z dnia 9 czerwca 1998 r., sygn. akt K 28/97; z dnia 13 lutego 2007 r., sygn. akt K 46/05 oraz z dnia 23 listopada 2009 r., sygn. akt P 61/08; zob. również wyrok TK z dnia 29 listopada 2007 r., sygn. akt SK 43/06).

Należy równocześnie zauważyć, że art. 60 RP Konstytucji RP, „*ustanawiając nakaz skierowany do ustawodawcy wprowadzenia jednakowych zasad, pozostawia zarazem ustawodawcy dość znaczną swobodę w kształtowaniu treści i charakteru tych zasad. Nie jest to jednak swoboda absolutna, ponieważ ustawodawca musi uwzględnić przy ich kształtowaniu zasady i wartości określone w innych przepisach konstytucyjnych, w tym zasadę sprawiedliwości (art. 2), równego traktowania (art. 32 ust. 1), zakazu dyskryminowania z jakiegokolwiek przyczyny w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym (art. 32 ust. 2)”* (por. wyrok TK z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt SK 57/06).

Oznacza to, że art. 60 Konstytucji RP w odniesieniu do prawa dostępu do służby publicznej obejmuje swym zakresem przewidziane w art. 32 Konstytucji RP zasady równości wobec prawa i równego traktowania, a także zakaz dyskryminacji. Art. 32 Konstytucji RP stanowi zaś, jak wynika z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, całość normatywną. Art. 32 ust. 1 Konstytucji RP statuuje bowiem, w sposób ogólny, zasadę równości wobec prawa oraz zasadę równego traktowania jako normę adresowaną do wszelkich organów władzy publicznej, a zatem zarówno do organów stosujących prawo, jak i do organów stanowiących prawo. Natomiast art. 32 ust. 2 Konstytucji RP, zgodnie z którym nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny, „*doprecyzowuje znaczenie konstytucyjnej zasady równości. Podkreśla uniwersalny charakter zasady równości, a zarazem określa bliżej granice dopuszczalnych różnicowań podmiotów prawa. Akcentuje, iż żadne kryterium nie może stanowić podstawy dla różnicowań niesprawiedliwych, dyskryminujących określone podmioty”* (vide: wyrok TK z dnia 10 czerwca 2003 r., sygn. akt K 16/02).

Z obowiązku uwzględnienia przy realizacji prawa obywateli polskich, korzystających z pełni praw publicznych, dostępu do służby publicznej na jednakowych zasadach, reguł przewidzianych w art. 32 Konstytucji RP, tj. zasady równości wobec prawa i równego traktowania, a także zakazu dyskryminacji, wynika, że przy analizie zgodności określonej regulacji z art. 60 Konstytucji RP mają zastosowanie wszystkie reguły związane z oceną zgodności danej regulacji również z art. 32 Konstytucji RP.

W związku z powyższym podkreślenia wymaga, że treść normatywna zasady równości sformułowana została przez Trybunał Konstytucyjny jeszcze na gruncie Konstytucji PRL (vide: orzeczenie TK z dnia 9 marca 1988 r., sygn. akt U 7/87). Trybunał rozwinął następnie treść powyższej zasady w oparciu o art. 32 Konstytucji RP (por. np. wyroki TK z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt K 8/97; z dnia 12 maja 1998 r., sygn. akt U 17/97; z dnia 21 września 1999 r., sygn. akt K 6/98; z dnia 18 grudnia 2000 r., sygn. akt K 10/00; z dnia 29 czerwca 2001 r., sygn. akt K 23/00; z dnia 19 lutego 2003 r., sygn. akt P 11/02; z dnia 24 kwietnia 2006 r., sygn. akt P 9/05; z dnia 5 września 2006 r., sygn. akt K 51/05; z dnia 27 marca 2007 r., sygn. akt SK 9/05; z dnia 15 kwietnia 2008 r., sygn. P 9/06 oraz z dnia 12 lipca 2011 r., sygn. akt K 26/09). Zdaniem Trybunału z zasady równości, wyrażonej w art. 32 Konstytucji RP, „*wynika nakaz jednakowego traktowania podmiotów prawa w obrębie określonej klasy*

*(kategorii). Wszystkie podmioty prawa (adresaci norm prawnych), charakteryzujące się w równym stopniu daną cechą istotną (relewantną) powinny być zatem traktowane równo. A więc według jednakowej miary, bez zróżnicowań, zarówno dyskryminujących, jak i faworyzujących”.*

Z wynikającym z zasady równości powyższym nakazem wiąże się skierowana do prawodawcy dyrektywa, zgodnie z którą *„prawodawca przyznając jednostkom określone uprawnienia, nie może określać kręgu osób uprawnionych w sposób dowolny. Musi on przyznać dane uprawnienie wszystkim podmiotom charakteryzującym się daną cechą istotną”* (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 października 1998 r., sygn. akt K 7/98).

Wskazać zarazem należy, że zasada równości *„wiąże nie tylko, gdy ustawodawca ogranicza prawa lub obowiązki, ale także, gdy przyznaje prawa lub nakłada obowiązki”* (wyroki TK z dnia 18 grudnia 2000 r., sygn. akt K 10/00 oraz z dnia 27 lutego 2002 r., sygn. akt K 47/01). Zasada równości zakłada zarazem różne traktowanie podmiotów różnych, tj. podmiotów, które nie posiadają wspólnej cechy istotnej. Równość wobec prawa to zasadność wyboru takiego, a nie innego kryterium różnicowania.

Trybunał Konstytucyjny w swym orzecznictwie stworzył model kontroli zgodności przepisów prawa z Konstytucją RP, obejmujący ocenę regulacji prawnej w świetle konstytucyjnej zasady równości wobec prawa. Model ten ma zastosowanie również w przypadku prawa dostępu obywateli polskich, korzystających w pełni z praw publicznych, do służby publicznej na równych (jednakowych) zasadach.

W pierwszej kolejności należy ustalić, czy możliwe jest wskazanie wspólnej istotnej cechy (faktycznej lub prawnej) uzasadniającej równe traktowanie podmiotów prawa, a zatem, czy istnieje wspólność cechy relewantnej pomiędzy porównywanymi sytuacjami (innymi słowy, czy zachodzi „podobieństwo” tych sytuacji). Wystąpienie takiego podobieństwa stanowi przesłankę dla zastosowania zasady równości. Powyższe ustalenie wymaga analizy celu i treści aktu normatywnego, w którym zawarta została kontrolowana norma prawna (vide: wyroki TK z dnia 12 maja 1998 r., sygn. akt U 17/97; z dnia 20 października 1998 r., sygn. akt K 7/98; z dnia 10 czerwca 2003 r., sygn. akt K 16/02 oraz z dnia 3 grudnia 2007 r., sygn. akt SK 45/06).

Podkreślić ponadto należy, że przy określaniu wskazanej „cechy istotnej” prawodawcy przysługuje *„pewna swoboda określenia cechy relewantnej, według której dokonywane jest zróżnicowanie sytuacji prawnej poszczególnych adresatów. Rozumienie zasady równości musi uwzględniać ponadto dziedzinę stosunków, jakich dotyczy regulacja prawna, wprowadzająca określone zróżnicowanie. Im słabsza jest bowiem ranga czy ochrona wolności, prawa lub innej konstytucyjnej wartości, „towarzyszącej” dokonywanemu zróżnicowaniu, tym większa jest swoboda ustawodawcy przyjmowania cech relewantnych, tzn. takich, które wprowadzają to zróżnicowanie; tym większa winna być też gotowość Trybunału Konstytucyjnego do akceptowania odmiennego traktowania sytuacji w zasadzie podobnych”* (por. wyrok TK z dnia 27 marca 2007 r., sygn. akt SK 9/05).

Następnie należy rozważyć, czy prawodawca różnicuje podmioty mające wspólną cechę istotną. Jeżeli prawodawca różnicuje podmioty prawa, które charakteryzują się wspomnianą wspólną cechą istotną, to wprowadza odstępstwo od zasady równości.

Po trzecie zaś, konieczne jest zbadanie, czy ustanowione zróżnicowanie podmiotów podobnych jest dopuszczalne (por. wyrok TK z dnia 3 grudnia 2007 r., sygn. akt SK 45/06). Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego *„fundamentalny charakter zasady równości*

w demokratycznym państwie prawnym nie wyklucza możliwości uznania za zgodne z Konstytucją odmiennego traktowania podmiotów podobnych; równość wobec prawa nie ma bowiem charakteru absolutnego” (por. wyrok TK z dnia 15 kwietnia 2008 r., sygn. akt P 9/06). Tym samym „samo odstępstwo od równego traktowania nie prowadzi jeszcze do uznania wprowadzających je przepisów za niekonstytucyjne”. Trybunał Konstytucyjny zwracał wielokrotnie uwagę, że „nierówne traktowanie podmiotów podobnych nie musi oznaczać dyskryminacji lub uprzywilejowania, a w konsekwencji niezgodności z art. 32 Konstytucji RP (...). Odstąpienie od zasady równości ma jednak zawsze charakter wyjątkowy i powinno być dobrze uzasadnione. Jeżeli więc kontrolowana norma traktuje odmiennie adresatów, konieczna jest jeszcze ocena kryterium, na podstawie którego dokonano owego zróżnicowania. Równość wobec prawa to także zasadność wybrania takiego, a nie innego kryterium różnicowania podmiotów prawa”. A zatem „wszelkie odstępstwo od nakazu równego traktowania podmiotów podobnych musi zawsze znajdować podstawę w odpowiednio przekonujących argumentach” (tak: wyroki TK z dnia 18 grudnia 2000 r., sygn. akt K 10/00 oraz z dnia 27 lutego 2002 r., sygn. akt K 47/01; zob. również wyroki TK z dnia 18 stycznia 2000 r., sygn. akt K 17/99; z dnia 15 października 2001 r., sygn. akt K 12/01 oraz z dnia 2 lipca 2012 r., sygn. akt P 35/10).

Argumenty (kryteria), na podstawie których prawodawca dokonuje różnicowania sytuacji podmiotów mających wspólną cechę istotną (relewantną), muszą spełniać następujące, ustalone w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, warunki:

- 1) muszą one mieć charakter relewantny, a więc pozostawać w bezpośrednim związku z celem i zasadniczą treścią przepisów, w których zawarta jest kontrolowana norma oraz służyć realizacji tego celu i treści; innymi słowy, wprowadzone zróżnicowania muszą mieć charakter racjonalnie uzasadniony; nie wolno ich dokonywać według dowolnie ustalonego kryterium (por. orzeczenie z dnia 12 grudnia 1994 r., sygn. akt K 3/94),
  - 2) muszą mieć charakter proporcjonalny, a więc waga interesu, któremu różnicowanie sytuacji adresatów normy ma służyć, musi pozostawać w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku nierównego potraktowania podmiotów podobnych,
  - 3) muszą pozostawać w jakimś związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych
- (w kwestii wskazanych warunków por. wyrok TK z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt K 8/97, a także przykładowo wyroki TK z dnia 12 maja 1998 r., sygn. akt U 17/97; z dnia 21 września 1999 r., sygn. akt K 6/98; z dnia 27 lutego 2002 r., sygn. akt K 47/01 oraz z dnia 15 kwietnia 2008 r., sygn. P 9/06).

Jedną ze wskazanych w trzecim z warunków zasad konstytucyjnych jest zasada sprawiedliwości społecznej, wynikająca z zawartej w art. 2 Konstytucji RP zasady demokratycznego państwa prawnego. Trybunał Konstytucyjny wskazuje przy tym w swym orzecznictwie (vide: wyroki TK z dnia 12 maja 1998 r., sygn. akt U 17/97; z dnia 6 maja 1998 r., sygn. akt K 37/97; z dnia 18 stycznia 2000 r., sygn. akt K 17/99; oraz z dnia 27 lutego 2002 r., sygn. akt K 47/01), że „różnicowanie sytuacji prawnej podmiotów podobnych ma więc znacznie większe szanse uznania za zgodne z konstytucją, jeżeli pozostaje w zgodzie z zasadami sprawiedliwości społecznej lub służy urzeczywistnianiu tych zasad. Zostaje ono natomiast uznane za niekonstytucyjną dyskryminację (uprzywilejowanie), jeżeli nie

znajduje podtrzymania w zasadzie sprawiedliwości społecznej. W tym właśnie sensie zasady równości wobec prawa i sprawiedliwości społecznej w znacznym stopniu nakładają się na siebie”.

Prawodawca wprowadzając „dysponuje gwarantowanym mu zakresem swobody w regulowaniu życia społeczno-gospodarczego”, co w kontekście zasady równości oznacza, że to do niego należy wybór kryteriów dopuszczalnego konstytucyjnie różnicowania w poszczególnych dziedzinach życia, jednakże nakładając obowiązki lub przyznając uprawnienia nie może on w całości dowolny sposób określać kręgu podmiotów objętych tymi obowiązkami lub uprawnieniami. Ustanowione obowiązki oraz przyznane uprawnienia lub przywileje winny bowiem obejmować wszystkie podmioty charakteryzujące się daną wspólną cechą istotną z punktu widzenia konkretnej regulacji prawnej, a wszelkie odstępstwa od zakazu różnicowania podmiotów podobnych muszą zarazem mieścić się w granicach wyznaczonych przez kryteria dopuszczalnego i pozostającego w proporcji do założeń konkretnej regulacji różnicowania tychże podmiotów (por. wyrok TK z dnia 10 czerwca 2003 r., sygn. akt K 16/02).

Zarazem należy podkreślić, że wskazany przez Trybunał Konstytucyjny warunek proporcjonalności zastosowanych przez prawodawcę kryteriów różnicowania sytuacji podmiotów mających wspólną cechę istotną, zgodnie z którym waga interesu, któremu różnicowanie sytuacji adresatów normy ma służyć, musi pozostawać we właściwej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku nierównego potraktowania podmiotów podobnych, pozostaje w związku z przewidzianym w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP wymogiem proporcjonalności, mającym zastosowanie przy wprowadzaniu ograniczeń w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw. Prawa i wolności zawarte w Konstytucji RP (w tym także wynikające z art. 60 Konstytucji RP prawo dostępu do służby publicznej na jednakowych zasadach), mogą bowiem być ograniczane, jednak wyłącznie na zasadach określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, w myśl którego ograniczenia odnośnie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw:

- 1) mogą być ustanawiane tylko w ustawie,
- 2) mogą być ustanawiane tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie,
- 3) mogą być ustanawiane tylko wtedy, gdy istnieje związek ograniczenia z ochroną wartości wymienionych w tym przepisie, tj. z ochroną bezpieczeństwa lub porządku publicznego, z ochroną środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób,

a ponadto

- 4) nie mogą naruszać istoty wolności i praw.

Regulacja, która wprowadza ograniczenie ochrony konstytucyjnych wolności i praw (w tym także prawa dostępu do służby publicznej na jednakowych zasadach) musi zatem nie tylko mieć związek z ochroną innej, spośród wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, wartości konstytucyjnej, ale musi być również konieczna w demokratycznym państwie dla realizacji takiej ochrony (przy czym chroniona w ten sposób wartość nie może stać niżej w hierarchii praw i wolności, chronionych w Konstytucji).

Niezbędne jest zatem zachowanie zasady proporcjonalności. W świetle bowiem orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego „przesłanka „konieczności ograniczenia w demokratycznym państwie”, sformułowana w art. 31 ust. 3, stanowi w pewnym sensie odpowiednik wypowiedzianych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego postulatów kształtujących treść zasady proporcjonalności. Z jednej strony stawia ona przed prawodawcą każdorazowo wymóg stwierdzenia rzeczywistej potrzeby dokonania w danym stanie faktycznym ingerencji w zakres prawa bądź wolności jednostki. Z drugiej zaś winna ona

być rozumiana jako wymóg stosowania takich środków prawnych, które będą skuteczne, a więc rzeczywiście służące realizacji zamierzonych przez prawodawcę celów. Ponadto chodzi tu o środki niezbędne, w tym sensie, że chronić one będą określone wartości w sposób bądź w stopniu, który nie mógłby być osiągnięty przy zastosowaniu innych środków. Niezbędność to również skorzystanie ze środków jak najmniej uciążliwych dla podmiotów, których prawa lub wolności ulegną ograniczeniu. Ingerencja w sferę statusu jednostki musi więc pozostawać w racjonalnej i odpowiedniej proporcji do celów, których ochrona uzasadnia dokonane ograniczenie (...) „Konieczność”, którą wyraża art. 31 ust. 3 Konstytucji mieści w sobie postulat niezbędności, przydatności i proporcjonalności sensu stricto wprowadzanych ograniczeń” (tak: wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 stycznia 1999 r., sygn. akt P 2/98). W konsekwencji, wymóg konieczności jest spełniony, jeżeli ustanowione ograniczenia są zgodne z zasadą proporcjonalności. Oznacza to, że:

- 1) środki zastosowane przez prawodawcę muszą być w stanie doprowadzić do zamierzonych celów,
- 2) muszą być one niezbędne do ochrony interesu, z którym są powiązane,
- 3) ich efekty muszą pozostawać w proporcji do ciężarów nakładanych na obywatela

(por. wyroki Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 czerwca 1998 r., sygn. akt K 28/97 oraz z dnia 26 kwietnia 1999 r., sygn. akt K 33/98).

#### **IV. Analiza zgodności przepisów § 44 pkt 6 i § 57 pkt 5 załącznika nr 2 oraz § 44 pkt 6 i § 57 pkt 4 i pkt 5 załącznika nr 3 do rozporządzenia z art. 60 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP**

Mając na względzie powyższe uwagi, należy wskazać, że analiza zgodności § 44 pkt 6 i § 57 pkt 5 załącznika nr 2 do rozporządzenia oraz § 44 pkt 6 i § 57 pkt 4 i pkt 5 załącznika nr 3 do rozporządzenia z art. 60 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP winna być oparta o przedstawiony wyżej model kontroli zgodności przepisów prawa z Konstytucją RP w zakresie oceny regulacji prawnej w świetle konstytucyjnej zasady równości wobec prawa.

Stosując zatem powyższy wzorzec rozumowania do oceny konstytucyjności § 44 pkt 6 i § 57 pkt 5 załącznika nr 2 do rozporządzenia oraz § 44 pkt 6 i § 57 pkt 4 i pkt 5 załącznika nr 3 do rozporządzenia, stwierdzić należy, że wskazaną cechą istotną (relewantną), uzasadniającą równe traktowanie podmiotów prawa (a więc przesądzającą o „podobieństwie” poszczególnych sytuacji) jest stwierdzenie u policjanta lub funkcjonariusza Straży Granicznej bądź strażaka PSP przewlekłego schorzenia lub ułomności fizycznej albo psychicznej.

Wykaz chorób i ułomności wymienia bowiem szereg schorzeń i ułomności mających przewlekły czy wręcz trwały charakter. Przykładowo, obok będących przedmiotem niniejszej sprawy schorzeń, takich jak AIDS i inne defekty immunologiczne oraz przewlekłe zapalenie wątroby, a także nosicielstwa wirusa HIV, w wykazie wymienione są m.in. następujące przewlekłe schorzenia i ułomności:

- nosicielstwo antygeny HBs (czyli stan przewlekłego zakażenia wirusem B wirusowego zapalenia wątroby o zróżnicowanych zmianach morfologicznych w wątrobie) czy marskość wątroby (§ 44 pkt 7 i 9 Wykazów chorób i ułomności, stanowiących załączniki nr 2 oraz nr 3 do rozporządzenia),
- choroba popromienna (w Wykazach chorób i ułomności wyróżnia się jej trzy postacie: „lekka” – § 59 pkt 1 oraz „średnia” i „ciężka” – § 59 pkt 2 Wykazów chorób i ułomności),
- brak kończyny górnej (§ 76 pkt 1 Wykazów chorób i ułomności) oraz brak kończyny dolnej (§ 76 pkt 2 Wykazów chorób i ułomności),

– nowotwory – niezłośliwe (§ 84 Wykazów chorób i ułomności) oraz złośliwe (§ 85 pkt 1 Wykazów chorób i ułomności).

Cechą wspólną wspomnianych schorzeń i ułomności jest właśnie ich przewlekły czy też trwały charakter. Można zatem mówić co najmniej o podobieństwie sytuacji policjantów, funkcjonariuszy Straży Granicznej lub strażaków PSP, u których stwierdzono przewlekłe schorzenie lub ułomność fizyczną albo psychiczną. W konsekwencji zaznaczyć należy, że zasada równości ma w omawianym przypadku zastosowanie.

Przechodząc do analizy, czy w postanowieniach załącznika nr 2 do *rozporządzenia* „Wykaz chorób i ułomności” oraz załącznika nr 3 do *rozporządzenia* „Wykaz chorób i ułomności” prawodawca różnicuje sytuację prawną funkcjonariuszy Policji (Straży Granicznej), u których stwierdzono przewlekłe schorzenie lub ułomność fizyczną albo psychiczną (jako podmioty prawa, które charakteryzują się wspólną cechą istotną), a zatem, czy wprowadza odstępstwo od zasady równości, wskazać należy, że zgodnie z § 44 pkt 6 oraz § 57 pkt 4 i 5 załącznika nr 2 do *rozporządzenia*, a także zgodnie z § 44 pkt 6 oraz § 57 pkt 4 i 5 załącznika nr 3 do *rozporządzenia* w przypadku stwierdzenia AIDS oraz innych defektów immunologicznych (nabytych i wrodzonych), a także przewlekłego zapalenia wątroby policjant, funkcjonariusz Straży Granicznej oraz strażak PSP zostaje automatycznie zaliczony do kategorii „D” – „całkowicie niezdolny do służby”. Podobny skutek wywołuje stwierdzenie u strażaka PSP oraz funkcjonariusza Straży Granicznej nosicielstwa wirusa HIV. Komisja lekarska, jak wskazano, wydaje orzeczenie na podstawie powyższych Wykazów chorób i ułomności, a zatem w przypadku stwierdzenia u policjanta, funkcjonariusza Straży Granicznej oraz strażaka PSP AIDS lub przewlekłego zapalenia wątroby, zaś w przypadku funkcjonariusza Straży Granicznej i strażaka PSP – także nosicielstwa wirusa HIV komisja ta nie ma możliwości zaliczyć badanego do innej kategorii niż kategoria „D” – „całkowicie niezdolny do służby”. Zaliczając policjanta, funkcjonariusza Straży Granicznej bądź strażaka PSP do kategorii „D”, komisja lekarska obowiązana jest wydać orzeczenie stwierdzające jego całkowitą niezdolność do służby. Regulacja powyższa jest niezwykle „sztywna” i nie bierze pod uwagę faktu, że schorzenia, takie jak AIDS czy przewlekłe zapalenie wątroby, mogą przez wiele lat przebiegać bezobjawowo. Podobnie ewentualne nosicielstwo wirusa HIV oraz związane z nim zakażenie wirusem może mieć różny wpływ na stan zdrowia każdego z nosicieli, a przy tym samo nosicielstwo HIV nie musi wcale oznaczać, że dana osoba zachoruje na AIDS.

Tymczasem w przypadku innych, wymienionych wyżej schorzeń i ułomności prawodawca pozostawił komisjom lekarskim możliwość oceny stanu zdrowia policjantów, funkcjonariuszy Straży Granicznej oraz strażaków PSP. Przykładowo, zgodnie z § 44 pkt 9 załącznika nr 2 do *rozporządzenia* oraz § 44 pkt 9 załącznika nr 3 do *rozporządzenia* w przypadku stwierdzenia u badanego nosicielstwa antygeny HBs zostaje on zaliczony do kategorii „C” – „zdolny do służby z ograniczeniem”. Możliwość dokonania takiej oceny przewidziana jest także w przypadku stwierdzenia choroby popromiennej, albowiem, jak wskazano, w Wykazach chorób i ułomności wyróżnia się trzy jej postacie: „lekką”, „średnią” i „ciężką”. Policjant lub funkcjonariusz Straży Granicznej, u którego stwierdzono jedynie lekką postać takiej choroby, zaliczany jest do kategorii „C” (§ 59 pkt 1 załącznika nr 2 do *rozporządzenia*), natomiast strażak PSP – w myśl § 59 pkt 1 załącznika nr 3 do *rozporządzenia* – zasadniczo może być zaliczony alternatywnie do kategorii „C” lub „D” (wyjątek dotyczy strażaków



będących ratownikami wysokościowymi oraz płetwonurkami, którzy zaliczani są do kategorii „D”). Dopiero średnia i ciężka postać choroby popromiennej powoduje zaliczenie badanego do kategorii „D” (§ 59 pkt 2 załącznika nr 2 do *rozporządzenia* oraz § 59 pkt 2 załącznika nr 3 do *rozporządzenia*). Również stwierdzenie nowotworu nie musi powodować uznania policjanta, funkcjonariusza Straży Granicznej lub strażaka PSP za całkowicie niezdolnego do służby. Zgodnie bowiem z § 84 pkt 1 załącznika nr 2 do *rozporządzenia* oraz § 84 pkt 1 załącznika nr 3 do *rozporządzenia* w przypadku stwierdzenia nowotworu niezłośliwego, nie upośledzającego sprawności ustroju, funkcjonariusz Policji, Straży Granicznej bądź strażak PSP zaliczany jest do kategorii „A” – „zdolny do służby”, natomiast gdy jest to nowotwór niezłośliwy, szpecący lub powodujący zaburzenia czynności narządów, komisja lekarska – zgodnie z § 84 pkt 2 załącznika nr 2 do *rozporządzenia* oraz § 84 pkt 2 załącznika nr 3 do *rozporządzenia* – może zaliczyć funkcjonariusza Straży Granicznej, policjanta lub strażaka PSP do kategorii „C” lub „D” (wyjątek stanowią strażacy będący ratownikami wysokościowymi oraz płetwonurkami, którzy zaliczani są do kategorii „D”). Dopiero w przypadku stwierdzenia nowotworu złośliwego funkcjonariusz jest zaliczany do kategorii „D” (§ 85 pkt 1 załącznika nr 2 do *rozporządzenia* oraz § 85 pkt 1 załącznika nr 3 do *rozporządzenia*).

W świetle postanowień załącznika nr 2 do *rozporządzenia* oraz załącznika nr 3 do *rozporządzenia* nawet istnienie trwałych ułomności, takich jak brak kończyny górnej lub dolnej, nie musi zawsze oznaczać całkowitej niezdolności do służby. Zgodnie bowiem z § 76 załącznika nr 2 do *rozporządzenia* w razie braku kończyny górnej (pkt 1) lub kończyny dolnej (pkt 2) policjant lub funkcjonariusz Straży Granicznej może być zaliczony do kategorii „D” lub „C” (wyjątek stanowią podoficerowie i szeregowcy, którzy zaliczani są w obu przypadkach do kategorii „D”). Także w przypadku strażaków PSP, będących kierownikami, specjalistami lub szkoleniowcami, przewidziano – w myśl § 76 załącznika nr 3 do *rozporządzenia* – możliwość zaliczenia ich do kategorii „D” lub „C” (nie dotyczy to natomiast pozostałych strażaków, którzy zaliczani są w obu przypadkach do kategorii „D”).

Należy zatem stwierdzić, że prawodawca, przewidując, inaczej niż w przypadku wskazanych wyżej schorzeń i ułomności, jako jedyny możliwy skutek stwierdzenia u policjanta, funkcjonariusza Straży Granicznej lub strażaka PSP przewlekłego zapalenia wątroby lub AIDS, zaś w przypadku strażaka lub funkcjonariusza Straży Granicznej – także nosicielstwa wirusa HIV, obligatoryjne stwierdzenie niezdolności funkcjonariusza do służby, różnicuje sytuację funkcjonariuszy Policji (Straży Granicznej) oraz strażaków PSP, u których stwierdzono przewlekłe schorzenie lub ułomność fizyczną (psychiczną).

Jak już wskazano, samo odstępstwo od nakazu równego traktowania podmiotów podobnych nie prowadzi jeszcze do uznania wprowadzających je przepisów za niekonstytucyjne. Odstępstwo takie musi jednak zawsze znajdować podstawę w odpowiednio przekonujących argumentach, spełniających kryteria ustalone w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Należy w związku z powyższym zbadać, czy podstawa taka istnieje w przypadku omawianego różnicowania sytuacji funkcjonariuszy, u których stwierdzono przewlekłe schorzenie lub ułomność fizyczną albo psychiczną.

Przechodząc do powyższego badania, należy w pierwszej kolejności ustalić, jakie argumenty uzasadniają odmienne traktowanie. W omawianym przypadku za różnicowaniem sytuacji policjantów, funkcjonariuszy Straży Granicznej oraz strażaków PSP, u których stwierdzono przewlekłe zapalenie wątroby lub AIDS, zaś w przypadku funkcjonariuszy Straży Granicznej oraz strażaków PSP – także

nosicielstwo wirusa HIV, w stosunku do funkcjonariuszy, u których stwierdzono inne przewlekłe schorzenie lub ułomność fizyczną albo psychiczną, przemawiać mogą następujące argumenty:

- 1) szczególny charakter służby w Policji, Straży Granicznej i PSP (i innych formacjach mundurowych), obejmujący w szczególności wymóg posiadania zdolności fizycznej i psychicznej do służby w formacjach uzbrojonych, a także dyspozycyjność,
- 2) zagrożenia związane ze służbą, a zwłaszcza ryzyko urazu i zakażenia wirusem HIV, HBV lub HCV innych funkcjonariuszy lub osób trzecich.

Wskazać przy tym należy, że Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie wypowiadał się odnośnie szczególnego charakteru służby w formacjach mundurowych, podkreślając, że „*stosunki służbowe żołnierzy zawodowych, a także innych służb mundurowych (...) 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 oraz ustalania ich rozmiaru wymienić można m.in.: 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 (...). Wskazaną specyfikę pracy w służbach mundurowych należy uznać 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*” (tak: m.in. wyroki TK z dnia 21 grudnia 2004 r., sygn. akt SK 19/03 oraz z dnia 13 lutego 2007 r., sygn. akt K 46/05; por. także wyrok TK z dnia 23 listopada 2009 r., sygn. akt P 61/08).

Przystępując w tym miejscu do analizy pierwszego z warunków konstytucyjności wprowadzenia odstępstwa od zasady równego traktowania, ustalonych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, wskazać należy, że przyjęta przez prawodawcę regulacja pozostaje w ścisłym związku z celem oraz zasadniczą treścią przepisów *rozporządzenia*, w tym w szczególności załącznika nr 2 oraz nr 3, zawierających Wykazy chorób i ułomności, a także służy realizacji celu i treści *rozporządzenia*. Celem rozporządzenia jest bowiem zapewnienie prawidłowego i skutecznego działania Policji, Straży Granicznej oraz PSP poprzez dokonanie wszechstronnej oceny zdolności fizycznej i psychicznej kandydata oraz funkcjonariusza do służby w formacjach uzbrojonych, w czym mieści się także minimalizacja czynników ryzyka podczas służby. Celowi temu służą, jak się wydaje, m.in. wskazane regulacje § 44 pkt 6 oraz § 57 pkt 5 załącznika nr 2 do *rozporządzenia*, a także § 44 pkt 6 oraz § 57 pkt 4 i 5 załącznika nr 3 do *rozporządzenia* poprzez uwzględnienie ryzyka, jakie związane jest, w przypadku policjanta, funkcjonariusza Straży Granicznej bądź strażaka PSP, z takimi schorzeniami,

jak AIDS czy przewlekłe zapalenie wątroby, a także z nosicielstwem wirusa HIV. W przypadku policjanta, funkcjonariusza Straży Granicznej bądź strażaka PSP, u którego stwierdzono AIDS lub nosicielstwo wirusa HIV należy bowiem wyeliminować bądź zminimalizować wszelkie czynniki mogące się przyczynić do pogorszenia stanu jego odporności.

Ponadto, w wielu sytuacjach istnieje ryzyko zakażenia przez takiego policjanta, funkcjonariusza Straży Granicznej bądź strażaka PSP wirusem HIV, HBV bądź HCV innych funkcjonariuszy, wspólnie z którymi podejmuje on czynności służbowe lub osób, wobec których czynności takie są podejmowane (dotyczy to np. udzielania pierwszej pomocy ofiarom wypadków oraz innych zdarzeń). Należy przy tym podkreślić, że nie w pełni stosować można koncepcję tzw. „bezpiecznych stanowisk” (do których zalicza się stanowiska w administracji, szkolnictwie czy pionach analitycznych poszczególnych służb), zwłaszcza w przypadku służby w PSP, gdyż ze względu na specyfikę tej służby każdy funkcjonariusz – bez względu na zajmowane stanowisko – w przypadku uzasadnionego zagrożenia może zostać skierowany do wykonywania zadań ratowniczo-gaśniczych, do czego jest zobowiązany i do czego winien posiadać stosowne kwalifikacje (do których należy także odpowiednia sprawność fizyczna i stan zdrowia, pozwalające na realizację takich zadań) oraz przygotowanie zawodowe.

Należy w związku z powyższym stwierdzić, że wprowadzone różnicowanie jest, co do zasady, racjonalnie uzasadnione, zaś wskazane wyżej argumenty (kryteria), według których różnicowania dokonano, mają ścisły związek z celem regulacji (nie są one zatem dowolnie ustalone).

Odnosząc się do drugiego z warunków, należy dokonać oceny wagi (znaczenia) interesu, któremu różnicowanie sytuacji adresatów normy ma służyć, oraz wagi interesów naruszonych w wyniku nierównego potraktowania podmiotów podobnych. Następnie należy ustalić, jaka powinna być właściwa (odpowiednia) proporcja pomiędzy nimi i czy wskazane interesy pozostają w takiej proporcji.

W przedmiotowej sprawie interesem, któremu służyć ma różnicowanie sytuacji adresatów normy, jest zapewnienie prawidłowego i skutecznego działania Policji, Straży Granicznej oraz PSP, a także możliwa eliminacja czynników ryzyka podczas służby, które to elementy przekładają się na konstytucyjne wartości, takie jak bezpieczeństwo, porządek publiczny czy ochrona zdrowia. Natomiast interesem naruszonym w wyniku nierównego potraktowania podmiotów podobnych jest realizacja określonego w art. 60 Konstytucji RP prawa dostępu do służby publicznej na jednakowych zasadach.

Biorąc pod uwagę z jednej strony szczególny charakter służby w Policji, Straży Granicznej, PSP i innych służbach mundurowych, z drugiej zaś strony wymóg określenia przez ustawę jednakowych dla wszystkich obywateli polskich, którzy korzystają w pełni z praw publicznych, kryteriów przyjmowania do służby i zwalniania z niej, z uwzględnieniem przesłanki proporcjonalności regulacji, należy wskazać, że poważne wątpliwości budzi kwestia realizacji przez prawodawcę przesłanki proporcjonalności przy ocenie wagi każdego ze wskazanych wyżej interesów.

W załączonym do wystąpienia Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 31 maja 2007 r., skierowanego do Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji, piśmie Krajowego Centrum ds. AIDS z dnia 7 maja 2007 r. wskazano bowiem, że „rozporządzenie 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 ze zm.), będące podstawą do działania dla wszystkich podległych temu ministrowi komisji lekarskich, określające ich organizację, zakres i sposób

*działania i orzekania jest odzwierciedleniem wiedzy i świadomości społecznej zagrożeń związanych z HIV/AIDS sprzed 15 lat”. Zgodnie z informacjami przekazanymi przez Krajowe Centrum ds. AIDS „AIDS (zespół nabytego upośledzenia odporności) jest chorobą wywoływaną przez HIV (ludzki wirus upośledzenia odporności). W wyniku zakażenia HIV dochodzi do stopniowego upośledzania układu odporności, a w ostateczności do jego całkowitego zniszczenia. Przebieg choroby i rozwój pełnoobjawowego AIDS trwa od kilku do kilkunastu lat i jest indywidualny dla poszczególnych pacjentów w przebiegu zakażenia HIV. W literaturze światowej opisywano wielokrotnie brak rozwoju AIDS u poprawnie leczonych pacjentów nawet po 10-15 latach od zakażenia.*

*Do zakażenia HIV dochodzi tylko w określony sposób:*

- 1) na drodze bezpośredniego kontaktu z krwią i jej preparatami,*
- 2) na drodze kontaktów seksualnych bez zabezpieczenia,*
- 3) na drodze zakażeń wertykalnych: kobieta HIV(+) – na dziecko.*

*Fazy zakażenia HIV:*

- 1) pierwotne zakażenie HIV – tzw. ostra choroba retrowirusowa – występuje w pierwszych tygodniach zakażenia,*
- 2) faza zakażenia utajonego - okres trwający lata, w trakcie którego dochodzi do stopniowej degradacji układu odpornościowego, a organizm pacjenta skutecznie kontroluje stężenie wirusii HIV,*
- 3) faza zakażenia objawowego – okres, w którym dochodzi do przełamania sił obronnych organizmu i pojawienia się objawów zakażenia HIV,*
- 4) AIDS – ostatnia faza zakażenia HIV – okres, w którym pojawiają się zakażenia oportunistyczne – choroby wskaźnikowe.*

*Prowadzone w ostatnich latach leczenie antyretrowirusowe (ARV) wydatnie poprawiło rokowania pacjentów zakażonych HIV, bardzo wydłużyło fazę zakażenia utajonego, a także zakażenia objawowego przed wystąpieniem pełnoobjawowego AIDS. Nadrzędnym celem terapii ARV jest poprawa stanu zdrowia oraz wydłużenie życia i poprawa jego jakości. Pacjent może przez wiele lat normalnie pracować, funkcjonować w społeczeństwie. Obecny stan wiedzy medycznej i specjalistyczna diagnostyka przebiegu zakażenia HIV, pozwalają właściwie ocenić stan pacjenta i jego zdolność do pracy.*

*Niezasadnym jest z punktu widzenia aktualnej wiedzy medycznej odsunięcie funkcjonariusza Policji od wszelkiej pracy, tylko w oparciu o sam fakt stwierdzenia zakażenia HIV. Z HIV można żyć wiele lat, nie będąc chorym na AIDS, jeśli przestrzega się zaleceń lekarza i prowadzi określony tryb życia. Nie istnieją zawody, których nie mogłaby wykonywać osoba zakażona HIV. W okresie wydolności układu odpornościowego tzn. przed rozwinięciem pełnoobjawowego AIDS, osoba zakażona HIV może pracować, podróżować, uprawiać sporty itp. Przy zachowaniu podstawowych zasad higieny nie stanowi zagrożenia dla innych osób ze swojego otoczenia.*

*Ocena stanu zdrowia i zaangażowania procesu chorobowego, powinna być przeprowadzona przez lekarzy specjalizujących się w leczeniu zakażonych HIV i chorych na AIDS.”.*

*W konsekwencji – w ocenie Krajowego Centrum ds. AIDS – regulacje, zgodnie z którymi „zarówno nosicielstwo wirusa HIV, jak i zespół nabytego upośledzenia odporności (AIDS) (...) bez względu na stan zdrowia badanego powodują automatyczne stwierdzenie jego całkowitej niezdolności do służby,*

*należy uznać za pozbawione podstaw medycznych, a tym samym dyskryminujące osoby zakażone wirusem HIV oraz chore na AIDS”.*

Z przedstawionych informacji wynika, że przy prawidłowym leczeniu i zachowaniu środków ostrożności policjanci, funkcjonariusze Straży Granicznej oraz strażacy PSP będący nosicielami HIV, a nawet chorzy na AIDS, mogą normalnie pełnić służbę na wielu stanowiskach, z którymi nie jest związane bezpośrednio ryzyko wystąpienia zdarzeń powodujących zakażenie innych funkcjonariuszy bądź osób trzecich (np. w administracji, szkolnictwie czy pionach analitycznych poszczególnych służb). Trudno zatem uznać, że uzasadniające omawiane różnicowanie sytuacji podmiotów mających wspólną cechę istotną (relewantną) kryteria, takie jak: szczególny charakter służby w Policji (i innych formacjach mundurowych), obejmujący w szczególności dyspozycyjność oraz wymóg posiadania zdolności fizycznej i psychicznej do służby w formacjach uzbrojonych, a także zagrożenia związane ze służbą, a zwłaszcza ryzyko urazu i zakażenia wirusem HIV innych osób, mają charakter proporcjonalny w przypadku każdego funkcjonariusza Policji bądź strażaka PSP.

Analogiczna sytuacja zachodzi w przypadku policjantów, funkcjonariuszy Straży Granicznej oraz strażaków PSP chorych na przewlekłe zapalenie wątroby, co potwierdzają przedstawione we wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich stanowiska Krajowego Konsultanta ds. Chorób Zakaźnych oraz Prezesa Polskiego Towarzystwa Hepatologicznego, z których wynika, że *„z medycznego punktu widzenia przewlekłe zapalenie wątroby nie czyni żadnego funkcjonariusza per se całkowicie niezdolnym do służby. Potrzebna jest indywidualna ocena stanu zdrowia”*, przy czym *„ryzyko zakażenia się innych osób od pacjentów będących nosicielami wirusów zapalenia wątroby występuje wyłącznie w przypadku kontaktu uszkodzonej skóry lub śluzówek z krwią lub wydzielinami osoby zakażonej. W przypadku policjantów sytuacja taka może zachodzić, gdy zmuszeni są oni używać środków przymusu bezpośredniego. Ryzyka zakażenia nie ma, gdy policjant wykonuje prace biurowe, w czasie których nie występuje ryzyko urazów związanych z przerywaniem ciągłości tkanek”*.

Możliwość pełnienia służby przez funkcjonariuszy Policji (Straży Granicznej) lub strażaków PSP, zakażonych HIV, chorych na AIDS oraz przewlekłe zapalenie wątroby podlega wprawdzie istotnym ograniczeniom, gdyż nie mogą oni, z uwagi na wysokie ryzyko urazu, pełnić służby np. w prewencji. Powyższe nie wyklucza jednak możliwości wykonywania przez takich funkcjonariuszy innych zadań. Ocena zdolności do służby powinna być zatem dokonywana indywidualnie w zależności od stanu zdrowia konkretnego policjanta, funkcjonariusza Straży Granicznej lub strażaka PSP, jego kwalifikacji zawodowych oraz zajmowanego przez niego stanowiska (zdolność do służby funkcjonariusza pionu prewencji należy bowiem oceniać inaczej niż np. funkcjonariusza pełniącego służbę w administracji, szkolnictwie czy pionach analitycznych danej formacji bądź będącego technikiem kryminalistyki).

Z uwagi na wskazany wyżej automatyzm regulacji § 44 pkt 6 i § 57 pkt 5 załącznika nr 2 do rozporządzenia oraz § 44 pkt 6 i § 57 pkt 4 i 5 załącznika nr 3 do rozporządzenia, o pozostawianiu wagi interesu, któremu różnicowanie sytuacji adresatów normy ma służyć, w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku nierównego potraktowania podmiotów podobnych, można byłoby mówić jedynie w przypadku, gdyby interes taki nie mógł być zabezpieczony w inny sposób niż przewidziany w powyższym przepisie. Możliwość taka istnieje jednak, a wyraża się ona w dokonywaniu indywidualnej oceny stanu zdrowia policjanta, funkcjonariusza Straży Granicznej lub

strażaka PSP. O istnieniu takiej możliwości świadczy fakt, że w pierwotnym tekście *rozporządzenia* przepisy § 57 pkt 4 i 5 Wykazu chorób i ułomności, stanowiącego załącznik Nr 2 do rozporządzenia, stanowiły, iż w razie stwierdzenia nosicielstwa wirusa HIV funkcjonariusza zalicza się do kategorii „C” – „zdolny do służby z ograniczeniem”, a w przypadku stwierdzenia AIDS lub innych defektów immunologicznych (nabytych i wrodzonych), funkcjonariusz może być zaliczony do kategorii „D” lub „C”. Tak sformułowane przepisy załącznika nr 2 do rozporządzenia pozostawały w logicznym związku z treścią § 12 ust. 1 rozporządzenia, zgodnie z którym orzeczenie o stanie zdrowia i stopniu zdolności do służby wydawane winno być nie tylko na podstawie zawartego w załączniku nr 2 do rozporządzenia wykazu chorób i ułomności (obecnie zawartego także w załączniku nr 3 do *rozporządzenia*), ale przede wszystkim 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 we właściwym zakładzie służby zdrowia.

Dopiero w wyniku nowelizacji rozporządzenia dokonanego *rozporządzeniem zmieniającym z 1992 r.*, na podstawie którego zmieniony został załącznik nr 2, a które weszło w życie w dniu 4 grudnia 1992 r., wprowadzono regulację, w świetle której stwierdzenie u policjanta (funkcjonariusza Straży Granicznej) zarówno nosicielstwa wirusa HIV, jak i AIDS oraz innych defektów immunologicznych (nabytych i wrodzonych) nakłada na komisję lekarską obowiązek automatycznego zaliczenia takiego policjanta lub funkcjonariusza Straży Granicznej do kategorii „D” (przy czym z uwagi na treść powoływanego już wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 listopada 2009 r., sygn. akt P 61/08, aktualnie regulacje § 57 pkt 4 i 5 załącznika nr 2 do *rozporządzenia* dotyczą wyłącznie policjanta chorego na AIDS oraz funkcjonariusza Straży Granicznej, u którego stwierdzono AIDS lub nosicielstwo wirusa HIV). Podobną regulację wprowadzono w § 57 pkt 4 i 5 dodanego na mocy *rozporządzenia zmieniającego z 1992 r.* załącznika nr 2a (obecnie załącznik nr 3), który odnosi się do strażaków PSP.

Analogiczna sytuacja dotyczy przewlekłego zapalenia wątroby, choć w tym przypadku od początku obowiązywania *rozporządzenia z dnia 9 lipca 1991 r.* stwierdzenie u policjanta lub funkcjonariusza Straży Granicznej przewlekłego zapalenia wątroby skutkuje – na mocy § 44 pkt 6 załącznika nr 2 do *rozporządzenia z dnia 9 lipca 1991 r.* – stwierdzeniem całkowitej lub trwałej niezdolności do służby. Podobna regulacja przewidziana została w odniesieniu do strażaków PSP w § 44 pkt 6 dodanego na mocy *rozporządzenia zmieniającego z 1992 r.* załącznika nr 2a (obecnie załącznik nr 3).

Rozwiązanie nakazujące w istocie stwierdzenie w przypadku funkcjonariuszy Policji, Straży Granicznej oraz strażaków PSP, u których stwierdzono AIDS lub przewlekłe zapalenie wątroby, a także funkcjonariuszy Straży Granicznej oraz strażaków PSP, u których stwierdzono nosicielstwo HIV, całkowitej niezdolności do służby – bez względu na to, jaki jest ich rzeczywisty stan zdrowia – jest jednak, co należy ponownie podkreślić, sprzeczne z aktualnym stanem wiedzy medycznej na temat profilaktyki HIV i AIDS, a przy tym *de facto* uniemożliwia dokonanie indywidualnej oceny stanu zdrowia policjanta, funkcjonariusza Straży Granicznej lub strażaka PSP. Tym samym to prawodawca niejako „z góry”, nie zaś komisja składająca się z osób posiadających odpowiednie kwalifikacje oraz doświadczenie, po zbadaniu policjanta, funkcjonariusza Straży Granicznej lub strażaka PSP, rozstrzyga o istnieniu całkowitej niezdolności do służby.

Tymczasem, jak podkreśla Trybunał Konstytucyjny, ocena zdolności fizycznej i psychicznej do służby nie jest materią prawną. W wyroku z dnia 8 października 2002 r. (sygn. akt K 36/00) Trybunał, uznając zawarte w art. 26 ust. 2 ustawy o Policji upoważnienie, na podstawie którego wydane zostało rozporządzenie z dnia 9 lipca 1991 r., za zgodne z art. 92 ust. 1 Konstytucji RP, stwierdził, że „*charakter służby uzasadnia pozostawienie ministrowi daleko idącej swobody w kształtowaniu treści aktu wykonawczego, regulującego tryb i zasady działania komisji lekarskich, skoro kandydaci muszą wykazać się szczególnymi predyspozycjami do służby w formacji uzbrojonej*”. Trybunał zezwolił na dość swobodne kształtowanie treści rozporządzenia określającego zasady oceny zdolności fizycznej i psychicznej do służby m.in. z tego względu, że „*określenie kryteriów oraz dokonywanie oceny warunków psychofizycznych niezbędnych do pełnienia służby w Policji, nie stanowi materii prawnej, lecz jest przedmiotem wiedzy specjalistycznej*”, a tym samym „*ustalenie sztywnych norm prawnych w tej dziedzinie pozostawałoby w sprzeczności z charakterem przedmiotu regulacji*”. Trybunał podkreśla zatem, że ocena zdolności fizycznej i psychicznej do pełnienia służby w formacjach mundurowych (w tym w Policji, Straży Granicznej i PSP) jest przedmiotem wiedzy specjalistycznej, a nie przedmiotem odgórnego rozstrzygnięcia przez prawodawcę. Możliwe jest wprawdzie wprowadzenie regulacji ograniczających swobodę dokonania takiej oceny, aby nie była ona zupełnie dowolna, jednak regulacje takie nie mogą powodować, że komisja lekarska po stwierdzeniu wymienionego w wykazie chorób i ułomności przypadku automatycznie stwierdza całkowitą niezdolność do służby, nie dokonując oceny faktycznego stanu zdrowia funkcjonariusza oraz jego rzeczywistej zdolności (braku zdolności) do służby w danej formacji.

Biorąc powyższe pod uwagę, stwierdzić należy, że wymienione wyżej kryteria uzasadniające różnicowanie sytuacji podmiotów podobnych nie spełniają warunku proporcjonalności, gdyż możliwe jest zastosowanie w stosunku do podmiotów, których prawa lub wolności podlegają ograniczeniu (w tym przypadku obywateli polskich korzystających z pełni praw publicznych, realizujących prawo dostępu do służby publicznej na jednakowych zasadach), środków mniej uciążliwych niż stwierdzenie całkowitej niezdolności do służby w Policji, Straży Granicznej oraz PSP, co skutkuje – zgodnie z art. 41 ust. 1 pkt 1 ustawy o Policji, art. 45 ust. 1 pkt 1 ustawy o Straży Granicznej oraz z art. 43 ust. 2 pkt 1 ustawy o PSP – obligatoryjnym zwolnieniem ze służby odpowiednio w Policji, Straży Granicznej i PSP. Do takich środków należałoby z pewnością dokonanie indywidualnej oceny faktycznego stanu zdrowia funkcjonariusza, która – w przypadku braku regulacji nakazujących automatyczne uznanie policjanta, funkcjonariusza Straży Granicznej lub strażaka PSP za całkowicie niezdolnego do służby jedynie z powodu stwierdzenia AIDS, przewlekłego zapalenia wątroby lub nosicielstwa wirusa HIV (z uwzględnieniem wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 listopada 2009 r., sygn. akt P 61/08) – umożliwiłaby w wielu przypadkach stwierdzenie jedynie trwałej lub czasowej niezdolności do służby na określonym stanowisku (w konsekwencji funkcjonariusz taki mógłby pełnić służbę na innym stanowisku) bądź nawet zdolności do służby na zajmowanym dotychczas stanowisku (np. jeśli z faktem pełnienia służby na tym stanowisku nie wiążą się ryzyka występujące w odniesieniu do osób chorych na AIDS lub przewlekłe zapalenie wątroby lub u których stwierdzono HIV).

Trudno zatem mówić o spełnieniu przesłanki proporcjonalności ograniczenia, co ma znaczenie także z punktu widzenia oceny zgodności regulacji z określającym warunki wprowadzania ograniczeń

w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Regulacja przewidująca automatyczne stwierdzenie całkowitej niezdolności do służby w przypadku policjantów i funkcjonariuszy Straży Granicznej oraz strażaków PSP, u których stwierdzono AIDS, przewlekłe zapalenie wątroby lub (z wyjątkiem policjantów) nosicielstwo HIV, nie jest bowiem – w świetle ww. uwag – konieczna dla ochrony takich wartości, jak zdrowie czy bezpieczeństwo i porządek publiczny.

Należy przy tym zauważyć, że wymienione wyżej mniej uciążliwe środki paradoksalnie mogą skuteczniej przeciwdziałać zagrożeniom związanym z ryzykiem ewentualnego urazu i zakażenia innych funkcjonariuszy bądź osób trzecich wirusem HIV, HBV lub HCV, a tym samym przyczyniać się do ochrony zdrowia. Funkcjonariusze Policji, Straży Granicznej oraz strażacy PSP, u których stwierdzono przewlekłe zapalenie wątroby, AIDS lub (z wyjątkiem policjantów) nosicielstwo wirusa HIV w innych okolicznościach niż w toku badań lekarskich przeprowadzanych w służbie, mogą bowiem fakt ten ukrywać, mając świadomość, że ewentualnie ujawnienie powyższej okoliczności na drodze służbowej skutkować będzie automatycznym stwierdzeniem całkowitej niezdolności funkcjonariusza do służby, a następnie obligatoryjnym zwolnieniem ze służby w danej formacji. W przypadku braku takiego automatyzmu motywacja do ujawnienia przez funkcjonariusza, że stwierdzono u niego przewlekłe zapalenie wątroby, AIDS lub nosicielstwo HIV, byłaby niewątpliwie większa. Powyższe umożliwiłoby zaś dokonanie faktycznej oceny zdolności takiego funkcjonariusza do służby, a także uniknięcie wielu zagrożeń wynikających z nieświadomości innych funkcjonariuszy co do tego, że dany funkcjonariusz jest chory na AIDS lub przewlekłe zapalenie wątroby bądź jest nosicielem wirusa HIV.

Przedmiotowe kryteria różnicowania sytuacji podmiotów podobnych (tj. funkcjonariuszy służb mundurowych, u których stwierdzono przewlekłe schorzenie lub ułomność fizyczną albo psychiczną), do których należy szczególny charakter służby w Policji, Straży Granicznej i PSP (i innych formacjach mundurowych), obejmujący m.in. wymóg posiadania zdolności fizycznej i psychicznej do służby w formacjach uzbrojonych oraz zagrożenia związane ze służbą, a zwłaszcza ryzyko urazu i zakażenia wirusem HIV, HBV lub HCV innych funkcjonariuszy lub osób trzecich, nie pozostają także w związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych, zwłaszcza zaś z zasadą sprawiedliwości społecznej.

Jak bowiem wskazano, w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, różnicowanie sytuacji prawnej podmiotów podobnych zostaje uznane za niekonstytucyjną dyskryminację (uprzywilejowanie), jeżeli nie znajduje potwierdzenia właśnie w zasadzie sprawiedliwości społecznej. W orzecznictwie dotyczącym zasady sprawiedliwości społecznej Trybunał *„wypowiadał się również wielokrotnie w sprawie rozumienia pojęcia „sprawiedliwości społecznej” i w ślad za doktryną opowiedział się za jego dystrybutywnym (rozdzielczym) ujęciem. Według J. Rawlsa sprawiedliwość społeczna stanowi miarę za pomocą której oceniamy rozdzielcze aspekty fundamentalnej struktury społeczeństwa. Jego zdaniem wszelkie sporne wartości - wolność i możliwości, dochód i bogactwo oraz podstawy szacunku dla samego siebie – mają być równo rozdzielone, chyba że nierówna dystrybucja jakiegokolwiek (czy też wszystkich) spośród tych wartości jest korzystna dla każdego. (J. Rawls, Teoria sprawiedliwości, PWN 1994 s. 89) (...). Trybunał Konstytucyjny interpretuje to pojęcie w połączeniu z pojęciem równości przyjmując, że jeżeli w podziale dóbr i związanych z tym podziale ludzi występują niesprawiedliwe różnice, wówczas różnice te uważane są za nierówność (...). Sprawiedliwość jest przeciwieństwem*



*arbitralności, wymaga bowiem aby zróżnicowanie poszczególnych ludzi pozostawało w odpowiedniej relacji do różnic w sytuacji tych ludzi”* (por. wyrok TK z dnia 22 grudnia 1997 r., sygn. akt K 2/97).

W świetle powyższych uwag (biorąc zwłaszcza pod uwagę wskazane przez Trybunał Konstytucyjny pojęcie równości) zasadnym jest zatem stwierdzenie, że omawiane kryteria mogą być uznane za naruszające zasadę sprawiedliwości społecznej. Trudno jest bowiem mówić o sprawiedliwym zróżnicowaniu w sytuacji, gdy funkcjonariuszy Policji, Straży Granicznej i strażaków PSP, u których stwierdzono takie przewlekłe schorzenia lub ułomności, jak np. nosicielstwo antygeny HBs, różne postaci choroby popromiennej, nowotwory czy brak kończyny górnej lub dolnej, zalicza się do kategorii „C”, względnie można ich zaliczyć do różnych kategorii albo też w przypadku niektórych z tych schorzeń prawodawca przewiduje zaliczenie do określonych kategorii w zależności od stopnia rozwoju bądź charakteru schorzenia, zaś stwierdzenie u funkcjonariusza Policji (Straży Granicznej) lub strażaka PSP przewlekłego zapalenia wątroby, AIDS lub (z wyjątkiem policjantów) nosicielstwa HIV powoduje automatyczne, tj. bez względu na stopień rozwoju schorzenia, zaliczenie go do kategorii „D”. Funkcjonujące rozwiązania powinny, uwzględniając specyfikę poszczególnych chorób czy ułomności, umożliwiać najpełniejszą realizację zasady sprawiedliwości społecznej oraz zasady równego traktowania w stosunku do osób, u których stwierdzono wspomniane choroby lub ułomności.

Stwierdzić należy zatem, że kryteria, w oparciu o które dokonane zostało zróżnicowanie, wynikające z przepisów § 44 pkt 6 i § 57 pkt 4 i 5 załącznika nr 2 do *rozporządzenia* oraz § 44 pkt 6 i § 57 pkt 4 i 5 załącznika nr 3 do *rozporządzenia*, nie spełniają sformułowanych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego warunków uzasadniających różnicowanie sytuacji podmiotów, charakteryzujących się wspólną cechą istotną (relewantną). Wynikające z powyższego przepisu zróżnicowanie uznać tym samym należy (w kontekście innych regulacji załączników nr 2 i 3) za naruszające zasadę równości wobec prawa i zasadę równego traktowania przez władze publiczne, jak również zakaz dyskryminacji.

Uwzględniając powyższą analizę, dokonaną w oparciu o wzorzec kontroli zgodności regulacji ustawowych z zasadą równości wobec prawa, wypracowany na gruncie przepisów art. 32 Konstytucji RP, wskazać trzeba zarazem na szczególny związek istniejący pomiędzy zasadą równości a wynikającym z art. 60 Konstytucji RP prawem dostępu do służby publicznej na jednakowych zasadach, gdyż w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego *„na szczególną uwagę zasługuje w tym wypadku relacja pomiędzy zasadą równości a treścią gwarancji z art. 60 Konstytucji, który operuje pojęciem «jednakowych zasad». Pomimo dużego podobieństwa obu przepisów trzeba zauważyć, że istota prawa z art. 60 Konstytucji nie wyczerpuje się w prostym potwierdzeniu zasady równego traktowania w obszarze stosunków związanych z dostępem do służby publicznej. Jest to bowiem w tych relacjach gwarancja silniejsza, wyraźniej ograniczająca swobodę ustawodawcy w kształtowaniu zasad dostępu do służby publicznej”* (por. wyrok TK z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt SK 57/06). Oznacza to, że mimo sygnalizowanej wcześniej pewnej swobody w kształtowaniu treści i charakteru zasad dostępu do służby publicznej, prawodawca ma obowiązek nie tylko uwzględnić, o czym była już mowa, zasadę równego traktowania (art. 32 ust. 1 Konstytucji RP), ale także tak kształtować wspomniane zasady dostępu, by jeszcze silniej niż w przypadku zasady równego traktowania zagwarantować realizację prawa dostępu do służby publicznej na jednakowych zasadach.

Biorąc pod uwagę powyższe, podwyższone w stosunku do ogólnej zasady równości wobec prawa wymagania odnośnie zapewnienia zgodności regulacji ustawowych z konstytucyjnym prawem dostępu obywateli polskich do służby publicznej na jednakowych zasadach, stwierdzenie niezgodności danej regulacji z zasadą równego traktowania prowadzi tym bardziej – zgodnie z zasadami prawniczego rozumowania (*argumentum a minori ad maius*) – do stwierdzenia niezgodności takiej regulacji z wynikającym z art. 60 Konstytucji RP prawem dostępu do służby publicznej na równych zasadach.

Powyższe prowadzi do wniosku, że zaskarżone przez Rzecznika Praw Obywatelskich przepisy:

- 1) § 44 pkt 6 oraz § 57 pkt 5 załącznika nr 2 do *rozporządzenia z dnia 9 lipca 1991 r.* – w zakresie, w jakim powodują 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
- 2) § 44 pkt 6 oraz § 57 pkt 4 i pkt 5 załącznika nr 3 do *rozporządzenia z dnia 9 lipca 1991 r.* – w zakresie, w jakim powodują uznanie strażaka PSP 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 – są niezgodne z art. 60 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

## V. Analiza art. 30 Konstytucji RP

W art. 30 Konstytucji RP wyrażona została – jako centralna wartość konstytucyjna – godność człowieka. Przepis ten wskazuje, że *„Przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych”*.

Przed przystąpieniem do zasadniczej analizy powyższej regulacji należy wskazać, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego *„art. 30 Konstytucji RP (...) może stanowić samoistny wzorzec kontroli konstytucyjności”* (tak: wyrok TK z dnia 7 marca 2007 r., sygn. akt K 28/05; zob. także wyrok TK z dnia 15 października 2002 r., sygn. akt SK 6/02). Wyrażona w art. 30 Konstytucji RP godność człowieka pełni bowiem *„w porządku konstytucyjnym kilka funkcji: łącznika między Konstytucją (akt prawa pozytywnego) a porządkiem prawnonaturalnym; determinanty interpretacji i stosowania Konstytucji; wyznacznika systemu i zakresu poszczególnych praw i wolności”* oraz *„podmiotowego prawa jednostki o odrębnej treści prawnej”*. Art. 30 Konstytucji RP, wyrażając godność człowieka jako prawo podmiotowe jednostki, *„może więc być wykorzystany jako samoistny wzorzec konstytucyjny w wypadku badania zgodności z Konstytucją”* (por. wyrok TK z dnia 15 października 2002 r., sygn. akt SK 6/02).

Przechodząc w związku z powyższym do analizy regulacji art. 30 Konstytucji RP jako samoistnego wzorca konstytucyjnego, podkreślić należy, że w świetle powyższej regulacji godność ludzka ma charakter przyrodzony i niezbywalny oraz stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Zarazem w art. 30 Konstytucji RP zawarto zasadę nienaruszalności godności ludzkiej oraz obowiązek jej poszanowania i ochrony przez władze publiczne.

Z przedmiotowej zasady nienaruszalności godności człowieka oraz obowiązku jej poszanowania i ochrony przez władze publiczne wynikają przy tym, jak podkreśla Trybunał Konstytucyjny, *„istotne konsekwencje ochronne”*, albowiem *„ustrojodawca nadał godności człowieka znaczenie konstytucyjne*

*czyniąc z niej płaszczyznę odniesienia dla systemu wartości, wokół którego zbudowano Konstytucję a zarazem fundament całego porządku prawnego w Państwie (...). Już we wstępie do konstytucji podkreśla się, że stosowaniu konstytucji winna towarzyszyć dbałość o zachowanie przyrodzonej godności człowieka. Godność zatem nie może być rozumiana jako cecha czy też zespół praw nadanych przez państwo. Jest ona bowiem w stosunku do państwa pierwotna, w konsekwencji czego zarówno ustawodawca jak i organy stosujące prawo muszą respektować treści zawarte w pojęciu godności, przysługującej każdemu człowiekowi.” (tak: wyrok TK z dnia 4 kwietnia 2001 r., sygn. akt K 11/00).*

Tym samym, jak wskazuje Trybunał Konstytucyjny, *„na gruncie art. 30 Konstytucji pojęciu godności ludzkiej należy przypisać charakter wartości konstytucyjnej o centralnym znaczeniu dla zbudowania aksjologii obecnych rozwiązań konstytucyjnych. Demokratyczne państwo prawne to państwo oparte na poszanowaniu człowieka, a w szczególności na poszanowaniu i ochronie życia oraz godności ludzkiej. Te dwa dobra są zresztą sprzężone w bezpośredni sposób. Art. 30 Konstytucji jest postanowieniem wiodącym dla wykładni i stosowania wszystkich pozostałych postanowień o prawach, wolnościach i obowiązkach jednostki. Podkreśla to także preambuła do Konstytucji, która wzywa wszystkich stosujących konstytucję do tego, „aby czynili to, dbając o zachowanie przyrodzonej godności człowieka ...”” (por. wyrok TK z dnia 30 września 2008 r., sygn. akt K 44/07).*

Powyższy fundamentalny charakter godności człowieka jako wartości konstytucyjnej wyraża się w rozróżnieniu dwóch jej aspektów (znaczeń), które można dostrzec w regulacji art. 30 Konstytucji RP (zawierającej dwa zdania). Art. 30 zdanie pierwsze (oraz w zakresie słów „jest ona nienaruszalna” – zdanie drugie) Konstytucji RP wskazuje na pierwotny, zasadniczy wobec innych praw i wolności człowieka charakter godności człowieka jako wartości konstytucyjnej. *Godność człowieka rozumiana jako wartość transcendentna, pierwotna wobec innych praw i wolności człowieka (dla których jest źródłem), przyrodzona i niezbywalna - towarzyszy człowiekowi zawsze i nie może być naruszona ani przez prawodawcę, ani przez określone czyny innych podmiotów. W tym znaczeniu człowiek zawsze zachowuje godność i żadne zachowania nie mogą go tej godności pozbawić, ani jej naruszyć” (por. wyroki TK z dnia 5 marca 2003 r., sygn. akt K 7/01; z dnia 14 lipca 2003 r.; sygn. akt SK 42/01; z dnia 24 października 2006 r., sygn. akt SK 41/05 oraz z dnia 9 lipca 2009 r., sygn. akt SK 48/05).*

Natomiast *„w drugim znaczeniu godność człowieka występuje jako „godność osobowa” najbliższa temu, co może być określane prawem osobistości, obejmującym wartości życia psychicznego każdego człowieka oraz te wszystkie wartości, które określają podmiotową pozycję jednostki w społeczeństwie i które składają się, według powszechnej opinii, na szacunek należny każdej osobie”.* Podkreślić należy, że *jedynie godność w tym drugim znaczeniu może być przedmiotem naruszenia, może być „dotknięta” przez zachowania innych osób oraz regulacje prawne” (por. wyroki TK z dnia 5 marca 2003 r., sygn. akt K 7/01, z dnia 14 lipca 2003 r., sygn. akt SK 42/01; z dnia 24 października 2006 r., sygn. akt SK 41/05 i z dnia 9 lipca 2009 r., sygn. akt SK 48/05; zob. także wyrok TK z dnia 6 listopada 2007 r., sygn. akt U 8/05), co znajduje odzwierciedlenie w zawartym w art. 30 zdanie drugie Konstytucji RP zakazie naruszania godności człowieka oraz obowiązku jej poszanowania i ochrony przez władze publiczne.*

Stanowiąc źródło praw i wolności jednostki, *„pojęcie godności determinuje sposób ich rozumienia i urzeczywistniania przez państwo. Zakaz naruszania godności człowieka ma charakter bezwzględny i dotyczy wszystkich. Natomiast obowiązek poszanowania i ochrony godności nałożony został na władze*

publiczne państwa. W konsekwencji wszelkie działania władz publicznych powinny z jednej strony uwzględniać istnienie pewnej sfery autonomii, w ramach której człowiek może się w pełni realizować społecznie a z drugiej działania te nie mogą prowadzić do tworzenia sytuacji prawnych lub faktycznych odbierających jednostce poczucie godności” (por. wyrok TK z dnia 4 kwietnia 2001 r., sygn. akt K 11/00; zob. także wyrok TK z dnia 24 lutego 2010 r., sygn. akt K 6/09).

Trybunał Konstytucyjny podkreśla zarazem, iż z uwagi na fakt, że „godność człowieka podlega ochronie bezwzględnej, co wynika z wyraźnego sformułowania, iż „jest ona nienaruszalna” (...), nie znajduje tu zastosowania mechanizm przewidziany w art. 31 ust. 3 Konstytucji.”. Regulacje naruszające godność człowieka są zatem zawsze sprzeczne z art. 30 Konstytucji RP, nie ma do nich zastosowania mechanizm badania zgodności ograniczenia z wyrażoną w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP regułą proporcjonalności (konieczności). Tym samym „konieczna jest znaczna powściągliwość w treściowym precyzowaniu „godności”. Ustalanie jej elementów musi ograniczać się do kwestii rzeczywiście podstawowych, ponieważ tylko wówczas możliwa będzie realizacja nakazu nienaruszalności godności człowieka” (por. wyrok TK z dnia 9 lipca 2009 r., sygn. akt SK 48/05).

W związku z powyższym należy podkreślić, że przedmiotem prawa do godności (jedną z funkcji godności człowieka jako wartości konstytucyjnej jest bowiem funkcja prawa podmiotowego) jest, jak wskazuje Trybunał Konstytucyjny, „stworzenie (zagwarantowanie) każdemu człowiekowi takiej sytuacji, by miał możliwość autonomicznego realizowania swojej osobowości, ale przede wszystkim, by nie stawał się przedmiotem działań ze strony innych (zwłaszcza władzy publicznej) i nie stanowił tylko instrumentu w urzeczywistnianiu ich celów” (por. wyrok TK z dnia 9 lipca 2009 r., sygn. akt SK 48/05).

O naruszeniu godności człowieka można więc mówić w sytuacji, w której „człowiek stawałby się wyłącznie przedmiotem działań podejmowanych przez władzę, byłby „zastępowalną wielkością”, a jego rola sprowadzałaby się do czysto instrumentalnej postaci” (por. wyrok TK z dnia 15 października 2002 r., sygn. akt SK 6/02; zob. też wyrok TK z dnia 7 marca 2007 r., sygn. akt K 28/05).

Tym samym aby określone regulacje prawne mogły być uznane za sprzeczne z wyrażoną w art. 30 Konstytucji RP zasadą nienaruszalności godności człowieka, musiałyby one „poniżać jednostkę, krzywdząco ją traktować, godzić w jej status obywatelski, społeczny czy zawodowy, wywołując usprawiedliwione okolicznościami intersubiektywne przeświadczenie, że jednostkę dotknęła poprzez takie regulacje prawne niesprawiedliwa, nieuzasadniona krzywda” (por. wyroki TK z dnia 14 lipca 2003 r., sygn. akt SK 42/01 oraz z dnia 7 maja 2013 r., sygn. akt SK 11/11).

Równocześnie jednak należy zauważyć, że pojęcie „godności człowieka nie daje się sprowadzić do jednego aspektu znaczeniowego”, albowiem „może ono występować w rozmaitych kontekstach” (por. wyrok TK z dnia 4 kwietnia 2001 r., sygn. akt K 11/00). Uwzględniając wymóg pewnej powściągliwości w precyzowaniu pojęcia „godności” (a w konsekwencji w dokonywaniu oceny, czy dana regulacja prawna narusza godność człowieka), należy zatem podkreślić, że ewentualna „ocena, czy rzeczywiście do takiego arbitralnego naruszenia godności ludzkiej dochodzi – musi uwzględniać okoliczności konkretnego wypadku” (por. wyrok TK z dnia 15 października 2002 r., sygn. akt SK 6/02).

## **VI. Analiza zgodności przepisów § 44 pkt 6 i § 57 pkt 5 załącznika nr 2 do rozporządzenia oraz § 44 pkt 6 i § 57 pkt 4 i pkt 5 załącznika nr 3 do rozporządzenia z art. 30 Konstytucji RP**

Przechodząc do analizy zgodności § 44 pkt 6 i § 57 pkt 5 załącznika nr 2 do *rozporządzenia* oraz § 44 pkt 6 i § 57 pkt 4 i pkt 5 załącznika nr 3 do *rozporządzenia* z art. 30 Konstytucji RP, należy w pierwszej kolejności podkreślić, że Rzecznik Praw Obywatelskich powołał regulację art. 30 Konstytucji RP jako samodzielny wzorzec kontroli konstytucyjnej. Mimo ogólnego i zasadniczego dla całego systemu praw i wolności konstytucyjnych charakteru godności człowieka, zarzut Rzecznika sformułowany został prawidłowo, gdyż dopuszczalne jest dokonywanie oceny zgodności regulacji prawnych z samym tylko art. 30 Konstytucji RP, jeżeli przedstawiony zarzut dotyczy naruszenia podmiotowego prawa jednostki do godności. Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecznictwem TK godność człowieka pełni w porządku konstytucyjnym kilka funkcji, w tym „*podmiotowego prawa jednostki o odrębnej treści prawnej*”. Art. 30 Konstytucji RP, wyrażając godność człowieka jako prawo podmiotowe jednostki, „*może więc być wykorzystany jako samoistny wzorzec konstytucyjny w wypadku badania zgodności z Konstytucją*” (por. wyrok TK z dnia 15 października 2002 r., sygn. akt SK 6/02).

Uznając tym samym za dopuszczalne dokonanie analizy zgodności § 44 pkt 6 i § 57 pkt 5 załącznika nr 2 do *rozporządzenia* oraz § 44 pkt 6 i § 57 pkt 4 i pkt 5 załącznika nr 3 do *rozporządzenia* z art. 30 Konstytucji RP, należy wskazać, że zasadnicze znaczenie dla powyższej oceny ma stwierdzenie, czy funkcjonariusz Policji lub Straży Granicznej bądź strażak PSP jest – w związku z treścią powyższych przepisów – traktowany podmiotowo czy też instrumentalnie, stając się wyłącznie przedmiotem działań podejmowanych przez władzę, do których w tym przypadku należy ocena jego zdolności fizycznej oraz psychicznej do służby.

Oceniając powyższą kwestię, należy wskazać, że nie narusza wynikającego z art. 30 Konstytucji RP prawa do godności oraz obowiązku poszanowania i ochrony godności człowieka fakt dokonywania oceny zdolności fizycznej i psychicznej funkcjonariusza do służby, a nawet możliwość uznania danego policjanta, funkcjonariusza Straży Granicznej lub strażaka PSP za całkowicie niezdolnego do służby w przypadku stwierdzenia, że jest on chory na AIDS lub przewlekłe zapalenie wątroby bądź jest nosicielem wirusa HIV. Cechą charakterystyczną służby w formacjach mundurowych jest bowiem m.in. wymóg pełnej dyspozycyjności oraz wysokiej sprawności fizycznej i psychicznej wymaganej w całym okresie pełnienia służby. Nosicielstwo wirusa HIV oraz schorzenia, takie jak przewlekłe zapalenie wątroby oraz AIDS, mogą bez wątplenia utrudniać, a nawet uniemożliwiać pełnienie przez daną osobę służby w formacjach mundurowych (w tym w Policji, Straży Granicznej i PSP).

Trudno jednak uznać za zgodne z obowiązkiem poszanowania oraz ochrony godności człowieka rozwiązanie przewidujące automatyczne zaliczenie policjanta, funkcjonariusza Straży Granicznej lub strażaka PSP, u którego stwierdzono AIDS, przewlekłe zapalenie wątroby lub (z wyjątkiem policjantów) nosicielstwo wirusa HIV, do kategorii „D” (całkowicie niezdolny do służby), które to orzeczenie skutkuje – w świetle regulacji art. 41 ust. 1 pkt 1 ustawy *o Policji*, art. 45 ust. 1 pkt 1 ustawy *o Straży Granicznej* oraz art. 43 ust. 2 pkt 1 ustawy *o PSP* – obligatoryjnym zwolnieniem danego policjanta, funkcjonariusza Straży Granicznej lub strażaka PSP ze służby.

Rozwiązanie takie uniemożliwia bowiem dokonanie oceny rzeczywistego stanu zdrowia danego policjanta, funkcjonariusza Straży Granicznej lub strażaka PSP (który w wielu przypadkach nie wyklucza pełnienia służby nawet na zajmowanym aktualnie przez danego funkcjonariusza stanowisku) oraz jego rzeczywistej zdolności fizycznej i psychicznej do służby. Tym samym postępowanie

w stosunku do funkcjonariusza staje się czysto instrumentalne, gdyż wyłączone znaczenie uzyskuje laboratoryjny wynik badań stwierdzających nosicielstwo HIV bądź objawy AIDS lub przewlekłego zapalenia wątroby. W tym kontekście obojętnym dla oceny zdolności do służby pozostaje ocena ogólnego stanu zdrowia danej osoby oraz związanych z tym stanem zdrowia faktycznych fizycznych i psychicznych możliwości pełnienia przez daną osobę służby, a także ewentualne rokowania co do stanu zdrowia oraz podjęte przez danego funkcjonariusza leczenie. Funkcjonariusz staje się tym samym przedmiotem, a nie podmiotem oceny jego zdolności fizycznej i psychicznej do służby, gdyż każdy przypadek przewlekłego zapalenia wątroby oraz AIDS skutkuje uznaniem policjanta, funkcjonariusza Straży Granicznej lub strażaka PSP, zaś każdy przypadek nosicielstwa wirusa HIV – funkcjonariusza Straży Granicznej lub strażaka PSP, za całkowicie niezdolnego do służby.

O „przedmiotowym charakterze” przepisów § 44 pkt 6 i § 57 pkt 5 załącznika nr 2 do *rozporządzenia* oraz § 44 pkt 6 i § 57 pkt 4 i pkt 5 załącznika nr 3 do *rozporządzenia* świadczy przy tym regulacja § 12 ust. 1 *rozporządzenia*, z którą powyższe, zaskarżone przez Rzecznika Praw Obywatelskich przepisy pozostają w sprzeczności. Z § 12 ust. 1 *rozporządzenia* wynika bowiem, jak wskazano, że orzeczenie o stanie zdrowia i stopniu zdolności do służby wydawane winno być nie tylko na podstawie zawartych w załącznikach nr 2 i 3 do *rozporządzenia* wykazów chorób i ułomności, ale przede wszystkim po wszechstronnym zbadaniu przez członków komisji lekarskiej, z uwzględnieniem wyników badań specjalistycznych, w tym badań psychiatrycznych, psychologicznych i dodatkowych, a gdy zachodzi potrzeba – po przeprowadzeniu obserwacji szpitalnej we właściwym zakładzie służby zdrowia. Przepis ten wskazuje zatem na konieczność dokonywania indywidualnej oceny stanu zdrowia policjantów, funkcjonariuszy Straży Granicznej oraz strażaków PSP, jednakże ocenę taką uniemożliwia, wynikający z § 44 pkt 6 i § 57 pkt 5 załącznika nr 2 do *rozporządzenia* oraz § 44 pkt 6 i § 57 pkt 4 i pkt 5 załącznika nr 3 do *rozporządzenia*, obowiązek automatycznego zaliczenia policjanta, funkcjonariusza Straży Granicznej lub strażaka PSP, u którego stwierdzono AIDS, przewlekłe zapalenie wątroby lub (z wyjątkiem policjantów) nosicielstwo wirusa HIV, do kategorii „D” – całkowicie niezdolny do służby.

Automatyczne, nieuzasadnione rzeczywistym stanem zdrowia zaliczanie policjantów, funkcjonariuszy Straży Granicznej oraz strażaków PSP do kategorii osób całkowicie niezdolnych do służby w danej formacji należy uznać za krzywdzące oraz godzące w status zawodowy funkcjonariusza.

Powyższe uzasadnia przyjęcie, że zaskarżone przez Rzecznika Praw Obywatelskich przepisy:

- 1) § 44 pkt 6 oraz § 57 pkt 5 załącznika nr 2 do *rozporządzenia z dnia 9 lipca 1991 r.* – w zakresie, w jakim powodują 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
- 2) § 44 pkt 6 oraz § 57 pkt 4 i pkt 5 załącznika nr 3 do *rozporządzenia z dnia 9 lipca 1991 r.* – w zakresie, w jakim powodują uznanie strażaka PSP 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

– są niezgodne z wynikającym z art. 30 Konstytucji RP prawem do godności oraz obowiązkiem władz publicznych poszanowania i ochrony godności człowieka.

## VII. Podsumowanie i dodatkowe wnioski

Biorąc pod uwagę powyższe, zasadnym pozostaje przyjęcie stanowiska, że przepisy:

- 1) § 44 pkt 6 oraz § 57 pkt 5 załącznika nr 2 do *rozporządzenia z dnia 9 lipca 1991 r.* w zakresie, w jakim powodują 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, a także
- 2) § 44 pkt 6 oraz § 57 pkt 4 i pkt 5 załącznika nr 3 (wcześniej załącznika nr 2a) *rozporządzenia z dnia 9 lipca 1991 r.* w zakresie, w jakim powodują uznanie strażaka PSP 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,

**są niezgodne z art. 30 oraz z art. 60 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej,**

Przedstawiając powyższe stanowisko, wnoszę równocześnie o odroczenie, na podstawie art. 190 ust. 3 Konstytucji RP, utraty mocy obowiązującej przepisów § 44 pkt 6 oraz § 57 pkt 5 załącznika nr 2 do *rozporządzenia z dnia 9 lipca 1991 r.*, a także § 44 pkt 6 oraz § 57 pkt 4 i pkt 5 załącznika nr 3 do *rozporządzenia z dnia 9 lipca 1991 r.* w przypadku stwierdzenia ich niegodności ze wskazanymi wzorcami kontroli konstytucyjnej.

Powyższy wniosek uzasadniony jest potrzebą uregulowania problematyki funkcjonowania komisji lekarskich podległych ministrowi właściwemu do spraw wewnętrznych oraz dokonywania przez te komisje oceny zdolności fizycznej i psychicznej w przepisach rangi ustawowej. Potrzeba ta związana jest m.in. z faktem, iż *rozporządzenie z dnia 9 lipca 1991 r.* jest nie tylko aktem, który w szeregu przypadków nie odpowiada aktualnemu stanowi wiedzy o przewidzianych w załącznikach do tego rozporządzenia chorobach i ułomnościach, lecz przede wszystkim jest w dużym stopniu, na co wskazano przy okazji analizy obowiązujących przepisów, aktem prawnym zdezaktualizowanym i niedostosowanym do dokonanych na przestrzeni ostatnich kilkunastu lat zmian ustawowych.

Biorąc zarazem pod uwagę potrzebę systemowego uregulowania zagadnienia funkcjonowania komisji lekarskich oraz dokonywania przez te komisje oceny zdolności fizycznej i psychicznej do służby w Policji, Straży Granicznej oraz Państwowej Straży Pożarnej (a także Biurze Ochrony Rządu, Służbie Więziennej i Centralnym Biurze Antykorupcyjnym), zasadnym jest uregulowanie powyższej problematyki w jednym akcie ustawowym.

W związku z powyższym w resorcie spraw wewnętrznych został przygotowany *projekt Ustawy o komisjach lekarskich podległych ministrowi właściwemu do spraw wewnętrznych, o zmianie ustawy o zaopatrzeniu emerytalnym żołnierzy zawodowych oraz ich rodzin, o zmianie ustawy o zaopatrzeniu emerytalnym funkcjonariuszy Policji, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Służby Kontrwywiadu Wojskowego, Służby Wywiadu Wojskowego, Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Straży Granicznej, Biura Ochrony Rządu, Państwowej Straży Pożarnej i Służby Więziennej oraz ich rodzin oraz o zmianie niektórych innych ustaw*, zwany dalej „*projektem ustawy o komisjach lekarskich*”. Projekt ten w dniu 19 marca 2013 r. został skierowany do uzgodnień międzyresortowych. Obecnie trwają prace związane z analizą uwag zgłoszonych w toku powyższych uzgodnień. Jak

wskazano w uzasadnieniu *projektu ustawy o komisjach lekarskich* (projekt wraz z uzasadnieniem dostępny jest na stronie internetowej Biuletynu Informacji Publicznej MSW pod adresem: <http://bip.msw.gov.pl/bip/projekty-aktow-prawnyc/2013/22065.Projekt-ustawy-o-komisjach-lekarskich-podleglych-ministrowi-wlasciwemu-do-spraw-.html>) „*podstawowym celem proponowanych zmian jest systemowe uregulowanie organizacji struktur orzecznictwa lekarskiego oraz nadanie rangi ustawowej przepisom prawnym statuującym ich funkcjonowanie*”, przy czym „*konieczność istnienia odrębnego pionu orzecznictwa lekarskiego w resorcie spraw wewnętrznych wynika ze specyfiki zadań i zagrożeń dla zdrowia i życia funkcjonariuszy podległych Ministrowi Spraw Wewnętrznych i Ministrowi Sprawiedliwości*” (s. 1 uzasadnienia *projektu ustawy o komisjach lekarskich*).

Wniosek o odroczenie utraty mocy obowiązującej przepisów § 44 pkt 6 i § 57 pkt 5 załącznika nr 2 do *rozporządzenia z dnia 9 lipca 1991 r.* oraz § 44 pkt 6 i § 57 pkt 4 i 5 załącznika nr 3 do *rozporządzenia z dnia 9 lipca 1991 r.* jest zatem uzasadniony potrzebą zakończenia prac legislacyjnych nad *projektem Ustawy o komisjach lekarskich*, która regulować ma zagadnienia funkcjonowania komisji lekarskich oraz dokonywania przez te komisje oceny zdolności fizycznej i psychicznej.

#### **VIII. Dane dotyczące orzeczeń komisji lekarskich MSW**

Jednocześnie w załączeniu przedstawiam żądane pismem z dnia 4 września 2013 r. informacje odnośnie danych statystycznych dotyczących przypadków stwierdzenia – w stosunku do policjantów i funkcjonariuszy Straży Granicznej oraz strażaków PSP, a także kandydatów do służby w tych formacjach – niezdolności do służby m.in. z powodu stwierdzenia u funkcjonariusza lub kandydata do ww. służb przewlekłego zapalenia wątroby, AIDS lub nosicielstwa wirusa HIV. Dane te zostały przedstawione przez Centralną Komisję Lekarską MSW obejmują zbiorczo ustalone przypadki w latach poprzedzających rok 2009 oraz dane roczne w poszczególnych latach w okresie od 2009 do 2013 roku.

Jak wynika z informacji przekazanych przez Centralną Komisję Lekarską MSW, komisje lekarskie poległe ministrowi właściwemu do spraw wewnętrznych, dokonują wszechstronnego badania stanu zdrowia funkcjonariuszy, realizując tym samym obowiązek wynikający z § 12 ust. 1 *rozporządzenia z dnia 9 lipca 1991 r.* przy jednoczesnym uwzględnieniu – w odniesieniu do policjantów – treści powoływanego wyżej wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 listopada 2009 r. (sygn. akt P 61/08).

2 *nowakowski*  
MINISTER  
SPRAW WEWNĘTRZNYCH  
z up. Piotr STACHANCZYK  
Sekretarz Stanu

#### Załączniki:

- Zestawienie CKL MSW przypadków niezdolności do służby
- 2 odpisy stanowiska (dla wnioskowcy i Prokuratora Generalnego)