



RZECZPOSPOLITA POLSKA
Rzecznik Praw Obywatelskich

Irena LIPOWICZ

RPO-691690-III/12/TO

00-090 Warszawa Tel. centr. 22 551 77 00
Al. Solidarności 77 Fax 22 827 64 53

Warszawa, 26.VI.2013

Trybunał Konstytucyjny
Warszawa

Wniosek
Rzecznika Praw Obywatelskich

Na podstawie art. 191 ust. 1 pkt 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) oraz art. 16 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz. U. z 2001 r. Nr 14, poz. 147 ze zm.)

wnoszę o:

stwierdzenie niezgodności:

- 1) § 44 pkt 6 oraz § 57 pkt 5 załącznika nr 2 do rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 9 lipca 1991 r. w sprawie właściwości i trybu postępowania komisji lekarskich podległych Ministrowi Spraw Wewnętrznych (Dz. U. z 1991 r. Nr 79, poz. 349, z 1992 r. Nr 83, poz. 425, z 1995 r. Nr 146, poz. 712, z 2009 r. Nr 202, poz. 1568) w zakresie, w jakim powoduje uznanie funkcjonariusza Policji za całkowicie niezdolnego do pełnienia służby z powodu zachorowania na przewlekłe zapalenie wątroby oraz zespół nabytego upośledzenia odporności (AIDS) bez względu na stan zdrowia z art. 30 oraz z art. 60 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej;
- 2) § 44 pkt 6 oraz § 57 pkt 4 i 5 załącznika nr 3 do rozporządzenia, o którym mowa w pkt 1, w zakresie, w jakim powoduje uznanie 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.

UZASADNIENIE

I. W grudniu 2011 r. Rzecznik Praw Obywatelskich podjął z urzędu sprawę funkcjonariusza zwolnionego¹ ze służby w Policji na podstawie orzeczenia komisji lekarskiej. Policjant został uznany za niezdolnego do służby w Policji z uwagi na stwierdzenie przewlekłego zapalenia wątroby (WZW) typu C, bez objawów niewydolności wątroby. W niniejszej sprawie Rzecznik wystąpił do Komendanta Wojewódzkiego Policji w Łodzi z prośbą o udostępnienie rozkazu personalnego Komendanta Powiatowego Policji w Zegrzu oraz orzeczenia Okręgowej Komisji Lekarskiej MSWiA w Łodzi. Następnie pod dokonaniu ich analizy z punktu widzenia praw i wolności obywatelskich Rzecznik wystąpił do Krajowego Konsultanta ds. Chorób Zakaźnych oraz Polskiego Towarzystwa Hepatologicznego z prośbą o wyjaśnienie, czy z medycznego punktu widzenia przewlekłe zapalenie wątroby potwierdzone klinicznym leczeniem szpitalnym lub wynikiem badania biopsyjnego, automatycznie czyni badanego funkcjonariusza Policji całkowicie niezdolnym do służby (na każdym stanowisku)? Czy w takiej sytuacji, chcąc wyeliminować ryzyko zakażenia innych osób, nie byłoby wystarczające przeniesienie policjanta na inne stanowisko służbowe? W udzielonej Rzecznikowi odpowiedzi Krajowy Konsultant ds. Chorób Zakaźnych wskazał, że „(...) z medycznego punktu widzenia przewlekłe zapalenie wątroby nie czyni żadnego funkcjonariusza per se całkowicie niezdolnym do służby. Potrzebna jest indywidualna ocena stanu zdrowia”. Podobnie Prezes Polskiego Towarzystwa Hepatologicznego zauważyła, że „(...) samo kliniczne leczenie szpitalne ani potwierdzenie zapalenia wątroby biopsją nie czyni pacjenta osobą niezdolną do pracy. 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. Kluczowym elementem dla określenia ryzyka zakażenia jest określenie poziomów wirerii, tj. ilościowe oznaczenie stężenia materiału genetycznego wirusa (HBV lub HCV) we krwi osoby skażonej.

¹ rozkaz personalny Komendanta Powiatowego Policji w Zegrzu z dnia 13 stycznia 2009 r. (Nr 11),

² orzeczenie Okręgowej Komisji Lekarskiej MSWiA w Łodzi z dnia 21 listopada 2008 r. (Nr 156/2008),

O ile wiadomo członkom Zarządu Głównego PTHepat, w Polsce nie ma regulacji prawnych nakazujących obligatoryjne odsunięcie osób zakażonych od wykonywania określonego zakresu obowiązków. Kwalifikacja o zdolności do pracy powinna być określona przez lekarza medycyny pracy w porozumieniu z lekarzem chorób zakaźnych, dysponującym dokumentacją pacjenta" .

W niniejszej sprawie Rzecznik Praw Obywatelskich zwrócił się również do europejskich ombudsmenów (w tym ombudsmenów wojskowych) z prośbą o odpowiedź na następujące pytania:

1. Czy w Twoim kraju sam fakt stwierdzenia przez lekarza zakażenia wirusem HIV/HBV/HCV, względnie AIDS, bez względu na stan zdrowia funkcjonariusza/żołnierza, powoduje zwolnienie ze służby?
2. Czy Państwo zapewnia funkcjonariuszom/żołnierzom szczególnie narażonym na zakażenie szczepienie przeciwko HBV?
3. Czy w przypadku wystąpienia ryzyka zakażenia (np. bezpośredniego kontaktu z zakażoną krwią) wirusem HIV, HBV Państwo zapewnia funkcjonariuszom/żołnierzom leczenie *post factum* (Post Exposure Prophylaxis)?
4. Czy stwierdzenie u kandydata do służby w Policji, Straży Pożarnej, Służbie Więziennej lub w Siłach Zbrojnych zakażenia wirusem HIV/HBV/HCV, względnie AIDS, skutkuje odmową przyjęcia do służby?

Z otrzymanych odpowiedzi jednoznacznie wynika, że to aktualny stan zdrowia ostatecznie decyduje o przydatności funkcjonariusza do służby. Przykładowo Generalny Inspektor Sił Zbrojnych Ministerstwa Obrony Narodowej Holandii zauważył, że to nie choroba, ale ograniczenia z niej wynikające mogą być przyczyną zwolnienia ze służby. Niektóre schorzenia mogą wymagać pilnej hospitalizacji, która nie może zostać zapewniona np. na pokładzie okrętu wojennego albo w trakcie misji w Afganistanie. Podobnie Parlamentarny Ombudsman Finlandii wskazał, że samo schorzenie nie jest właściwą podstawą do zwolnienia, chyba że zdolność do pracy jest w sposób zasadniczy i permanentny ograniczona, a funkcjonariusz/żołnierz otrzyma z tego tytułu rentę inwalidzką. W rezultacie sama diagnoza nie jest właściwą podstawą do zwolnienia ze służby. Ombudsman Węgier przybliżył rodzaje rozstrzygnięć komisji lekarskich, które są zbliżone do rozwiązań polskich, szczególnie w kontekście zdolności służby z ograniczeniem. Także na Węgrzech samo zakażenie/choroba nie może być wyłączną przyczyną zwolnienia ze służby. Ombudsman Estonii zauważył, że zakażenia

HIV/HBV/HCV mogą być w niektórych przypadkach powodem zwolnienia ze służby w Policji. To zależy w jakim stadium jest choroba oraz czy wpływa na wykonywanie obowiązków przez funkcjonariusza. Decyzja o zwolnieniu kogokolwiek ze służby jest podejmowana po uzyskaniu opinii pracownika służby zdrowia o zdolności danego funkcjonariusza do wykonywania obowiązków służbowych.

Rzecznik otrzymał również odpowiedź z sekretariatu Naczelnego Lekarza Wojskowego (*Headquarters Surgeon General HSG*) Królestwa Wielkiej Brytanii. Wskazano w niej m.in. medyczne standardy badania fizycznej i psychicznej zdolności do służby w wojsku „PULHHEEMS”. Określają one 7 obszarów³ badania przydatności do służby kandydatów oraz żołnierzy. W zależności od zdiagnozowanego schorzenia oraz badanego obszaru żołnierz może otrzymać jedną następujących kategorii:

1. niezdolny do służby i pozostający pod opieką lekarską (czasowo);
2. zdolny do służby, również poza granicami kraju (bez ograniczeń);
3. zdolny do służby z nieznacznymi ograniczeniami;
4. zdolny do służby z ograniczeniami wynikającymi z ciąży;
5. zdolny do służby ze znacznymi ograniczeniami;
6. niezdolny do służby.

W kontekście kwestionowanych schorzeń *Joint Service Publication 950 (Annex N)* wskazuje, że tylko późne stadium AIDS powinno zostać zakwalifikowane jako kategoria „niezdolny do służby”. Wszystkie pozostałe schorzenia powinny zostać zakwalifikowane w zależności od indywidualnej oceny stanu zdrowia. *Hepatitis B i C* niosą za sobą zwiększone niż w przypadku HIV ryzyko zakażenia, dlatego powinny zostać przedsięwzięte szczególne środki ostrożności. Zakażone osoby, w zależności od przyznanej kategorii powinny skontaktować się z w tym zakresie z ekspertem.

Problem „mechanicznego” („automatycznego”) zwolnienia ze służby na skutek stwierdzenia nosicielstwa wirusa HIV, bez względu na stan zdrowia i kondycję psychofizyczną osoby zainteresowanej, był badany przez Trybunał Konstytucyjny, który wyrokiem z dnia 23 listopada 2009 r. (sygn. akt P 61/08) uznał, że § 57 pkt 4 załącznika nr 2 do rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 9 lipca 1991 r. w sprawie właściwości i trybu postępowania komisji lekarskich podległych Ministrowi Spraw Wewnętrznych (Dz. U. Nr 79, poz. 349 ze zm.) w zakresie, w jakim

³ P Physical Capacity, U Upper Limbs, L Locomotion, HH Hearing Acuity, EE Visual Acuity, M Mental Capacity, S Stability (Emotional).

powoduje uznanie policjanta za całkowicie niezdolnego do pełnienia służby z powodu nosicielstwa wirusa HIV bez względu na stan zdrowia, jest niezgodny z art. 60 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. W uzasadnieniu Trybunał zasygnalizował, że podobne wątpliwości konstytucyjne budzi także § 57 pkt 5 załącznika nr 2, powodujący automatyczne uznanie niezdolności do służby w Policji osób chorych na AIDS. Choroba ta może bowiem mieć różny przebieg, także łagodny, a występujące w jej ramach dolegliwości nie w każdym wypadku przesadzają o całkowitej niezdolności do służby w Policji. Aktualny sposób traktowania AIDS prowadzi np. do tego, że występujące na jej skutek zapalenie płuc powoduje zwolnienie ze służby nawet w wypadku, gdy zostało całkowicie wyleczone i nie pozostawiło trwałych śladów, podczas gdy takie same problemy w wypadku osób niebędących nosicielami wirusa HIV są traktowane tylko jako przejściowa przeszkoda w pełnieniu funkcji (por. dział IX załącznika nr 2). Podobne stanowisko zaprezentowało Krajowe Centrum ds. AIDS w odpowiedzi udzielonej Rzecznikowi w sprawie dotyczącej policjanta będącego nosicielem wirusa HIV, którego sprawa wskutek pytania prawnego Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku była przedmiotem rozpoznania przez Trybunał Konstytucyjny.

II. Niewątpliwie kwestionowane rozporządzenie przewiduje ostrzejsze wymagania zdrowotne dla kandydatów do Policji niż dla funkcjonariuszy. W odniesieniu do policjantów, w wielu przypadkach komisje lekarskie mają możliwość oceny czy wystąpienie określonego schorzenia stanowi ograniczenie zdolności do służby (kat. C). W niniejszej sprawie skutkiem orzeczenia stwierdzającego przewlekłe zapalenie wątroby (§ 44 pkt 6 załączników nr 2 i 3), nosicielstwo wirusa HIV (§ 57 pkt 4 załącznika nr 3) czy zespół nabytego upośledzenia odporności AIDS (§ 57 pkt 5 załączników nr 2 i 3) jest automatyczne uznanie, że zakażona osoba jest całkowicie niezdolna do służby w Policji. Jest to o tyle wątpliwe, że w/w schorzenia mogą przez wiele lat przebiegać bezobjawowo. Konsekwencją stwierdzenia całkowitej niezdolności do służby jest uruchomienie postępowania w przedmiocie zwolnienia ze służby na podstawie art. 41 ust. 1 pkt 1 ustawy o Policji. Podkreślić przy tym należy, że art. 41 ust. 1 pkt 1 ustawy o Policji sformułowany jest kategorycznie i nie daje przełożonemu możliwości uznaniowego potraktowania sprawy. W tych warunkach sądowa kontrola legalności decyzji o rozwiązaniu stosunku służbowego z policjantem ogranicza się do zbadania, czy istotnie kwestia stanu zdrowia i zdolności do

⁴ Pismo z dnia 7 maja 2007 r. (KC/AIDS/076BZ/2407/07)

służby, będąca podstawą jego zwolnienia, została rozstrzygnięta w formie prawomocnego orzeczenia o trwałej niezdolności funkcjonariusza do służby (wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 15 grudnia 2011 r., sygn. akt I OSK 882/11, wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 12 października 2011 r., sygn. akt IV SA/Wr 419/11).

Specyfika statusu pracowniczego kategorii umundurowanych funkcjonariuszy służb publicznych była kilkakrotnie przedmiotem rozważań Trybunału Konstytucyjnego (zob. np. wyroki TK z 23 września 1997 r., sygn. akt K 25/96 oraz z 27 stycznia 2003 r., sygn. akt SK 27/02). Stosunki służbowe żołnierzy zawodowych, a także innych służb mundurowych - co stwierdził Trybunał w wyroku z 14 grudnia 1999 r. (sygn. akt SK 14/98) - 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 nieraz 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.

Trybunał Konstytucyjny stwierdzał także, iż „artykuł 60 Konstytucji wymaga, aby zasady dostępu do służby publicznej były takie same dla wszystkich obywateli posiadających pełnię 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. Przy czym nie odbiera to 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" (wyrok z dnia 8 października 2002 r., sygn. K 36/00, wyrok z 9 czerwca 1998 r., sygn. K 28/97).

Trybunał Konstytucyjny we wskazanym wyroku z dnia 8 października 2002 r. dokonał także oceny zaskarżonego rozporządzenia. Stwierdził m.in., 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. Narzucenie przez ustawodawcę szczegółowych rozwiązań, jakie powinny być zawarte w rozporządzeniu krępowałoby w nadmiernym stopniu potrzebną w przypadku służb mundurowych, swobodę w kształtowaniu postępowania mającego na celu ocenę przydatności funkcjonariusza do służby. Określenie kryteriów oraz dokonywanie oceny warunków psychofizycznych niezbędnych do pełnienia służby w Policji, nie stanowi materii prawnej, lecz jest przedmiotem wiedzy specjalistycznej. Dlatego też, ustalenie sztywnych norm prawnych w tej dziedzinie pozostawałoby w sprzeczności z charakterem przedmiotu regulacji (...) w rozporządzeniu określono właściwość komisji i tryb ich działania, zasady oceny zdolności do służby, a także tryb orzekania o tej zdolności. Podobne upoważnienia zawierają inne ustawy dotyczące służb mundurowych, co oznacza, że zakres ingerencji ustawodawcy w zakres regulacji dotyczących oceny zdolności do służby, został celowo ograniczony. Należy przyznać, że niemal całość materii dotyczącej postępowania przed komisjami lekarskimi ustawodawca przekazał do określenia w rozporządzeniu, ale wymagała tego racjonalność działania ustawodawcy i władzy wykonawczej. Artykuł 26 ust. 2 ustawy o Policji określa podmiot uprawniony do wydania aktu wykonawczego, wskazuje tryb jego wydawania oraz wyznacza zakres przedmiotowy materii, które mają zostać uregulowane. Tym samym wymagania szczegółowości podmiotowej i przedmiotowej upoważnienia zostały spełnione”.

Zaliczenie Policji czy Państwowej Straży Pożarnej do służby publicznej nie budzi wątpliwości z punktu widzenia normy prawnej wynikającej z treści art. 60 Konstytucji. Jak wskazano wyżej, również formułowanie reguł naboru za pomocą kryteriów medycznych pozostaje w zgodzie z Konstytucją. Zasadniczą kwestią pozostaje w niniejszej sprawie rozstrzygnięcie, czy zaskarżona regulacja stanowi nieproporcjonalne ograniczenie dostępu do służby publicznej.

III. Zasada proporcjonalności jest przez Trybunał Konstytucyjny rozumiana jako suma trzech zasad składowych: zasady przydatności, zasady konieczności oraz zasady proporcjonalności sensu stricto, tzn. zakazu nadmiernej ingerencji (wyrok z 11 kwietnia 2000 r., sygn. K 15/98).

Zasada przydatności polega na przeprowadzeniu testu racjonalności instrumentalnej, tzn. do ustalenia, czy według dostępnego stanu wiedzy wprowadzona regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków. Przyjmuje się, że warunków tych nie spełniają tylko takie przepisy, które utrudniają osiągnięcie celów lub nie wykazują żadnego związku z tymi celami (są irrelewantne). Co ważne, cele normowania należy ustalać przede wszystkim na podstawie historii legislacyjnej badanych regulacji albo intencji deklarowanych przez ustawodawcę przed ich przyjęciem, a nie na podstawie ich rzeczywistych skutków.

Przy aplikacji zasady konieczności należy udowodnić, że badane przepisy są niezbędne dla ochrony dóbr wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji (pięciu dóbr ogólnospołecznych lub indywidualnych „wolności i praw innych osób”), a ponadto, że spośród środków skutecznie chroniących te wartości zostały wybrane środki najmniej uciążliwe. Stosowanie tej zasady wymaga więc rozważenia możliwych do zastosowania środków alternatywnych i określenia ich skuteczności. Jest to proces skomplikowany, ponieważ badane przepisy z reguły oddziałują na różne podmioty w różny sposób, więc dana regulacja może być dla niektórych grup jej adresatów bardziej uciążliwa, a dla innych prawie nieodczuwalna. W rezultacie trzeba np. rozstrzygnąć, czy lepsze jest ograniczenie bardziej restrykcyjne, ale dotyczące mniejszej grupy adresatów, czy też mniej dotkliwe, ale o szerszym zakresie podmiotowym.

Najtrudniejszym elementem testu proporcjonalności jest sprawdzenie, czy efekty zaskarżonej regulacji pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych przez

nią na obywatela (zakaz nadmiernej ingerencji, zasada proporcjonalności w ścisłym tego słowa znaczeniu). Należy więc dokonać swoistego rachunku aksjologicznego, sprawdzając czy zalety badanej regulacji przeważają nad jej wadami. Ta ocena powinna uwzględniać specyfikę wartości chronionych przez zaskarżoną regulację (wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji) i praw, które w jej rezultacie doznają ograniczenia, a także aksjologię Konstytucji jako całości. Im bardziej cenne jest dobro naruszane i im wyższy stopień jego naruszenia, tym cenniejsza musi być wartość chroniona i wyższy stopień jej realizacji, przy czym w żadnym wypadku ograniczenia nie mogą naruszać istoty wolności i praw (art. 31 ust. 3 Konstytucji).

W odróżnieniu od większości przepisów regulujących warunki psychofizyczne dostępu do zawodu policjanta/strażaka kwestionowane przepisy nie służą wykluczeniu z Policji/Państwowej Straży Pożarnej osób, które ze względu na swój stan zdrowia nie są w stanie właściwie wykonywać swoich obowiązków i nie gwarantują spełnienia zadań stawianych tych formacji mundurowych. Nie ulega wątpliwości, że ograniczenia dostępu do służby w Policji czy Państwowej Straży Pożarnej, spełniają omówione wyżej kryterium przydatności. Eliminacja z Policji/Państwowej Straży Pożarnej osób z HIWWZW/AIDS (i w ogóle wszystkich osób, których stan zdrowia odbiega od normy) przyczynia się do poprawy jakości kadr i minimalizacji ryzyka zakażenia. Postulat racjonalności instrumentalnej jest więc spełniony. Odmienne jednak należy ocenić zaskarżoną regulację w świetle zasady konieczności i zakazu nadmiernej ingerencji.

Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z aktualnymi badaniami naukowymi podstawową metodą profilaktyki HIV nie jest ani zwalnianie nosicieli tego wirusa ze służby/pracy, ani ich izolowanie od społeczeństwa. Przeciwnie - uważa się, że (podobnie jak w wypadku 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 rozprzestrzeniania wirusa. Obecny stan prawny może prowokować zachowania ryzykowne po stronie funkcjonariuszy. W jednej z wizytowanych przez Rzecznika jednostek ze strony policjantów pionu patrolowo-interwencyjnego pojawił się sygnał o zakażeniu jednego z policjantów tego pionu wirusem HCV. Wyrazili oni obawę o stan swojego zdrowia oraz osób postronnych w trakcie wspólnej interwencji. Stan zdrowia funkcjonariusza jest -jak zauważyli policjanci - doskonale znany jego przełożonym. Ujawnienie zakażenia wiązać się będzie z jego automatycznym zwolnieniem ze służby w Policji. Dlatego też policjanci/strażacy mogą

w obawie przed zakończeniem swojej kariery - do pewnego etapu - ukrywać ten fakt, stwarzając tym samym ryzyko zakażenia innych osób (realizując zadania służbowe w bezpośrednim kontakcie z obywatelem).

W tym kontekście z całą pewnością mechanizm automatycznego zwalniania z Policji/Państwowej Straży Pożarnej, wynikający z § 44 pkt 6 § 57 pkt 5 załącznika nr 2 i nr 3 oraz § 57 pkt 4 załącznika nr 3, nie jest najmniej uciążliwym środkiem zapobiegania przypadkowym epidemiom. Ograniczając się do wskazania metod organizacyjnych, należy zauważyć, że „wśród służb mundurowych Policja wyróżnia się zakresem przydzielonych jej zadań, które mają charakter wieloaspektowy” (por. wyrok TK z dnia 2 września 2008 r. o sygn. akt K 35/06). O ile nosicielstwo wirusa HIV niewątpliwie uznać należy za niepożądane w wypadku służby patrolowo-interwencyjnej czy jednostki ratowniczej (wypadkowej) Państwowej Straży Pożarnej, o tyle pozostaje jednak wiele stanowisk, na których nie ma ono większego znaczenia (np. w administracji policyjnej/strażackiej, szkolnictwie, pionach analitycznych). W pracę na tych stanowiskach nie jest bowiem z założenia wpisane statystycznie większe ryzyko kontaktu z zakażoną krwią niż w wypadku typowych prac umysłowych (np. urzędniczych). Co więcej, można nawet postawić tezę, że mają one charakter prac „cywilnych”, od których różnią się tym, że są wykonywane w ramach uzbrojonej i umundurowanej Policji/Państwowej Straży Pożarnej. W rezultacie nie ulega wątpliwości, że minimalizacja ryzyka zakażenia wirusem HIV/HBV/HCV może więc być osiągnięta - przynajmniej w niektórych wypadkach - mniej drastycznymi środkami niż zwolnienie ze służby, a mianowicie przeniesieniem na inne, „bezpieczniejsze” stanowisko w Policji/Państwowej Straży Pożarnej.

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

być efektywnym pracownikiem na stanowiskach niewiązanych się ze zwiększonym ryzykiem kontaktu z krwią (kategoria zdrowia C), jest decyzją medyczną. Powinna ona być podejmowana przez lekarzy (oczywiście znających realia służby), a nie ex ante badania danej osoby przez normodawcę. Jak świadczy zrównanie przez zaskarżone rozporządzenie HIV i AIDS (w obu wypadkach rozporządzenie przewiduje orzeczenie o całkowitej niezdolności do służby), prawne regulowanie tego typu kwestii może prowadzić do zmuszania lekarzy do orzekania w sposób sprzeczny z ich wiedzą medyczną. Jak stwierdzono w piśmie Krajowego Centrum ds. AIDS z 7 maja 2007 r., skierowanym do Rzecznika Praw Obywatelskich (sygn. KC/AIDS/076/BZ/2407/07), rozporządzenie jest „odzwierciedleniem wiedzy i świadomości społecznej zagrożeń związanych z HIV/AIDS sprzed 15 lat”, a automatyzm § 57 pkt 4 i 5 załącznika nr 2 należy uznać za „pozbawiony podstaw medycznych”.

Zakwestionowane przepisy należy ocenić krytycznie także z punktu widzenia zakazu nadmiernej ingerencji. Choć pozornie ochrona zdrowia publicznego jako wartość ogólnospołeczna wydaje się być wartością cenniejszą niż indywidualne prawo dostępu do służby publicznej, to jednak zaskarżony przepis w nieprawidłowy sposób wyważa proporcje między ochroną tych wartości. Opiera się on bowiem na błędnym założeniu, że ryzyko zakażenia jest w wypadku każdego policjanta/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. Statystycznie niewielkie zwiększenie zdrowia publicznego jest uważane za wartość cenniejszą niż umożliwienie kontynuacji pełnienia służby publicznej osobie, która jest bezobjawowym nosicielem wirusa HIV (chorującym na WZW, AIDS). Tym samym zaskarżone przepisy wydają się w maksymalny sposób chronić zdrowie publiczne (które w wypadku policjantów/strażaków pracujących na stanowiskach biurowych w istocie nie jest nadmiernie zagrożone), kosztem konkretnego konstytucyjnego prawa do służby osób z HIV/AIDS/WZW, zamiast dążyć do możliwie największej realizacji obu wartości.

IV. Przyjęte rozwiązania pozostają w rażącej sprzeczności z podstawową wartością konstytucyjną: przyrodzoną i niezbywalną godnością człowieka, która jest nienaruszalna (art. 30 Konstytucji). Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego (wyrok z dnia 7 marca 2007 r., sygn. akt K 28/05) 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 wszystkie wartości, które określają podmiotową pozycję jednostki w społeczeństwie i które składają się, według powszechnej opinii, na szacunek należny każdej osobie”. Godność w tym pierwszym znaczeniu człowiek zachowuje w każdych warunkach, natomiast godność rozumiana jako „prawo osobistości” może być w praktyce przedmiotem naruszenia - „może być «dotknięta» przez zachowania innych osób oraz regulacje prawne” (wyrok TK z 5 marca 2003 r., sygn. akt K 7/01). Tego typu zjawiska zawsze należy jednak oceniać negatywnie jako sprzeczne ze standardami konstytucyjnymi. W żadnym razie nie jest dopuszczalne ich usprawiedliwianie ani podważanie na tej podstawie nienaruszalności godności jako wartości przyrodzonej i niezbywalnej. W niniejszej sprawie rozważyć można więc wyłącznie zarzut naruszenia przez zaskarżoną regulację godności w tym drugim znaczeniu.

W opinii Trybunału Konstytucyjnego tak rozumiana godność jest utożsamiana z istnieniem „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” (wyrok z 4 kwietnia 2001 r., sygn. K 11/00). Zgodnie z poglądem wyrażonym przez Trybunał Konstytucyjny w sprawie o sygn. SK 6/02, „Na tle art. 30 Konstytucji sytuacja, w której człowiek stawałby się wyłącznie przedmiotem działań podejmowanych przez władzę, byłby «zastępowalną wielkością», a jego rola sprowadzałaby się do czysto instrumentalnej postaci lub zarzut «ustawowego odpodmiotowienia-urzeczowienia» - mogą być uznane co do zasady za naruszenie godności. Oczywiście ocena, czy rzeczywiście do takiego arbitralnego naruszenia godności ludzkiej dochodzi - musi uwzględniać okoliczności konkretnego wypadku”. Naruszenie takie „musiałoby 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” (wyrok z 14 lipca 2003 r., sygn. SK 42/01).

Diagnoza lekarska stwierdzająca zakażenie wirusem HIV/HCV/AIDS prowadzi do mechanicznego wykluczania takich osób, bez względu na ich przydatność do służby, stan zdrowia, a także niezależnie od okoliczności zarażenia godząc tym samym w status zawodowy funkcjonariusza. W sposób szczególnie dotkliwy dotyka ono osoby, które zarażyły 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. Paradoksalnie, omawiane rozwiązania prawne mogą mieć także negatywne skutki uboczne, jeżeli chodzi o zapobieganie zakażeniom. Automatyczne usuwanie z Policji/Państwowej Straży Pożarnej wszystkich osób z HIWAIDS/WZW powoduje, że w miarę możliwości będą się oni starali ukryć fakt zakażenia, żeby możliwie najdłużej pozostać w służbie. Jest to prawdopodobne zarówno z medycznego, jak i praktycznego punktu widzenia: wirus HIV/HCV może nawet przez kilkanaście lat nie powodować żadnych objawów, a komisje lekarskie badające policjantów/strażaków zlecają wykonanie testów na obecność wirusa HIV tylko w wypadku, kiedy skłania ich do tego stan zdrowia funkcjonariusza lub okoliczności jego służby. Brak wiedzy o zakażeniu stwarza zaś zdecydowanie większe zagrożenie dla zdrowia publicznego niż praca w Policji/Państwowej Straży Pożarnej - na określonych stanowiskach.

W związku z powyższym, wnoszę jak na wstępie.

