

150/10/A/2009

WYROK

z dnia 23 listopada 2009 r.

Sygn. akt P 61/08*

W imieniu Rzeczypospolitej Polskiej

Trybunał Konstytucyjny w składzie:

Ewa Łętowska – przewodniczący
Marian Grzybowski
Wojciech Hermeliński – sprawozdawca,

protokolant: Grażyna Szałygo,

po rozpoznaniu, z udziałem Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji oraz Prokuratora Generalnego, na rozprawie w dniu 23 listopada 2009 r., pytania prawnego Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku:

czy § 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 przewiduje, że stwierdzenie u policjanta nosicielstwa wirusa HIV powoduje uznanie go za całkowicie niezdolnego do pełnienia służby, jest zgodny z art. 32 i art. 60 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji i art. 25 lit. c Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, otwartego do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167),

o r z e k a:

§ 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, z 1992 r. Nr 83, poz. 425 oraz z 1995 r. Nr 146, poz. 712) w zakresie, w jakim powoduje uznanie policjanta za całkowicie niezdolnego do pełnienia służby z powodu nosicielstwa wirusa HIV bez względu na stan zdrowia, jest niezgodny z art. 60 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Ponadto p o s t a n a w i a:

na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, z 2000 r. Nr 48, poz. 552 i Nr 53, poz. 638, z 2001 r. Nr 98, poz. 1070, z 2005 r. Nr 169, poz. 1417 oraz z 2009 r. Nr 56, poz. 459) umorzyć postępowanie w pozostałym zakresie ze względu na zbędność wydania wyroku.

* Sentencja została ogłoszona dnia 1 grudnia 2009 r. w Dz. U. Nr 202, poz. 1568.

UZASADNIENIE

I

1. Załącznik 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.; dalej: odpowiednio – załącznik nr 2 i rozporządzenie) zawiera wykaz chorób i ułomności, które są podstawą wydawania przez komisje lekarskie orzeczeń o stanie zdrowia i stopniu zdolności do służby w Policji (por. § 11 tego rozporządzenia). Wśród tego typu czynników § 57 pkt 4 wykazu wymienia nosicielstwo wirusa HIV (ang. *Human Immunodeficiency Virus*, ludzki wirus nabytego upośledzenia odporności).

2. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gdańsku (dalej: WSA w Gdańsku, sąd pytający) postanowieniem z 27 marca 2008 r., sygn. akt III SA/Gd 24/08, zwrócił się do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie, czy § 57 pkt 4 załącznika nr 2 w zakresie, w jakim przewiduje, że stwierdzenie u policjanta nosicielstwa wirusa HIV powoduje uznanie go za całkowicie niezdolnego do pełnienia służby, jest zgodny z art. 32 i art. 60 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji i art. 25 lit. c (błędnie oznaczonego jako art. 25 pkt c) Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, otwartego do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167; dalej: Pakt). Braki formalne pytania prawnego zostały uzupełnione pismem z 24 czerwca 2008 r.

Pytanie prawne zostało zadane w związku z następującym stanem faktycznym:

Wojewódzka Komisja Lekarska Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji (dalej: MSWiA) w orzeczeniu z 8 lutego 2007 r. nr 90/I/07 stwierdziła całkowitą niezdolność policjanta do służby ze względu na bezobjawowe nosicielstwo wirusa HIV. Podobną konkluzję zawierało orzeczenie Okręgowej Komisji Lekarskiej w Gdańsku z 15 marca 2007 r. nr 51/2007. Decyzją z 3 października 2007 r. nr 3000 Komendant Miejski Policji w Gdańsku, powołując się na art. 41 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 45 ust. 3 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2007 r. Nr 43, poz. 277, ze zm.; dalej: ustawa o Policji), zwolnił policjanta ze służby z dniem 12 października 2007 r. Komendant Wojewódzki Policji w Gdańsku decyzją z 21 listopada 2007 r. nr 4574 uchylił powyższe rozstrzygnięcie jedynie w części dotyczącej daty zwolnienia ze służby (orzekł, że powinno to nastąpić 30 listopada 2007 r.), a w pozostałej części utrzymał je w mocy. Zainteresowany policjant decyzję tę zaskarżył do WSA w Gdańsku, wskazując, że „mechanicznie” („automatycznie”) zastosowano w stosunku do niego § 57 pkt 4 załącznika nr 2, który – w jego opinii – jest sprzeczny z art. 32, art. 31 ust. 3 i art. 60 Konstytucji oraz z § 11 i § 12 ust. 1 rozporządzenia. Został on mianowicie zwolniony ze służby z uwagi na sam fakt nosicielstwa wirusa HIV, pomimo braku objawów AIDS. Pozostaje to w sprzeczności z zasadą wynikającą z art. 25 ust. 1 ustawy o Policji oraz § 11 i § 12 ust. 1 rozporządzenia, że o zdolności do służby w Policji powinien decydować stopień zaawansowania choroby i jej wpływ na kondycję psychofizyczną policjanta. Zwolnienie ze służby na skutek stwierdzenia nosicielstwa wirusa HIV, bez względu na stan zdrowia i kondycję psychofizyczną osoby zainteresowanej, jest w jego opinii „dyskryminacją pośrednią”, zwłaszcza że badania na obecność tego wirusa nie są obowiązkowe.

Argumentacja sądu pytającego w zakresie niezgodności § 57 pkt 4 załącznika nr 2 ze wskazanymi wzorcami kontroli opiera się na zarzutach sformułowanych w omówionej wyżej skardze policjanta, skierowanej do tego sądu. Składają się na nią ponadto:

przytoczenie treści przepisów warunkujących dostęp do służby w Policji, omówienie treści wzorców kontroli w kontekście wybranych orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego oraz charakterystyka skutków zarażenia wirusem HIV, dokonana z uwzględnieniem literatury medycznej.

W uzasadnieniu swojego pytania prawnego WSA w Gdańsku stwierdził m.in., iż ustawodawca co do zasady założył, że służbę w Policji mogą pełnić zarówno osoby zdrowe (z kategorią zdrowia A), jak i osoby cierpiące na przewlekłe schorzenia lub ułomności (np. wirusowe zapalenie wątroby typu B), które – według każdorazowo wydawanych indywidualnych orzeczeń komisji lekarskich – w danym wypadku nie stanowią przeszkody do pełnienia służby na określonych stanowiskach (z kategorią zdrowia C). Regulacja zawarta w § 57 pkt 4 załącznika nr 2 stanowi wyjątek od tej reguły, bowiem nie pozwala na ocenę zdolności do służby w zależności od stopnia zaawansowania choroby, przewidując w odniesieniu do osób zarażonych wirusem HIV tylko jedną kategorię zdrowia – D (całkowicie niezdolny do służby). Zdaniem sądu pytającego takie uregulowanie nie ma podstaw, ponieważ istotną cechą wspólną funkcjonariuszy Policji dla potrzeb ustalania ich stanu zdrowia jest zależność między „nasileniem, stopniem schorzenia (wystąpieniem jego objawów)” a „możliwością pełnienia przez nich służby”. Podobnie jak w wypadku wirusowego zapalenia wątroby typu B, zarażenie wirusem HIV może przebiegać bezobjawowo i pozostawać bez wpływu na stan zdrowia policjanta-nosiciela albo występować w takim natężeniu, że możliwa jest jego praca na niektórych stanowiskach w Policji. Ograniczenia prawa nosicieli wirusa HIV do służby w Policji nie można uzasadnić potrzebą ochrony przed zakażeniem innych osób, skoro w tej formacji istnieje wiele stanowisk niewiążących się z takim ryzykiem. Wobec tego, zdaniem sądu pytającego, powstaje „uzasadniona wątpliwość, czy brak możliwości zaliczenia funkcjonariuszy będących nosicielami wirusa HIV do innej kategorii, niż kategoria D, niezależnie od faktycznego stanu zdrowia” nie stanowi nieuzasadnionej i niekonstytucyjnej dyskryminacji i naruszenia jednakowych zasad dostępu do służby publicznej, jak również formy dyskryminacji w dostępie do służby publicznej w świetle art. 25 lit. c Paktu.

Sąd pytający podkreślił, że jego wątpliwości co do konstytucyjności zaskarżonego przepisu nie są odosobnione. W dużej mierze pokrywają się one z argumentacją zawartą w piśmie Rzecznika Praw Obywatelskich z 31 maja 2007 r. (sygn. RPO-554323-IX-903/07/TOb), skierowanym do Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji.

Wskazał także, że choć Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 8 października 2002 r., sygn. K 36/00 (OTK ZU nr 5/A/2002, poz. 63) stwierdził, iż określenie i ocena cech psychofizycznych niezbędnych do służby w Policji nie stanowi materii prawnej, to jednak w zaskarżonym zakresie „kwestie te zostały określone przepisami prawa, których zgodność z aktami prawnymi wyższego rzędu może być badana”.

Uzasadniając związek funkcjonalny między zaskarżonym przepisem a rozstrzygnięciem sprawy zawisłej przed WSA w Gdańsku, sąd ten wskazał, że w wypadku uwzględnienia wątpliwości sądu pytającego zwolnienie skarżącego ze służby należałoby uznać za niezasadne.

3. Pismem z 17 września 2008 r. (sygn. KCAIDS/AT-070-39/IKA/5087/08) Dyrektor Krajowego Centrum ds. AIDS (dalej: Centrum) zwrócił się do Trybunału Konstytucyjnego o uwzględnienie stanowiska Centrum w rozpatrywanej sprawie. W wypadku, gdyby Prezes Trybunału Konstytucyjnego uznał za zasadne zwrócenie się do Centrum o przedstawienie stanowiska, wniósł również o wyznaczenie stosownego terminu.

4. Prokurator Generalny w piśmie z 9 listopada 2009 r. przedstawił stanowisko, że § 57 pkt 4 załącznika nr 2 „w zakresie, w jakim stwierdzenie u policjanta nosicielstwa

wirusa HIV powoduje uznanie tegoż policjanta za całkowicie niezdolnego do pełnienia służby”, jest niezgodny z art. 32 i art. 60 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz art. 25 lit. c Paktu.

Argumentacja Prokuratora Generalnego zasadniczo powtarza tezy uzasadnienia pytania prawnego.

W jego opinii „istotną cechą wspólną funkcjonariuszy Policji, w zakresie zaliczenia ich do ustalonych kategorii zdolności do służby, jest konieczność dokonania oceny zależności między stopniem zaawansowania schorzenia lub ułomności i nasileniem jego objawów a możliwością pełnienia przez nich służby”. Działając na podstawie zaskarżonego przepisu, komisje lekarskie „w wypadku wykrycia nosicielstwa wirusa HIV nie oceniają stopnia schorzenia i nasilenia jego objawów ani sprawności fizycznej i psychicznej policjanta, tylko zobligowane są do orzeczenia całkowitej niezdolności do służby – kategoria D, nawet wtedy, gdy ogólny stan zdrowia policjanta jest dobry (...) To nie komisja lekarska, dysponująca wiedzą specjalistyczną, tylko kwestionowany przepis, poczynając od dnia 9 września 1991 r., rozstrzyga o treści orzeczenia komisji lekarskiej”. Prowadzi to do „nierównego i nieuzasadnionego ograniczenia prawa dostępu do służby publicznej”, które może wprowadzić znajdować uzasadnienia w konieczności ochrony zdrowia innych osób, ale jest „nieproporcjonalne i nadmiernie restrykcyjne, a także nieuwzględniające aktualnego stanu wiedzy specjalistycznej w tym zakresie”. Istnieje wiele stanowisk, na których funkcjonariusz – nosiciel wirusa HIV może pełnić służbę bez narażania na zakażenie funkcjonariuszy i innych osób. „Są to szczególnie stanowiska niezwiązane z ryzykiem doznania urazu, bowiem możliwości zakażenia wirusem HIV są ograniczone”.

Prokurator Generalny zauważył ponadto, że „badania na nosicielstwo wirusa HIV nie są badaniami obowiązkowymi, co znacznie osłabia argument o konieczności ochrony zdrowia innych osób przed zakażeniem tym wirusem. Natomiast automatyczne konsekwencje stwierdzenia u policjantów nosicielstwa wirusa HIV mogą powodować chęć unikania przez funkcjonariuszy przeprowadzania badań wykrywających jego obecność we krwi lub zatajania wyników takich badań w celu zapewnienia kontynuowania stosunku służby. Może to prowadzić do większego zagrożenia możliwością zakażenia innych osób wirusem HIV niż w przypadku wyznaczenia funkcjonariuszowi Policji będącemu nosicielem wirusa HIV stanowiska niezwiązanego z ryzykiem urazu”.

Konkludując, Prokurator Generalny stwierdził, że zaskarżony przepis koliduje z zasadą równości i zakazem dyskryminacji (art. 32 Konstytucji), a także prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia prawa dostępu do służby publicznej na jednakowych zasadach, przez co narusza art. 60 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Przyjęcie niezgodności § 57 pkt 4 załącznika nr 2 z art. 60 Konstytucji „jednocześnie oznacza [jego] niezgodność z art. 25 lit. c” Paktu.

Pismo Prokuratora Generalnego obejmuje ponadto omówienie zasad dostępu do zawodu policjanta, ze szczególnym uwzględnieniem warunku odpowiedniego stanu zdrowia, oraz treści wzorców kontroli w niniejszej sprawie.

5. Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji (dalej: Minister) ustosunkował się do pytania prawnego w piśmie z 17 listopada 2009 r. (sygn. DP-II-026-543/08/KS), stwierdzając, że § 57 pkt 4 załącznika nr 2 „w zakresie, w jakim stwierdzenie u policjanta nosicielstwa wirusa HIV powoduje uznanie go za całkowicie niezdolnego do pełnienia służby”, jest niezgodny z art. 32 i art. 60 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz art. 25 lit. c Paktu (błędnie oznaczonym jako art. 25 pkt c).

Oceniając zaskarżony przepis w kontekście zasady równości, Minister stwierdził, że cechą istotną uzasadniającą równe traktowanie podmiotów prawa jest „stwierdzenie u

funkcjonariusza Policji przewlekłego schorzenia lub ułomności fizycznej albo psychicznej”. Zaskarżona regulacja jest „niezwykle «sztywna» i nie bierze pod uwagę faktu, że nosicielstwo wirusa HIV i związane z nim zakażenie wirusem może mieć różny wpływ na stan zdrowia każdego z nosicieli, nie uwzględnia też różnicy pomiędzy zakażeniem wirusem HIV a AIDS”. Równocześnie w wypadku innych przewlekłych chorób lub ułomności (np. nosicielstwo antygeny HBs, choroba popromienna, brak kończyny dolnej lub górnej, nowotwory) istnieje zdecydowanie większa możliwość oceny stanu zdrowia funkcjonariusza, która wyraża się m.in. w możliwości przyznania kategorii zdrowia C przynajmniej niektórym kategoriom funkcjonariuszy. Tym samym – zdaniem Ministra – różnicuje się sytuacje funkcjonariuszy, u których stwierdzono przewlekłe schorzenie lub ułomność fizyczną lub psychiczną.

Powyższe zróżnicowanie nie znajduje wystarczającego uzasadnienia ani w szczególnym charakterze służby w Policji, ani w zagrożeniach związanych ze służbą, takich jak ryzyko urazu i zakażenia wirusem HIV innych osób. Przyjęta przez ustawodawcę regulacja służy realizacji celu i treści rozporządzenia, którym jest „zapewnienie prawidłowego i skutecznego działania Policji (...) poprzez dokonanie wszechstronnej oceny zdolności fizycznej i psychicznej (...) funkcjonariusza, w czym mieści się także możliwa eliminacja czynników ryzyka podczas służby”. W tym sensie wprowadzone zróżnicowanie ma charakter racjonalnie uzasadniony. W nieodpowiedni sposób wywodzi ono jednak proporcje między wartościami chronionymi (bezpieczeństwem i porządkiem publicznym oraz ochroną zdrowia) i wartością naruszoną (prawem dostępu do służby publicznej na jednakowych zasadach). Powołując się na informacje Krajowego Centrum ds. AIDS, Minister stwierdził, że „przy prawidłowym leczeniu i zachowaniu środków ostrożności funkcjonariusze będący nosicielami HIV mogą normalnie pełnić służbę”. Wobec tego „ocena zdolności funkcjonariusza do służby powinna być dokonywana indywidualnie, w zależności od stanu zdrowia konkretnego funkcjonariusza, jego kwalifikacji zawodowych oraz zajmowanego przez niego stanowiska (inaczej bowiem należy oceniać zdolność do służby policjanta pionu prewencji, a inaczej (...) np. technika kryminalistyki lub osoby pracującej w biurze”.

Zdaniem Ministra, analizowane zróżnicowanie nie pozostaje w związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi, np. zasadą sprawiedliwości społecznej. Trudno bowiem mówić o sprawiedliwym zróżnicowaniu, gdy nosicielstwo wirusa HIV powoduje automatyczne uznanie nosiciela za niezdolnego do służby, podczas gdy funkcjonariuszy, u których stwierdzono inne przewlekłe schorzenia lub ułomności, uznaje się za zdolnych do służby z ograniczeniem, ewentualnie można ich zaliczyć do kategorii zdrowia C lub D w zależności od stopnia rozwoju lub charakteru schorzenia.

W rezultacie Minister stwierdził, że zaskarżone rozwiązanie jest sprzeczne z art. 32 Konstytucji, a tym bardziej – z art. 60 Konstytucji (*argumentum a minori ad maius*).

Odnosząc się zaś do art. 31 ust. 3 Konstytucji, w pierwszej kolejności podniósł on, że „pewne wątpliwości konstytucyjne” może budzić sam fakt umieszczenia badanego ograniczenia prawa do służby publicznej w załączniku do rozporządzenia, a więc w akcie podustawowym. Ostatecznie uznał on jednak, że w analizowanej sprawie nie stanowi to naruszenia wymogu ustawowej formy ograniczenia praw i wolności.

W opinii Ministra, zaskarżone rozwiązanie nie spełnia jednak warunku konieczności w demokratycznym państwie prawnym, ponieważ w wypadku innych schorzeń prawodawca daje komisjom lekarskim większą swobodę przy ocenie stanu zdrowia funkcjonariusza, a nosiciele wirusa HIV mogą pełnić służbę na niektórych stanowiskach w Policji. Wartości konstytucyjne mogą być chronione „przy równoczesnym pozostawieniu komisjom lekarskim możliwości indywidualnej oceny stopnia zdolności danego funkcjonariusza do służby”.

Uznanie niezgodności zaskarżonego przepisu z art. 25 lit c Paktu jest zaś konsekwencją stwierdzenia jego sprzeczności z art. 60 i art. 32 Konstytucji.

Pismo Ministra zawiera ponadto obszernie omówienie przepisów ustawy o Policji oraz zaskarżonego rozporządzenia, a także orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w zakresie wzorców kontroli wskazanych przez sąd pytający. Załączono do niego ponadto kopię pisma Krajowego Centrum ds. AIDS z 7 maja 2007 r., skierowanego do Rzecznika Praw Obywatelskich, do którego odwoływano się w tekście stanowiska. Zawiera ono m.in. stwierdzenie, że automatyzm § 54 pkt 4 i 5 załącznika należy uznać za „pozbawiony podstaw medycznych”, a tym samym dyskryminujący osoby zakażone wirusem HIV i chore na AIDS.

II

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gdańsku nie zgłosił udziału w postępowaniu wszczętym na skutek złożonego przez ten sąd pytania prawnego. W rezultacie w rozprawie 23 listopada 2009 r. wzięli udział wyłącznie przedstawiciele Prokuratora Generalnego oraz Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji, którzy podtrzymali i uzupełnili stanowiska wyrażone na piśmie.

Przedstawiciel Ministra stwierdził, że nie jest w stanie precyzyjnie wskazać genezy zaskarżonego przepisu na podstawie dokumentacji prac legislacyjnych nad zaskarżonym rozporządzeniem dostępnej w resorcie. Zapytany o skutki ewentualnego orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego stwierdził on, że odpowiednia zmiana zaskarżonego przepisu mogłaby zostać wprowadzona w ciągu ok. 3 miesięcy, nie wniósł jednak o odroczenie utraty mocy obowiązującej przez zaskarżony przepis. Do tego czasu nosicielstwo wirusa HIV będzie traktowane jako czynnik „obojętny” (niemający wpływu na ocenę zdolności do służby). Przedstawiciel Ministra poinformował równocześnie, że w resorcie prowadzone są prace nad kompleksową zmianą uregulowań dotyczących oceny stanu zdrowia funkcjonariuszy różnych służb mundurowych.

Przedstawiciel Prokuratora Generalnego wskazał, że w wypadku ewentualnego orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, potwierdzającego wątpliwości sądu pytającego, komisje lekarskie będą mogły oceniać wpływ nosicielstwa wirusa HIV na zdolność do służby policjantów na podstawie ogólnych przepisów rozporządzenia. Odnośnie do sentencji wskazał on natomiast, że obok orzeczenia o niezgodności zaskarżonej regulacji ze wszystkimi wzorcami kontroli wskazanymi przez sąd pytający (o co wносił w stanowisku pisemnym), ewentualnie można rozważyć umorzenie postępowania co do art. 32 Konstytucji i art. 25 lit. c Paktu ze względu na zbędność wydania wyroku.

III

Trybunał Konstytucyjny zważył, co następuje:

1. Warunki formalne pytania prawnego.

1.1. Merytoryczne rozpoznanie przez Trybunał Konstytucyjny pytania prawnego uzależnione jest od spełnienia wymogów wynikających z art. 193 Konstytucji oraz art. 3 i art. 32 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.; dalej: ustawa o TK; por. liczne postanowienia TK, m.in. z: 29 marca 2000 r., sygn. P 13/99, OTK ZU nr 2/2000, poz. 68; 12 kwietnia 2000 r., sygn. P 14/99, OTK ZU nr 3/2000, poz. 90; 10 października 2000 r., sygn. P 10/00, OTK ZU nr 6/2000, poz. 195;

27 kwietnia 2004 r., sygn. P 16/03, OTK ZU nr 4/A/2004, poz. 36; 19 kwietnia 2006 r., sygn. P 12/05, OTK ZU nr 4/A/2006, poz. 49 oraz przywołana w nich literatura).

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, pytanie prawne przedstawione przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gdańsku (dalej: WSA w Gdańsku, sąd pytający) jedynie częściowo odpowiada tym wymogom. Zarówno wskazany przez sąd przedmiot zaskarżenia, jak i wzorce kontroli wymagają zbadania pod względem formalnym.

1.2. Wątpliwości sądu pytającego budzi konstytucyjność § 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.; dalej – odpowiednio – załącznik nr 2 oraz rozporządzenie) w zakresie, w jakim przepis ten przewiduje, że stwierdzenie u policjanta nosicielstwa wirusa HIV (ang. *Human Immunodeficiency Virus*, ludzki wirus nabytego upośledzenia) powoduje uznanie go za całkowicie niezdolnego do pełnienia służby.

Oceniając tak określony przedmiot zaskarżenia, należy mieć na względzie, że załącznik nr 2 zawiera – jak wskazuje jego tytuł – wykaz chorób i ułomności, wśród których w Dziale XIV „Inne choroby wewnętrzne” wymienione jest zarówno „nosicielstwo wirusa HIV” (§ 57 pkt 4), jak i „zespół nabytego upośledzenia odporności (AIDS) i inne defekty immunologiczne (nabyte i wrodzone)” (§ 57 pkt 5).

W związku z tym należy zauważyć, że zawarte w *petitum* pytania prawnego stwierdzenie, że § 57 pkt 4 załącznika nr 2 „przewiduje, że stwierdzenie u policjanta nosicielstwa wirusa HIV powoduje uznanie go za całkowicie niezdolnego do pełnienia służby”, jest pewnym skrótem myślowym. Wskazany przez sąd pytający skutek zaskarżonej regulacji jest rezultatem normy prawnej, której podstawą – oprócz zakwestionowanego przepisu – są również przepisy innych aktów prawnych, zwłaszcza ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2007 r. Nr 43, poz. 277, ze zm.; dalej: ustawa o Policji). Kwestia ta zostanie szczegółowo omówiona w dalszej części uzasadnienia wyroku, w tym miejscu rozstrzygnąć jedynie należy, czy wobec tego zakres zaskarżenia nie został przez WSA w Gdańsku określony zbyt wąsko. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, w niniejszej sprawie wskazanie jako przedmiotu zaskarżenia wyłącznie § 57 pkt 4 załącznika nr 2 nie stanowi przeszkody dla rozpoznania sprawy. Jak wyraźnie wynika z uzasadnienia pytania prawnego, sąd pytający dostrzega powiązania tego przepisu z innymi regulacjami, tworzącymi łącznie z nim zakwestionowaną normę prawną, lecz bezpośredniego źródła problemu konstytucyjnego dopatruje się – słusznie – we wskazanej jednostce redakcyjnej załącznika nr 2. Wobec tego dokonane w *petitum* pytania prawnego ograniczenie zakresu zaskarżenia należy uznać za dopuszczalne, choć równie prawidłowe byłoby powołanie przez sąd pytający wszystkich przepisów, które są konieczne do rekonstrukcji zakwestionowanej normy prawnej.

Treść zaskarżonego przepisu obliuguje również Trybunał Konstytucyjny do zbadania, czy tego typu regulacje w ogóle mogą być przedmiotem orzekania w postępowaniu mającym na celu zbadanie hierarchicznej zgodności norm prawnych. Zakwestionowany § 57 pkt 4 załącznika nr 2 jest elementem listy chorób stworzonej na potrzeby komisji lekarskich podległych Ministrowi Spraw Wewnętrznych. Ma on więc charakter przede wszystkim medyczno-techniczny, a dopiero wtórnie – normatywny. Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 8 października 2002 r., sygn. K 36/00 (OTK ZU nr 5/A/2002, poz. 63), w kontekście podziału materii między ustawę o Policji i rozporządzenie, „określenie kryteriów oraz dokonywanie oceny warunków psychofizycznych niezbędnych do pełnienia służby w Policji, nie stanowi materii prawnej, lecz jest przedmiotem wiedzy specjalistycznej”. Podzielając – co do zasady – to stwierdzenie, należy jednak uznać, że w aktualnej sprawie istnieją ważne argumenty

skłaniające do odstąpienia od tego poglądu i dokonania kontroli merytorycznej zaskarżonego przepisu. Przede wszystkim załącznik nr 2 stanowi integralną część rozporządzenia, a jego przepisy w sposób bezpośredni i decydujący wpływają na sytuację kandydatów do służby i policjantów (w tym skarżącego w sprawie przed sądem pytającym, który na podstawie § 57 pkt 4 tego załącznika został zwolniony ze służby) i wyznaczają swobodę działania komisji lekarskich. Jak wskazano wyżej, to właśnie zawarta w tym załączniku regulacja, powodująca przyporządkowanie do nosicielstwa wirusa HIV kategorii zdrowia D (całkowicie niezdolny do służby), jest głównym narzędziem używanym przez komisje lekarskie przy ocenie zdolności do służby i podstawowym źródłem wątpliwości konstytucyjnych sądu pytającego. Należy również zwrócić uwagę, że Trybunał Konstytucyjny kilkakrotnie dokonywał merytorycznej kontroli pozornie tylko „technicznych” załączników do rozporządzeń, przyznając im tym samym charakter normatywny (por. np. wyroki z: 25 maja 1998 r., sygn. U 19/97, OTK ZU nr 4/1998, poz. 47 – załącznik zawierający wzór deklaracji o dochodach do celów dodatków mieszkaniowych; 14 grudnia 1999 r., sygn. K 10/99, OTK ZU nr 7/1999, poz. 162 – załącznik zawierający listę powiatów i gmin; 19 lutego 2002 r., sygn. U 3/01, OTK ZU nr 1/A/2002, poz. 3 – załącznik zawierający m.in. wykaz pojęć używanych przy elektronicznym opisywaniu leków w komputerach aptecznych; 16 stycznia 2007 r., sygn. U 5/06, OTK ZU nr 1/A/2007, poz. 3 – załącznik zawierający przeliczniki wyników egzaminów do celów amnestii maturalnej; 11 maja 2007 r., sygn. K 2/07, OTK ZU nr 5/A/2007, poz. 48 – załączniki do ustaw lustracyjnych, zawierające wzory oświadczeń lustracyjnych i wykaz kategorii współpracy). Nie bez znaczenia jest także to, że współcześnie podstawowa wiedza na temat wirusa HIV i wywoływanego przez niego AIDS (ang. *Acquired Immune Deficiency Syndrome*, zespół nabytego upośledzenia odporności) jest powszechna i jako taka może być traktowana jako pewnego rodzaju notorium (fakt powszechnie znany). Wobec tego ocena podstawowych prawnych konsekwencji nosicielstwa wirusa HIV i chorowania na AIDS – zwłaszcza w kontekście dostępu do służby publicznej – nie wymaga specjalistycznej wiedzy medycznej i korzystania z ekspertyz biegłych lekarzy, może być dokonana na podstawie zwykłego doświadczenia życiowego i dostępnej literatury.

Na zakończenie uwag formalnych dotyczących przedmiotu zaskarżenia Trybunał Konstytucyjny zwraca uwagę, że choć zaskarżony przepis jest podstawą oceny zdolności do służby funkcjonariuszy kilku służb mundurowych (m.in. Policji, Straży Granicznej, Służby Więziennej i Państwowej Straży Pożarnej) oraz osób ubiegających się o przyjęcie do tych służb (por. § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia), to jednak niniejsze postępowanie dotyczy wyłącznie policjantów. Takie ograniczenie wynika przede wszystkim ze specyfiki pytania prawnego, w którym przedmiot zaskarżenia musi pozostawać w związku funkcjonalnym z postępowaniem zawisłym przed sądem pytającym, na tle którego sąd ten zwrócił się do Trybunału Konstytucyjnego (por. w tym zakresie powołane wyżej orzeczenia TK dotyczące warunków formalnych pytań prawnych). W aktualnej sprawie WSA w Gdańsku nabrał wątpliwości konstytucyjnych w związku ze sprawą policjanta-nosiciela wirusa HIV, zwolnionego ze służby m.in. na podstawie zaskarżonego przepisu, i odpowiednio do tej okoliczności sformułował *petitum* pytania prawnego. Trybunał Konstytucyjny jest zaś związany granicami pytania prawnego (por. art. 66 ustawy o TK) i nie ma możliwości samodzielnego rozszerzenia zakresu orzekania.

1.3. Odrębnego rozważenia wymagają wskazane przez sąd pytający wzorce kontroli, którymi są art. 32 i art. 60 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz art. 25 lit. c Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, otwartego do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167; dalej: Pakt).

Rozpoczynając od uporządkowania wzorców konstytucyjnych, należy stwierdzić, że argumentacja sądu pytającego koncentruje się na wykazaniu, że zaskarżone rozwiązanie koliduje z zasadą równego dostępu do służby publicznej przez wprowadzenie nieproporcjonalnego ograniczenia tego prawa. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, dla tak sformułowanych zarzutów odpowiednim wzorcem konstytucyjnym jest art. 60 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, zbędne jest natomiast ich rozpatrywanie dodatkowo także w kontekście art. 32 ustawy zasadniczej. Taka konkluzja jest zbieżna z dominującym w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego poglądem, że odwoływanie się do wzorców formułujących zasady ogólne jest uzasadnione tylko wówczas, jeśli nie istnieją normy konstytucyjne o większym stopniu szczegółowości, ściślej wiążące się z ocenianą regulacją (por. liczne wyroki i postanowienia TK m.in. z: 25 maja 1998 r., sygn. U 19/97, OTK ZU nr 4/1998, poz. 47; 2 czerwca 1999 r., sygn. K 34/98, OTK ZU nr 5/1999, poz. 94; 18 kwietnia 2000 r., sygn. K 23/99, OTK ZU nr 3/2000, poz. 89; 14 listopada 2000 r., sygn. K 7/00, OTK ZU nr 7/2000, poz. 259; 12 czerwca 2002 r., sygn. P 13/01, OTK ZU nr 4/A/2002, poz. 42; 6 września 2006 r., sygn. SK 35/06, OTK ZU nr 8/A/2006, poz. 112; 3 kwietnia 2007 r., sygn. SK 85/06, OTK ZU nr 4/A/2007, poz. 40; 14 marca 2006 r., sygn. SK 4/05, OTK ZU nr 3/A/2006, poz. 29; 9 maja 2007 r., sygn. SK 98/06, OTK ZU nr 6/A/2007, poz. 56; 13 listopada 2007 r., sygn. P 42/06, OTK ZU nr 10/A/2007, poz. 123). Choć nie zawsze był on konsekwentnie przyjmowany w kontekście relacji między art. 32 i art. 60 Konstytucji (por. wyroki z: 29 listopada 2007 r., sygn. SK 43/06, OTK ZU nr 10/A/2007, poz. 130; 13 lutego 2007 r., sygn. K 46/05, OTK ZU nr 2/A/2007, poz. 10; 21 grudnia 2004 r., sygn. SK 19/03, OTK ZU nr 11/A/2004, poz. 118; 20 kwietnia 2004 r., sygn. K 45/02, OTK ZU nr 4/A/2004, poz. 30; 7 maja 2002 r., sygn. SK 20/00, OTK ZU nr 3/A/2002, poz. 29, 10 kwietnia 2002 r., sygn. K 26/00, OTK ZU nr 2/A/2002, poz. 18; 27 stycznia 1999 r., sygn. K. 1/98, OTK ZU nr 1/1999, poz. 3), to jednak należy stwierdzić, że w niniejszej sprawie właściwie wszystkie zarzuty stawiane zaskarżonej regulacji w kontekście ogólnej zasady równości „konsumują się” w zarzutach dotyczących naruszenia zasady równości w dostępie do funkcji publicznych.

Odrębną kwestią wymagającą rozważenia jest rola w analizowanej sprawie art. 25 lit. c Paktu jako wzorca kontroli. Przepis ten brzmi następująco: „Każdy obywatel ma prawo i możliwości, bez żadnej dyskryminacji, o której mowa w artykule 2, i bez nieuzasadnionych ograniczeń (...) dostępu do służby publicznej w swoim kraju na ogólnych zasadach równości”. Analiza uzasadnienia pytania prawnego prowadzi do wniosku, że w istocie WSA w Gdańsku nie wywiódł z tego przepisu treści szerszych niż wynikające z powołanych przez niego wzorców konstytucyjnych (art. 30 ust. 1, art. 32 oraz art. 60 Konstytucji). Wobec tego należy odpowiednio zastosować argumentację prezentowaną wielokrotnie przez Trybunał Konstytucyjny w kontekście zasadności powoływania jako dodatkowych wzorców kontroli przepisów Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, ze zm.; por. wyroki TK z: 17 grudnia 2008 r., sygn. P 16/08, OTK ZU nr 10/A/2008, poz. 181; 10 lipca 2008 r., sygn. P 15/08, OTK ZU nr 6/A/2008, poz. 105; 27 maja 2008 r., sygn. P 59/07, OTK ZU nr 4/A/2008, poz. 64; 18 października 2004 r., sygn. P 8/04, OTK ZU nr 9/A/2004, poz. 92) i uznać, że oddzielne orzekanie o zgodności zaskarżonej regulacji z art. 25 lit. c Paktu jest zbędne (por. jednak merytoryczne rozważanie art. 25 lit. c Paktu – obok art. 60 Konstytucji – w powołanych wyrokach o sygn. K 45/02 i K 1/98; w pierwszym z nich TK uznał zakresową niezgodność niektórych zaskarżonych przepisów m.in. z art. 32 i art. 60 Konstytucji oraz art. 25 lit. c Paktu, w drugim natomiast orzekł o niezgodności niektórych zaskarżonych przepisów m.in. z art. 60 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, podczas gdy art. 32 Konstytucji i art. 25 lit. c Paktu uznał za wzorce nieadekwatne). W tym kontekście należy przypomnieć, że na naruszenie przepisów Paktu osobom fizycznym przysługuje

skarga do Komitetu Praw Człowieka ONZ (por. podobnie o skardze do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka na naruszenie przepisów Konwencji w powołanych wyrokach o sygn. P 59/07 i P 8/04; por. B. Faracik, *Skarga indywidualna do Komitetu Praw Człowieka – warunki dopuszczalności oraz wzory formularzy skargi*, [w:] *Realizacja przez Polskę postanowień Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych. V sprawozdanie okresowe Rzeczypospolitej Polskiej z realizacji postanowień Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych*, red. B. Faracik, Warszawa 2005, s. 320-332).

1.4. Reasumując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że przedmiotem rozpoznania w niniejszej sprawie jest zgodność § 57 pkt 4 załącznika nr 2 w zakresie, w jakim przepis ten powoduje uznanie policjanta za całkowicie niezdolnego do pełnienia służby z powodu nosicielstwa wirusa HIV bez względu na stan zdrowia, z art. 60 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

2. Zdolność psychofizyczna do służby w Policji i sposób jej stwierdzenia.

2.1. Służbę w Policji może pełnić – co do zasady – tylko obywatel polski o nieposzlakowanej opinii, niekarany, 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” (art. 25 ust. 1 ustawy o Policji). Szczegółowe wymogi i procedury dostępu do zawodu policjanta zostały uregulowane w aktach wykonawczych do ustawy o Policji, wśród których – oprócz zaskarżonego rozporządzenia – najważniejszą rolę odgrywają:

– rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 30 sierpnia 2007 r. w sprawie postępowania kwalifikacyjnego w stosunku do osób ubiegających się o przyjęcie do służby w Policji (Dz. U. Nr 170, poz. 1202; dalej: rozporządzenie kwalifikacyjne) oraz

– rozporządzenie Ministra Administracji i Spraw Wewnętrznych z dnia 20 marca 2007 r. w sprawie trybu i warunków ustalania zdolności fizycznej i psychicznej policjantów do służby na określonych stanowiskach lub w określonych komórkach organizacyjnych jednostek Policji (Dz. U. Nr 62, poz. 423).

2.2. Najważniejszym w warunkach niniejszej sprawy wymogiem, który musi spełnić zarówno kandydat do Policji, jak i policjant w służbie czynnej jest „fizyczna i psychiczna zdolność do służby”. Jest ona ustalana w dwuinstancyjnej procedurze przez komisje lekarskie podległe ministrowi właściwemu do spraw wewnętrznych (por. art. 26 ust. 1 ustawy o Policji), działające na podstawie zaskarżonego rozporządzenia. Komisje te ustalają stopień zdolności kandydatów do służby przez zaliczenie osoby badanej do jednej z następujących kategorii:

– kategoria „Z” (zdolny), która oznacza, że „stan zdrowia badanego nie budzi żadnych zastrzeżeń albo że stwierdzone schorzenia lub ułomności fizyczne albo psychiczne nie stanowią przeszkody do pełnienia służby”,

– kategoria „N” (niezdolny), która oznacza, że „stwierdzone u badanego schorzenia lub ułomności fizyczne albo psychiczne uniemożliwiają pełnienie służby” (§ 10 ust. 1 rozporządzenia).

Dodatkowe, bardziej szczegółowe elementy orzeczenia wymagane są w stosunku do kandydatów do pododdziałów antyterrorystycznych Policji oraz policjantów pełniących służbę w tych pododdziałach oraz w stosunku do kandydatów do służby na stanowiska

kierownicze i specjalistyczne, do szkół i ośrodków szkolenia oraz w stosunku do osób już pełniących służbę (por. § 10 ust. 2 i 3 rozporządzenia).

Stopień zdolności do służby ustala się przez zaliczenie osoby badanej do jednej z następujących kategorii:

- 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,

- 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,

- kategoria D – całkowicie niezdolny do służby, co oznacza, że stwierdzone u osoby badanej schorzenia lub ułomności fizyczne albo psychiczne uniemożliwiają jej pełnienie służby (§ 10 rozporządzenia).

W stosunku do kandydatów na policjantów i policjantów orzeczenie o stanie zdrowia i stopniu zdolności do służby komisje lekarskie wydają na podstawie wykazu chorób i ułomności, stanowiącego załącznik nr 2 do rozporządzenia, 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 (por. § 12 ust. 1 rozporządzenia). Wykaz ten zawiera tabelę z listą ok. 450 jednostek chorobowych i przypadłości (niekiedy z wyszczególnieniem, czy chodzi o lekką, ciężką lub przewlekłą postać choroby albo czy „upośledza ona czynność ustroju”). Są one usystematyzowane w działy, paragrafy i punkty, którym przyporządkowane są literowe oznaczenia kategorii zdrowia i stopnia zdolności do służby (Z, N lub A, C i D, por. wyżej), oznaczane oddzielnie dla ośmiu kategorii osób badanych:

- kandydatów do służby,
- kandydatów na policjantów w służbie kandydackiej,
- kandydatów do służby na stanowiska kierownicze i specjalistyczne,
- kandydatów do szkół i ośrodków szkolenia resortu spraw wewnętrznych,
- podoficerów i szeregowców Policji,
- chorążych i młodszych oficerów Policji (aspirantów i oficerów Policji od stopnia podkomisarza do stopnia nadkomisarza),
- starszych oficerów Policji (od stopnia podinspektora wzwyż),
- kandydatów i policjantów w służbie w oddziałach antyterrorystycznych Policji.

Zgodnie z § 13 ust. 1 rozporządzenia orzeczenie komisji lekarskiej powinno zawierać:

- określenie „zdolny do służby” – jeżeli po przeprowadzeniu podstawowego badania lekarskiego oraz ewentualnych badań specjalistycznych i dodatkowych nie stwierdzono żadnych schorzeń,

- określenie „trwale niezdolny do pełnienia służby na zajmowanym stanowisku” – jeżeli w stanie zdrowia badanego stwierdzono schorzenia, które zmniejszają jego sprawność fizyczną lub psychiczną i nie pozwalają na pełnienie służby na zajmowanym stanowisku, jednak schorzenia te nie stanowią przeszkody do dalszego pełnienia służby na innym stanowisku; w takim przypadku komisja lekarska określa, jakie warunki służby są przeciwwskazane dla badanego,

- określenie „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,

– określenie „zdolny do pełnienia służby na zajmowanym stanowisku” – jeżeli w stanie zdrowia badanego stwierdzono pewne schorzenia, które zmniejszają wprawdzie zdolność fizyczną lub psychiczną, ale nie są przeszkodą do pełnienia służby na zajmowanym stanowisku,

– określenie „całkowicie niezdolny do służby” – jeżeli w stanie zdrowia badanego stwierdzono schorzenia, które nie pozwalają na pełnienie służby.

Orzeczenie komisji lekarskiej powinno również zawierać wyszczególnienie wszystkich schorzeń i ułomności fizycznych lub psychicznych, w tym również tych, które nie obniżają zdolności do służby, w tym do służby kandydackiej. Rozpoznanie pisze się w języku polskim według terminologii klinicznej, z uwzględnieniem lokalizacji i stopnia nasilenia choroby oraz powołaniem się na paragrafy i punkty wykazu (§ 13 ust. 2 rozporządzenia).

2.3. Oceniając wymóg posiadania „zdolności fizycznej i psychicznej do służby” należy zwrócić uwagę, że wyraźnie różni się on od pozostałych warunków dostępu do zawodu policjanta, wymienionych w art. 25 ust. 1 ustawy o Policji.

Cechy takie, jak posiadanie polskiego obywatelstwa, pełnia praw publicznych, niekaralność oraz wykształcenie, są ustalane przede wszystkim na podstawie oświadczenia kandydata na policjanta zawartego w kwestionariuszu osobowym, dokumentów urzędowych oraz ewidencji, rejestrów i kartotek (por. § 11 rozporządzenia kwalifikacyjnego). Mają one charakter kryteriów stosunkowo „sztywnych”, ponieważ (pominąwszy statystycznie rzadkie wypadki utraty obywatelstwa, odpowiedzialności karnej czy unieważnienia egzaminów) w większości wypadków pozostają bez zmian przez cały okres służby w Policji (świadczy o tym m.in. brak sformalizowanych kryteriów ich okresowej weryfikacji). Mała elastyczność tych kryteriów przejawia się również w tym, że są one oceniane w dwustopniowej skali: albo dana osoba je spełnia, albo nie (bez żadnych stanów pośrednich). Podobnie jest z wymogiem nieposzlakowanej opinii, z tym że jest on bardziej niedookreślony i badany także za pomocą „miękkich” instrumentów (m.in. za pomocą tzw. rozpytania przez Policję).

Na tym tle ocena „zdolności fizycznej i psychicznej do służby” wykazuje daleko idącą odrębność.

Po pierwsze, jak wynika z przedstawionych wyżej uregulowań, jest ona ustalana przez lekarzy za pomocą badań medycznych, co dopiero wtórnie znajduje swój wyraz w cechach normatywnych. Rolę obowiązkowego „tłumacza” odgrywa tu omówiony załącznik nr 2, w którym do kilkuset „chorób i przypadłości” przypisane są odpowiednie kategorie zdrowia.

Po drugie, choć w praktyce punktem wyjścia dla badań lekarskich są z reguły jednolite dla wszystkich policjantów tzw. badania podstawowe (typu morfologia krwi, EKG itd.), to jednak w razie potrzeby przeprowadza się bardziej zindywidualizowaną diagnostykę. Wobec tego nie można w tym wypadku mówić o jednakowej „intensywności” kontroli stanu zdrowia wszystkich policjantów. Zasadą jest bowiem (co wynika z cytowanego wyżej § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia), że „badania specjalistyczne i dodatkowe” są przeprowadzane tylko „ewentualnie”, tzn. wtedy, gdy komisja lekarska poweźmie jakieś wątpliwości co do stanu zdrowia funkcjonariusza.

Po trzecie, teoretycznie rzecz biorąc „zdolność fizyczna i psychiczna do służby” może być oceniana przez komisje lekarskie w skali trzystopniowej: obok konkluzji

„zdolny do służby” i „całkowicie niezdolny do służby” (kategorie zdrowia – odpowiednio – A i D), ustawa o Policji przewiduje także „zdolność do służby z ograniczeniem” (kategoria zdrowia C). W istocie jednak komisje lekarskie nie w każdym wypadku mogą korzystać z tych możliwości, zależy to bowiem bezpośrednio od tego, czy taki margines oceny jest przewidziany dla danej „choroby lub przypadłości” w załączniku nr 2. Jeżeli przewiduje on tylko jedną kategorię zdrowia, rola komisji ograniczona jest do zdiagnozowania policjanta, a skutek normatywny tej diagnozy jest automatyczny, następuje na mocy decyzji normodawcy (w tym wypadku: Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji), który „odgórnie”, *ex ante* przesądza, że dana choroba powoduje zawsze (w każdym wypadku) tylko całkowitą niezdolność do służby. Zgodnie z cytowanym już § 12 ust. 1 rozporządzenia komisje lekarskie muszą orzekać „na podstawie” wykazu chorób i ułomności, co oznacza, że są związane zawartą w nim oceną wpływu czynników zdrowotnych na zdolność do służby w Policji.

Po czwarte, stan zdrowia policjantów w sposób naturalny podlega daleko większej dynamice niż pozostałe warunki dostępu do tego zawodu, takiej jak – wspomniane już – obywatelstwo czy wykształcenie. W rezultacie istnieją także sformalizowane mechanizmy jego okresowego badania. Badanie następuje na prośbę osoby ubiegającej się o wydanie orzeczenia lekarskiego lub z urzędu, gdy stan zdrowia danej osoby „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” (por. § 6 ust. 1 i 2 rozporządzenia).

Omówiona specyfika wymogu odpowiedniej „zdolności fizycznej i psychicznej do służby” wywiera znaczny wpływ na ocenę konstytucyjności zakwestionowanej regulacji (por. niżej).

3. Ocena zgodności zaskarżonego przepisu z art. 60 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

3.1. Według sądu pytającego, § 57 pkt 5 załącznika nr 2 narusza art. 60 w związku z art. 31 ust. 1 Konstytucji przez to, że powoduje automatyczne usunięcie ze służby policjanta w wypadku stwierdzenia u niego nosicielstwa wirusa HIV, niezależnie od jego faktycznego stanu zdrowia.

Dokonana przez sąd pytający wykładnia zaskarżonej regulacji znajduje poparcie w istniejącej praktyce. W odniesieniu do policjantów w służbie czynnej w większości wypadków komisje lekarskie mają możliwość oceny, czy wystąpienie danej „choroby lub przypadłości” powoduje całkowitą niezdolność do służby (kategoria D), czy tylko stanowi dla niej ograniczenie (kategoria C; należy zauważyć, że co do zasady załącznik nr 2 przewiduje ostrzejsze wymagania zdrowotne dla kandydatów do Policji niż dla osób już będących w służbie czynnej). Skutki orzeczenia o nosicielstwie wirusa HIV (§ 57 pkt 4 załącznika nr 2) lub chorowaniu na ADIS (§ 57 pkt 5 załącznika nr 2) nie mogą jednak być w taki sposób moderowane. W tym wypadku każdorazowe stwierdzenie przez komisję lekarską nosicielstwa wirusa HIV powoduje automatyczne uznanie, że osoba zakażona jest całkowicie niezdolna do służby, bez względu na okoliczności danego przypadku. Przydzielona takiemu policjantowi przez komisję kategoria zdrowia D skutkuje – bez żadnych wyjątków – uruchomieniem art. 41 ust. 1 pkt 1 ustawy o Policji („Policjanta zwalnia się ze służby w przypadkach: (...) orzeczenia trwałej niezdolności do służby przez komisję lekarską”).

3.2. Przed przystąpieniem do merytorycznej oceny powyższych zarzutów, Trybunał Konstytucyjny uważa za konieczne przypomnieć, że różne aspekty zawodu policjanta były

już przedmiotem jego orzekania (por. zwłaszcza powołane wyroki o sygn.: K 35/06, K 36/00 oraz wyroki z: 19 marca 2007 r., sygn. K 47/05, OTK ZU nr 3/A/2007, poz. 27; 29 kwietnia 2008 r., sygn. P 38/06, OTK ZU nr 3/A/2008, poz. 46; 29 listopada 2004 r., sygn. K 7/04, OTK ZU nr 10/A/2004, poz. 109; 29 czerwca 2004 r., sygn. U 1/03, OTK ZU nr 6/A/2004, poz. 60; 3 marca 2004 r., sygn. K 29/03, OTK ZU nr 3/A/2004, poz. 17; 14 maja 2001 r., sygn. SK 1/00, OTK ZU nr 4/2001, poz. 84; 19 lutego 2001 r., sygn. SK 14/00, OTK ZU nr 2/2001, poz. 31). Z punktu widzenia niniejszej sprawy, najważniejsze znaczenie mają następujące elementy tych orzeczeń:

Po pierwsze, Trybunał Konstytucyjny konsekwentnie traktował Policję jako jedną z tzw. służb mundurowych. Wśród cech charakterystycznych tych służb wymieniał zaś wysoką sprawność fizyczną i psychiczną, wymaganą w całym okresie pełnienia służby, oraz 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), niewielkie możliwości wykonywania dodatkowej pracy i posiadania innych źródeł utrzymania, ograniczone prawo udziału w życiu politycznym i zrzeszania się (por. powołane wyroki o sygn. K. 25/96, K 35/06, K 46/05 i P 38/06 oraz wyroki TK z: 19 października 2004 r., sygn. K 1/04, OTK ZU nr 9/A/2004, poz. 93; 27 stycznia 2003 r., sygn. SK 27/02, OTK ZU nr 1/A/2003, poz. 2; 14 grudnia 1999 r., sygn. SK 14/98, OTK ZU nr 7/1999, poz. 163; orzeczenie z 23 września 1997 r., sygn. K 25/96, OTK ZU nr 3-4/1997, poz. 36).

Po drugie, w orzeczeniach Trybunału Konstytucyjnego podkreślany był publicznoprawny status policjantów. W powołanym wyroku o sygn. K 35/06 stwierdzono m.in., że „charakter służby funkcjonariuszy mundurowych jest związany ze szczególną podstawą jej nawiązania, jaką jest mianowanie. Stosunek służbowy funkcjonariuszy mundurowych jest stosunkiem administracyjnym, a decyzje o jego nawiązaniu i rozwiązaniu są decyzjami administracyjnymi, wydawanymi w wyniku postępowania administracyjnego. To znaczy, że służba funkcjonariuszy mundurowych ma charakter stosunku publicznoprawnego. Zgodnie z art. 28 ust. 1 ustawy o Policji, stosunek służbowy policjanta powstaje w drodze mianowania na podstawie dobrowolnego zgłoszenia się do służby. Mianowanie może nastąpić na okres służby przygotowawczej lub kandydackiej, na okres służby kontraktowej lub na stałe”.

Po trzecie, w kilku sprawach Trybunał Konstytucyjny wypowiadał się także na temat dostępu do służby w Policji. Punktem wyjścia dla tych orzeczeń było założenie, że „prawo do zajmowania urzędu, stanowiska lub mandatu w organach władzy publicznej nie stanowi prawa nabytego w rozumieniu prawa cywilnego, administracyjnego czy ubezpieczeń społecznych i nie można tu mechanicznie stosować zakazów i nakazów odnoszących się do tych sfer. Swoboda ustawodawcy ingerowania w sytuację prawną funkcjonariuszy publicznych jest znacznie większa, bo wynika z publicznoprawnego charakteru pełnionych przez nich funkcji” (poważany wyrok o sygn. K 35/06, odwołujący się do wyroków z: 23 kwietnia 1996 r., sygn. K. 29/95, OTK ZU nr 2/1996, poz. 10; 3 listopada 1999 r., sygn. K. 13/99, OTK ZU nr 7/1999, poz. 155). W wypadku policjantów „szczególny charakter służby publicznej służb mundurowych umożliwia odmienne i bardziej rygorystyczne – niż w wypadku pozostałych zawodów i funkcji – ukształtowanie statusu służbowego, w tym zakresu jego utraty” (poważany wyrok o sygn. K 35/06). Na poziomie bardziej szczegółowym 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” (powołany wyrok o sygn. K 36/00, powtarzający częściowo tezy wyroku z 9 czerwca 1998 r., sygn. K. 28/97, OTK ZU nr 4/1998, poz. 50).

Po czwarte, należy także wspomnieć, że w powołanym wyroku o sygn. K 36/00 Trybunał Konstytucyjny 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”.

3.3. Na podstawie omówionego powyżej dorobku orzeczniczego Trybunału Konstytucyjnego można stwierdzić, że właściwie poza dyskusją jest zarówno zaliczenie służby w Policji do służby publicznej w rozumieniu art. 60 Konstytucji, jak i dopuszczalność regulowania zasad dostępu do tej służby m.in. za pomocą kryteriów medycznych. Istota kontroli konstytucyjności w niniejszej sprawie sprowadza się więc w rezultacie do ustalenia, czy zaskarżona regulacja stanowi nieproporcjonalne ograniczenie prawa dostępu do służby publicznej.

3.4. Zasada proporcjonalności była już wielokrotnie przedmiotem rozważań Trybunału Konstytucyjnego także w sprawach związanych z prawem dostępu do służby publicznej w formacjach mundurowych (por. np. powołane wyżej wyroki o sygn. K 46/05, K 26/00 i K 1/98). Kwestii tej poświęcone są także liczne opracowania naukowe (wśród najbardziej szczegółowych można wymienić: K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, zwłaszcza s. 136-167; K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności*, [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w*

Konstytucji RP, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002, s. 667-692; K. Wójtowicz, *Zasada proporcjonalności jako wyznacznik konstytucyjności norm*, [w:] *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, red. M. Zubik, Warszawa 2006, s. 265-278; J. Zakolska, *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie TK*, Warszawa 2008). Wobec tego na potrzeby niniejszej sprawy wystarczy przypomnienie najważniejszych ustaleń.

Jakkolwiek dopuszczalność (i zakres) ograniczania konstytucyjnych wolności i praw była przedmiotem zainteresowania Trybunału Konstytucyjnego od początku jego istnienia, to jednak zasada proporcjonalności (zwana także zasadą współmierności, miarkowania lub adekwatności) pojawiła się w orzecznictwie *expressis verbis* stosunkowo późno. W doktrynie jako przełomowe rozstrzygnięcie w tym zakresie wskazywane jest orzeczenie z 26 czerwca 1995 r., sygn. K. 11/94, OTK w 1995 r., cz. I, poz. 12 (por. K. Wojtyczek, *Zasada...*, s. 298; K. Wojtyczek, *Granice ingerencji...*, s. 146; J. Zakolska, *Zasada...*, s. 37).

Zasada proporcjonalności wynika z art. 31 ust. 3 Konstytucji, zgodnie z którym „ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”. Przepis ten zawiera trzy kryteria oceny dopuszczalności ograniczeń praw i wolności: zasadę wyłączności ustawy, zasadę proporcjonalności (wyrażoną w sformułowaniu „gdy są konieczne w demokratycznym państwie”, por. L. Garlicki, uwagi do art. 31, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, red. L. Garlicki, Warszawa 2003, s. 30) oraz obowiązek poszanowania (zachowania) istoty wolności i praw; pierwsze ma charakter formalny, pozostałe – materialny.

Proporcjonalność jest przez Trybunał Konstytucyjny rozumiana jako suma trzech zasad składowych: zasady przydatności, zasady konieczności oraz zasady proporcjonalności *sensu stricto*, tzn. zakazu nadmiernej ingerencji (por. wyrok z 11 kwietnia 2000 r., sygn. K 15/98, OTK ZU nr 3/2000, poz. 86; takie ujęcie zasady proporcjonalności zostało następnie powtórzone w kolejnych wyrokach TK).

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 (jak słusznie zwraca uwagę K. Wojtyczek, przeprowadzanie testu przydatności przez pryzmat skutków regulacji byłoby błędem logicznym, por. np. K. Wojtyczek, *Granice...*, s. 154-156).

Aplikacja zasady konieczności wymaga przeprowadzenia bardziej złożonego rozumowania. Należy bowiem 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

dotykające 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 swobodnego rachunku aksjologicznego, sprawdzając – mówiąc w pewnym uproszczeniu – 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 doktrynie wskazuje się, że zakaz nadmiernej ingerencji implikuje dążenie do optymalizacji, tzn. do stanu, w którym obydwa kolidujące dobra byłby realizowane w najwyższym możliwym stopniu (J. Zakolska, *Zasada...*, s. 28; K. Wojtyczek, *Zasada...*, s. 305). Stawiana jest także teza, że ocena spełnienia warunku proporcjonalności *sensu stricto* nie może następować abstrakcyjnie, ale powinna być dokonywana w ramach konkretnych sytuacji faktycznych, wyznaczanych przez zaskarżony przepis (J. Zakolska, *Zasada...*, s. 29; K. Wojtyczek, *Zasada...*, s. 305).

Przy okazji stosowania zasady proporcjonalności Trybunał Konstytucyjny czynił dwa zastrzeżenia natury ogólnej, które mają znaczenie dla rozpatrywanej sprawy.

Po pierwsze, stwierdzał, że surowsze standardy oceny zgodności z art. 31 ust. 3 Konstytucji stosować należy do regulacji praw i wolności osobistych i politycznych niż do praw ekonomicznych i socjalnych (por: wyroki z: 12 stycznia 1999 r., sygn. P 2/98, OTK ZU nr 1/1999, poz. 2; 11 maja 1999 r., sygn. K 13/98, OTK ZU nr 4/1999, poz. 74; 22 września 2005 r., sygn. Kp 1/05, OTK ZU nr 8/A/2005, poz. 93; 18 stycznia 2006 r., sygn. K 21/05, OTK ZU nr 1/A/2006, poz. 4; 10 czerwca 2008 r., sygn. SK 17/07, OTK ZU nr 5/A/2008, poz. 78; 10 lipca 2007 r., sygn. SK 50/06, OTK ZU nr 7/A/2007, poz. 75).

Po drugie, zaznaczał również, że „nie jest on organem powołanym do kontrolowania celowości i trafności rozwiązań przyjętych przez ustawodawcę. Punktem wyjścia dla rozstrzygnięć Trybunału Konstytucyjnego jest zawsze założenie racjonalności działań ustawodawcy i domniemanie zgodności ustaw z konstytucją. Zadaniem Trybunału jest jedynie ocena, czy przyjęte przez ustawodawcę rozwiązania nie naruszają norm i wartości konstytucyjnych. Ocena ta nabiera znaczenia zwłaszcza w sytuacji, gdy układem odniesienia dla kontroli stają się sformułowania konstytucyjne zawierające zwroty o nie do końca zdefiniowanej i nie w pełni jednoznacznej treści. Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w przypadku interpretacji art. 31 ust. 3 Konstytucji” (wyrok z 12 stycznia 1999 r., sygn. P 2/98, OTK ZU nr 1/1999, poz. 2; tezy powtórzone m.in. w wyroku z 11 maja 1999 r., sygn. K 13/98, OTK ZU nr 4/1999, poz. 74).

3.5. Problematyka nosicielstwa wirusa HIV w związku z prawem do pracy (niekiedy także – prawa do służby publicznej, w tym w służbach mundurowych) jest poruszana także w dokumentach organizacji międzynarodowych oraz bywa przedmiotem orzecznictwa sądowego. Zagadnienie analizowane w niniejszej sprawie przez Trybunał Konstytucyjny nie ma więc charakteru jednostkowego, a wskazuje na istnienie ważnego problemu społecznego.

Tytułem przykładu można wskazać, że zgodnie z *Międzynarodowymi wytycznymi w zakresie HIV/AIDS i praw człowieka*, przygotowanymi w 1996 r. przez Biuro Wysokiego Komisarza ds. Praw Człowieka Organizacji Narodów Zjednoczonych (OHCHR) oraz

Program HIV/AIDS Narodów Zjednoczonych (UNAIDS), prawo powinno m.in. gwarantować:

- brak przymusu wykonywania testów na obecność wirusa HIV w procesie zatrudniania lub szkolenia;
 - „bezpieczeństwo zatrudnienia” do momentu, kiedy nosiciele wirusa HIV nie będą zdolne do dalszego wykonywania swoich obowiązków; wymóg ten obejmuje także „uzasadnioną zmianę warunków pracy”;
 - ochronę przed dyskryminacją i stygmatyzacją w miejscu pracy;
- (wytyczne są dostępne na stronie internetowej Krajowego Centrum ds. AIDS <http://www.aids.gov.pl>, s. 18-20).

Podobnie *Kodeks postępowania wobec epidemii HIV/AIDS w środowisku pracy*, opracowany przez Międzynarodową Organizację Pracy w 2007 r., stwierdza, że „wykonanie testu w kierunku HIV nie powinno być wymagane przy rekrutacji do pracy lub jako warunek ciągłości pracy – umożliwiający przedłużenie umów o pracę. Wszelkie rutynowe procedury, na które składają się testy medyczne, takie jak testy na ogólną sprawność wykonywane przed rozpoczęciem pracy lub wykonywane pracownikom regularnie, nie powinny zawierać obowiązkowych testów na HIV” (http://www.aids.gov.pl/files/publikacje/Kodeks_ILO.pdf, s. 27). Nakazuje również, aby pracodawcy pozwalali „osobom dotkniętym HIV/AIDS pracować tak długo, jak będą do tego zdolne” (tamże, s. 12). Stosunek pracy może zostać zakończony tylko „zgodnie z niedyskryminującym prawem pracy oraz ogólnie obowiązującymi procedurami i uprawnieniami w przypadku, gdy pracownik cierpiący na choroby związane z AIDS nie może już kontynuować pracy, oraz gdy wyczerpał wszystkie możliwości czasowego zawieszenia wykonywania pracy, włącznie z przedłużonym zwolnieniem lekarskim” (tamże, s. 12).

Jeżeli zaś chodzi o orzecznictwo sądowe, to problem dostępu nosicieli wirusa HIV do służb mundurowych był przedmiotem orzekania sądów amerykańskich (por. zwłaszcza wyrok Sądu Apelacyjnego z 10 marca 2000 r. w sprawie Louis Holiday przeciwko Miastu Chattanooga, polskie tłumaczenie jest dostępne na stronie internetowej Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka, http://www.hfhrpol.waw.pl/precedens/images/stories/holiday_case_pl.doc). Uznawały one, że każda osoba ma prawo do bycia ocenianą „na podstawie swych rzeczywistych umiejętności i stanu zdrowia” oraz do „ochrony przed dyskryminacją opartą na strachu, niewiedzy czy niezrozumieniu” i kwestionowały odrzucanie kandydatur nosicieli wirusa HIV przy naborze do Policji.

Kwestia dyskryminacji nosicieli wirusa HIV przy naborze do pracy i przeprowadzania testów na nosicielstwo bez zgody osób zainteresowanych była także kilka razy przedmiotem orzekania Trybunału Sprawiedliwości lub Sądu Pierwszej Instancji WE w sprawach pracowniczych (a więc również dotyczących funkcjonariuszy publicznych, ale „cywilnych”, nie mundurowych). Przykładowo w wyroku z 5 października 1994 r. w sprawie C-404/92P X. przeciwko Komisji Europejskiej (European Court reports 1994, s. I-04737) sąd przy okazji badania stwierdził, że poddanie kandydatki na maszynistkę testom na poziom limfocytów (pośrednio świadczących o nosicielstwie wirusa HIV), bez jej poinformowania o celu tego badania, oraz odmowa jej zatrudnienia z powodu „niespełnienia warunków niezbędnych do wykonywania funkcji” stanowi naruszenie prawa do prywatności zainteresowanej osoby. W rezultacie sąd ten uwzględnił apelację od wyroku Sądu Pierwszej Instancji z 18 września 1992 r. (sprawy połączone T-121/89 i T-13/90, European Court reports 1992, s. II-2195) oraz anulował decyzję Komisji odmawiającą zatrudniania tej osoby (por. omówienie tego wyroku: J. Sandorski, *Międzynarodowa ochrona praw człowieka a HIV/AIDS*, Poznań 2002, s. 130-131, a także wyrok z 14 kwietnia 1994 r. T-10/93 A. przeciwko Komisji, European Court reports 1994, s. II-179).

3.6. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, zaskarżone rozwiązanie, zgłoszone w pytaniu prawnym, nie spełnia warunku proporcjonalności ograniczeń praw konstytucyjnych, ponieważ wprowadza nadmierne restrykcje w dostępie do służby w Policji.

Policja jest powołana do ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego (por. art. 1 ust. 1 ustawy o Policji). Wypełnianie jej roli jest możliwe tylko przy pomocy osób o odpowiednich predyspozycjach, m.in. „zdolności fizycznej i psychicznej do służby” (art. 25 ust. 1 ustawy o Policji). W świetle tej okoliczności uzasadnione jest więc wprowadzenie regulacji prawnych gwarantujących selektywność naboru do Policji, w tym także przepisów odnoszących się do stanu zdrowia funkcjonariuszy. Tego typu rozwiązania znajdują swoje bezpośrednie uzasadnienie zarówno w wartościach ogólnospołecznych (zwłaszcza bezpieczeństwo i porządek publiczny), jak i indywidualnych (ochrona wolności i praw innych osób), wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji.

W zaskarżonym § 57 pkt 4 załącznika nr 2 można oczywiście odnaleźć elementy powyższej *ratio legis*. W odróżnieniu od większości przepisów regulujących warunki psychofizyczne dostępu do zawodu policjanta przepis ten nie służy wykluczeniu z Policji osób, które ze względu na swój stan zdrowia nie są w stanie właściwie wykonywać swoich obowiązków i nie gwarantują spełnienia zadań stawianych tej formacji mundurowej. Skoro bowiem § 57 pkt 5 załącznika nr 2 jako odrębną jednostkę chorobową wymienia AIDS, to należy uznać, że § 57 pkt 4 tego aktu obejmuje wyłącznie samo nosicielstwo wirusa HIV, bez objawów pogorszenia z tego powodu stanu zdrowia. Wobec tego, jak należy się domyślać, dominującym celem zaskarżonego przepisu jest dążenie do minimalizacji ryzyka zarażenia wirusem HIV. Trybunał Konstytucyjny dostrzega związek także tego celu z wartościami konstytucyjnymi, wymienionymi w art. 31 ust. 3 Konstytucji, a zwłaszcza z ochroną zdrowia oraz wolności i praw innych osób (por. także art. 68 ust. 4 Konstytucji: „Władze publiczne są obowiązane do zwalczania chorób epidemicznych (...))”.

Nie ulega wątpliwości, że ograniczenie dostępu do służby w Policji, wynikające z § 57 pkt 4 załącznika nr 2, spełnia omówione wyżej kryterium przydatności. Eliminacja z Policji osób będących nosicielami wirusa HIV (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.

W tym pierwszym wymiarze 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) dobra integracja społeczna zarażonych pozwala na bardziej optymistyczne prognozy co do rozwoju AIDS i minimalizuje prawdopodobieństwo zachowań ryzykownych, tzn. świadomego lub nieświadomego rozprzestrzeniania wirusa. W tym kontekście z całą pewnością mechanizm automatycznego zwalniania z Policji, wynikający z § 57 pkt 4 załącznika nr 2, 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” (powołany wyrok TK o sygn. K 35/06). O ile nosicielstwo wirusa HIV niewątpliwie uznać należy za niepożądane w wypadku służby patrolowo-interwencyjnej (tu konieczna wydaje się być bowiem kategoria zdrowia A), o tyle pozostaje jednak wiele stanowisk, na których nie ma ono większego znaczenia (np. w administracji policyjnej,

szkolnictwie, pionach analitycznych czy – co istotne w wypadku skarżącego w postępowaniu przed sądem pytającym, pracującego jako technik policyjny – laboratoriach policyjnych). 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. W rezultacie nie ulega wątpliwości, że minimalizacja ryzyka zakażenia wirusem HIV może więc być osiągnięta – przynajmniej w niektórych wypadkach – mniej drastycznymi środkami niż zwolnienie ze służby, a mianowicie przeniesieniem na inne, „bezpieczniejsze” stanowisko w Policji.

Trybunał Konstytucyjny nie uważa, że nosicielstwo wirusa HIV należy ignorować i traktować osoby zarażone jako osoby w pełni zdolne do służby w Policji (tzn. z kategorią zdrowia A). Twierdzi jedynie, że wystarczającą gwarancją ochrony zdrowia publicznego i praw osób trzecich byłoby pozostawienie możliwości oceny przydatności do służby policjantów-nosicieli wirusa HIV 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 jest całkowicie niezdolny do pracy w Policji na jakimkolwiek stanowisku (kategoria zdrowia D), czy też mógłby być efektywnym pracownikiem na stanowiskach niewiążących się ze zwiększonym ryzykiem kontaktu z krwią (kategoria zdrowia C), jest decyzją medyczną. Powinna ona być podejmowana przez lekarzy (oczywiście znających realia służby), a nie *ex ante* badania danej osoby przez normodawcę (w tym wypadku Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji, który jest autorem zaskarżonego rozporządzenia). 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”.

Zakwestionowany § 57 pkt 4 załącznika nr 2 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-nosiciela HIV tak duże, że należy uznać go za całkowicie niezdolnego do służby na jakimkolwiek (nawet biurowym) stanowisku w Policji. Tym samym statystycznie niewielkie zwiększenie zdrowia publicznego jest uważane za wartość cenniejszą niż umożliwienie kontynuacji pełnienia służby publicznej osobie, która jest bezobjawowym nosicielem wirusa HIV. Takie rozwiązanie pozostaje w rażącej sprzeczności z podstawową wartością konstytucyjną: przyrodzoną i niezbywalną godnością człowieka, która jest nienaruszalna (art. 30 Konstytucji). Prowadzi ono bowiem do mechanicznego wykluczania nosicieli wirusa HIV bez względu na ich przydatność do służby, stan zdrowia, a także

niezależnie od okoliczności zarażenia. W sposób szczególnie dotkliwy dotyka ono osoby, które zarażyły się wirusem HIV w związku z pełnioną służbą (np. na skutek wstrzyknięcia krwi przez narkomana-nosiciela podczas interwencji policyjnej). Zamiast podlegać szczególnej ochronie jako „ofiary” wykonywanej w interesie społecznym pracy, są one bez żadnych skrupułów usuwane z Policji nawet wtedy, gdy są w stanie w dalszym ciągu pełnić służbę i nie wykazują nawet najmniejszych objawów AIDS. Tym samym zaskarżony przepis wydaje się w maksymalny sposób chronić zdrowie publiczne (które w wypadku policjantów pracujących na stanowiskach biurowych w istocie nie jest nadmiernie zagrożone) kosztem konkretnego konstytucyjnego prawa do służby nosicieli wirusa HIV, zamiast dążyć do możliwie największej realizacji obu wartości. Paradoksalnie, może on mieć także negatywne skutki uboczne, jeżeli chodzi o zapobieganie zakażeniom. Automatyczne usuwanie z Policji wszystkich nosicieli wirusa HIV powoduje, że w miarę możliwości będą się oni starali ukryć fakt zakażenia, żeby możliwie najdłużej pozostać w służbie. Jest to prawdopodobne zarówno z medycznego, jak i praktycznego punktu widzenia: wirus HIV może nawet przez kilkanaście lat nie powodować żadnych objawów, a komisje lekarskie badające policjantów zlecają wykonanie testów na obecność wirusa tylko w wypadku, kiedy skłania ich do tego stan zdrowia funkcjonariusza lub okoliczności jego służby. Brak wiedzy o zakażeniu stwarza zaś zdecydowanie większe zagrożenie dla zdrowia publicznego niż praca w Policji – na określonych stanowiskach – bezobjawowych nosicieli HIV.

Biorąc pod uwagę rangę konkurujących wartości, nie ma większego znaczenia, że pozostawianie w Policji nosicieli wirusa HIV może stwarzać problemy kadrowe i organizacyjne, wynikające z konieczności przenoszenia takich osób na „bezpieczne” stanowiska. Niezależnie od niewielkiej skali tego zjawiska, związane z tym koszty należy bowiem uznać za znacznie mniejsze niż korzyści, które wynikałyby z możliwości dalszego zatrudniania bezobjawowych nosicieli wirusa HIV i korzystania z ich doświadczenia zawodowego.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że zakwestionowany przez sąd pytający przepis w zakresie, w jakim powoduje uznanie policjanta za całkowicie niezdolnego do pełnienia służby z powodu nosicielstwa wirusa HIV bez względu na stan zdrowia, jest niezgodny z art. 60 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, co potwierdził wyżej przeprowadzony, trójstopniowy test kontroli proporcjonalności kwestionowanej normy.

4. Konkluzja i skutki orzeczenia.

4.1. Trybunał Konstytucyjny zdecydował o zakwestionowaniu konstytucyjności § 57 pkt 4 załącznika nr 2 ze względu na nieproporcjonalność wprowadzonego przez ten przepis ograniczenia dostępu do służby publicznej.

Przyczyną negatywnej oceny zaskarżonego rozwiązania nie było samo uznanie nosicielstwa wirusa HIV za jeden z czynników warunkujących przydatność do służby w Policji, ale nadmierny rygoryzm skutków wiązanych z nosicielstwem. Wyraża się on ograniczeniu możliwości oceny rzeczywistej zdolności psychofizycznej policjantów przez komisje lekarskie, które zawsze muszą uznać, że nosiciel wirusa HIV, bez jakichkolwiek objawów AIDS i w dobrym ogólnym stanie zdrowia, jest niezdolny do służby w Policji na jakimkolwiek stanowisku. Bezpośrednią przyczyną tego rygoryzmu jest narzucone przez zaskarżony przepis automatyczne kwalifikowanie takich osób do kategorii zdrowia D i brak możliwości orzekania w takiej sytuacji kategorii zdrowia C („zdolny do służby z ograniczeniem”).

4.2. Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego daje pytającemu sądowi możliwość uznania bezpodstawności zwolnienia ze służby policjanta-nosiciela wirusa HIV, którego sprawa jest rozpatrywana przez WSA w Gdańsku. Wydanie ewentualnego rozstrzygnięcia w tej sprawie należy do kompetencji sądu pytającego.

W wypadku uchylecia decyzji o zwolnieniu ze służby policjanta-nosiciela wirusa HIV zastosowanie znajdują rozwiązania przewidziane w art. 42 ustawy o Policji. Na mocy tych przepisów zwolniony policjant ma prawo do „przywrócenia do służby na stanowisko równorzędne” pod warunkiem zgłoszenia w ciągu siedmiu dni gotowości do „niezwłocznego” jej podjęcia. Policjantowi przywróconemu do służby przysługuje także świadczenie pieniężne za okres pozostawania poza służbą w maksymalnej wysokości sześciomiesięcznego uposażenia na stanowisku zajmowanym przed zwolnieniem. Okres, za który policjantowi przysługuje świadczenie pieniężne, wlicza się do okresu służby, od którego zależą uprawnienia określone w art. 29 ust. 2, art. 52 ust. 1, art. 69 ust. 1, art. 82 ust. 2 i 3, art. 101 ust. 1, art. 110 ust. 1, art. 111 ust. 1 i art. 115 ust. 1 ustawy o Policji.

Do czasu ewentualnej interwencji prawodawcy, komisje lekarskie mogą oceniać wpływ nosicielstwa wirusa HIV na zdrowie policjanta i tym samym na jego przydatność do służby na podstawie ogólnych przepisów rozporządzenia.

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

Z powyższych względów Trybunał Konstytucyjny orzekł jak na wstępie.