**Obowiązkowe szczepienia ochronne jako kryterium rekrutacji do żłobka i przedszkola**

13.07.2020

radca prawny Aleksander Czura

**Skróty**: WSA – Wojewódzki Sąd Administracyjny

**Wprowadzenie**

Obserwowane w ostatnich latach w Polsce istotne zwiększenie liczby osób uchylających się od obowiązkowych szczepień ochronnych,1 zmniejszający się odsetek dzieci zaszczepionych przeciwko chorobom zakaźnym, takim jak odra, świnka czy różyczka2 oraz zwiększająca się liczba zachorowań na choroby zakaźne, w szczególności odrę3, sprawiają, że podejmowane są różne działania mające na celu realizację lokalnych potrzeb społecznych w zakresie ochrony zdrowia przed chorobami zakaźnymi. Jednym z takich środków jest możliwość wprowadzenia dodatkowego kryterium w procesie rekrutacji do publicznych żłobków lub przedszkoli, polegającego na uzależnieniu przyjęcia dziecka do placówki od realizacji obowiązku szczepień ochronnych. Praktyka ta, stosowana z uwagi na sytuację epidemiologiczną w kraju przez właściwe organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego, była wielokrotnie krytykowana. Zarówno organy nadzoru, jak i sądy administracyjne zarzucały bowiem organom samorządowym, że wprowadzanie tego kryterium nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach i może mieć charakter dyskryminacyjny. W drugiej połowie 2019 roku w orzecznictwie sądów administracyjnych pojawiło się jednak stanowisko, zgodnie z którym wprowadzanie realizacji obowiązku poddania dziecka obowiązkowym szczepieniom ochronnym, jako kryterium dostępu do publicznych żłobków i przedszkoli, jest dopuszczalne. Należy przy tym podkreślić, że przepisy prawne stanowiące podstawę do wprowadzenia spornego kryterium do procesu rekrutacyjnego nie uległy zasadniczym zmianom.

**Obowiązujący stan prawny**

Zasady organizowania **opieki w formie żłobka** określa ustawa z dnia 4 lutego 2011 roku o opiece nad dziećmi w wieku do lat 3.4 Zgodnie z art. 11 ust. 2 pkt 3 ww. ustawy podmiot, który utworzył żłobek (w przypadku publicznych żłobków mogą to być jednostki samorządu terytorialnego) ustala statut żłobka, określając w szczególności warunki przyjmowania dzieci do danej placówki. Przepis ten określa zatem zakres przedmiotowy statutu żłobka poprzez wskazanie jego niezbędnych elementów. Należy przy tym podkreślić, że nie zawiera on żadnych ograniczeń ani wytycznych dotyczących warunków przyjmowania dzieci do żłobków poza wskazaniem, że powinny one uwzględniać preferencje dla rodzin wielodzietnych i dzieci niepełnosprawnych. Pewne ograniczenia w tym zakresie wprowadza natomiast art. 3a ust. 1 ww. ustawy. Zawarty w nim zamknięty katalog danych, które rodzic ubiegający się o objęcie dziecka opieką w żłobku przedstawia w formie oświadczenia lub zaświadczenia, uwzględnia m.in. dane o stanie zdrowia, stosowanej diecie i rozwoju psychofizycznym dziecka (art. 3a ust. 1 pkt 6 ww. ustawy). Wynika z tego, że w kwestii ustalania warunków i zasad rekrutacji do żłobków podmiot prowadzący żłobek (jednostka samorządu terytorialnego) ma zasadniczo dość dużą swobodę w ustalaniu kryteriów naboru. Potencjalnie statut żłobka może zatem określać: (1) że do żłobka mogą być przyjmowane wyłącznie dzieci, które zostały poddane obowiązkowym szczepieniom ochronnym, (2) że dzieci takie mają pierwszeństwo w toku rekrutacji albo (3) że przyznawane są im dodatkowe punkty.

Inaczej sytuacja prawna kształtuje się w przypadku kryteriów w postępowaniu rekrutacyjnym **do publicznych przedszkoli** (oddziałów przedszkolnych w publicznej szkole podstawowej lub publicznych innych form wychowania przedszkolnego). Kryteria te zostały określone w art. 131 ustawy z dnia 14 grudnia 2016 r. Prawo oświatowe.5 Zgodnie ze wskazanym przepisem w przypadku większej liczby kandydatów zamieszkałych na obszarze danej gminy niż liczba wolnych miejsc w publicznym przedszkolu, na pierwszym etapie postępowania rekrutacyjnego brane są pod uwagę wyłącznie kryteria enumeratywnie wskazane w rzeczonym przepisie, z których żadne nie odnosi się do obowiązku przeprowadzania obowiązkowych szczepień ochronnych. Dopiero w przypadku równorzędnych wyników uzyskanych na pierwszym etapie postępowania rekrutacyjnego lub jeżeli po zakończeniu tego etapu dane publiczne przedszkole nadal dysponuje wolnymi miejscami, uwzględniane są kryteria określone na drugim etapie rekrutacji przez organ prowadzący (jednostkę samorządu terytorialnego). Kryteria te powinny zapewniać jak najpełniejszą realizację potrzeb dziecka i jego rodziny oraz lokalnych potrzeb społecznych. Organ prowadzący określa nie więcej niż 6 takich kryteriów, przyznając im określoną wagę oraz wskazując sposób ich weryfikacji. Wynika z tego, że organ prowadzący publiczne przedszkole, inaczej niż w przypadku żłobków, nie może, co do zasady, uzależnić przyjęcia dziecka do przedszkola od poddania dziecka obowiązkowym szczepieniom ochronnym. Kryterium takie może się pojawić jedynie na drugim etapie postępowania rekrutacyjnego do publicznego przedszkola, jednak także tutaj organ prowadzący zobowiązany jest uwzględnić przesłanki ustawowe.

Na wykładnię przytoczonych powyżej przepisów zasadniczy wpływ mają także regulacje dotyczące **ochrony danych osobowych**, w szczególności przepisy RODO.6 Zgodnie bowiem z art. 4 ust. 5 RODO „dane dotyczące zdrowia” oznaczają dane osobowe o zdrowiu fizycznym lub psychicznym osoby fizycznej – w tym o korzystaniu z usług opieki zdrowotnej (a więc także o korzystaniu ze szczepień ochronnych) – ujawniające informacje o stanie jej zdrowia.7 Z kolei na podstawie art. 9 ust. 2 lit. i dozwolone jest przetwarzanie szczególnych kategorii danych osobowych (m.in. danych dotyczących zdrowia), jeżeli jest to niezbędne ze względów związanych z interesem publicznym w dziedzinie zdrowia publicznego, na podstawie prawa Unii lub prawa państwa członkowskiego, które przewidują odpowiednie, konkretne środki ochrony praw i wolności osób, których dane dotyczą.

**Sporne kryterium**

Po raz pierwszy publiczna debata dotycząca możliwości wprowadzenia dodatkowego kryterium rekrutacyjnego, jakim jest poddanie dziecka obowiązkowym szczepieniom ochronnym, rozgorzała w 2015 roku, po tym jak Rada Miasta Częstochowy przyjęła dwie uchwały w tym zakresie – pierwszą, dotyczącą zasad przyjmowania dzieci do żłobków, oraz drugą, dotyczącą zasad rekrutacji do przedszkoli.8 Obie uchwały oparte były na przepisach prawa, których kształt odpowiadał zasadniczo przepisom obowiązującym obecnie. Wojewoda Śląski stwierdził wówczas nieważność wspomnianych uchwał.9 Prawidłowość jego stanowiska w tym zakresie potwierdził następnie Wojewódzki Sąd Administracyjny (WSA) w Gliwicach, który uznał uchwały Rady Miasta Częstochowy za sprzeczne z obowiązującymi przepisami.10 Sąd, uzasadniając swoje orzeczenia, wskazał m.in., że (1) dane o szczepieniach ochronnych nie mieszczą się w zakresie danych o stanie zdrowia dziecka, o jakich mowa w art. 3a ust. 1 pkt 6 ustawy o opiece nad dziećmi w wieku do lat 3, (2) ewentualne ograniczenia w korzystaniu z równego, powszechnego prawa do nauki mogą być wprowadzane jedynie w drodze ustawy, (3) uchwała przyznająca pierwszeństwo w rekrutacji do przedszkoli dzieciom, które zostały poddane obowiązkowym szczepieniom, dyskryminuje dzieci, których rodzice nie przedłożyli zaświadczenia o odbyciu przez dziecko obowiązkowych szczepień lub długotrwałym odroczeniu obowiązkowego szczepienia, (4) wprowadzone kryterium nie może być uznane za mające na celu uwzględnienie potrzeb dziecka, jego rodziny czy też lokalnych potrzeb społecznych oraz (5) ma ono na celu w istocie wyegzekwowanie obowiązku poddania dzieci obowiązkowym szczepieniom ochronnym, zastępując tym samym, w sposób nieuprawniony, narzędzia służące do egzekucji tego obowiązku określone w innych ustawach.

W omawianych orzeczeniach WSA w Gliwicach nie tylko podzielił częściowo argumenty podnoszone przez przeciwników ograniczania dostępu do publicznych placówek dla niezaszczepionych dzieci oraz osób kwestionujących potrzebę obowiązkowych szczepień ochronnych, lecz także dał wojewodom w całym kraju podstawę do podważania uchwał organów jednostek samorządu terytorialnego wprowadzających przedmiotowe kryteria naboru.

**Kształtująca się linia orzecznicza11**

Władze samorządowe, reagując na lokalną sytuację epidemiologiczną,12 podejmowały kolejne próby wprowadzania kryteriów rekrutacyjnych mających na celu ograniczenie możliwości przyjmowania do publicznych żłobków i przedszkoli dzieci, które nie zostały poddane obowiązkowym szczepieniom ochronnym. Na zmieniającą się sytuację zareagowały także wojewódzkie sądy administracyjne. Przełomowy w tym zakresie okazał się wyrok WSA w Gliwicach z sierpnia 2019 roku.13 W orzeczeniu tym po raz pierwszy zaprezentowano stanowisko, zgodnie z którym poddanie dziecka obowiązkowym szczepieniom ochronnym może stanowić kryterium dostępu do publicznej placówki. Stanowisko to podzieliły następnie inne wojewódzkie sądy administracyjne.14 Wydaje się, że podstawą do modyfikacji dotychczasowego stanowiska sądów oraz kształtowania się nowej linii orzeczniczej nie były co do zasady zmiany wprowadzone w obowiązujących przepisach.15 W przytoczonych orzeczeniach wojewódzkich sądów administracyjnych dużo głębszej analizie poddano normy prawne, stanowiące podstawę aksjologiczną dla ustanowienia obowiązku szczepień ochronnych. Zwrócono także uwagę na przesłanki, którymi kierują się organy jednostek samorządu terytorialnego, wprowadzając kryteria rekrutacyjne dotyczące obowiązkowych szczepień ochronnych, w tym na znaczenie szczepień dla ochrony zdrowia publicznego na poziomie lokalnym.

W uzasadnieniach swoich orzeczeń wojewódzkie sądy administracyjne odmiennie odniosły się do wcześniej stawianych tez, wskazując m.in., że poprzez dane dotyczące zdrowia rozumie się także dane dotyczące korzystania z usług opieki zdrowotnej, a tym samym informacje związane z realizacją ustawowego obowiązku szczepień ochronnych. Podkreślono także, że przetwarzanie wspomnianych danych przez organy prowadzące nie stanowi naruszenia prawa, gdyż jest ono dokonywane wyłącznie na potrzeby rekrutacji oraz w celu zapewnienia dzieciom prawidłowej opieki. Ustawodawca przewidział również ochronę tego rodzaju danych wrażliwych.

Odnośnie do zarzutów dotyczących dyskryminacji, wojewódzkie sądy administracyjne wskazały, że obowiązek szczepień ochronnych stanowi szczególną regulację skierowaną do wszystkich mieszkańców Polski. Wprowadzenie na poszczególnych etapach rekrutacji omawianego kryterium nie zmusza zatem do czynienia tego, co prawnie nie jest nakazane, ani nie pozbawia prawa do opieki przedszkolnej. Przyjęcie rzeczonego kryterium nie tylko zatem nie ma charakteru dyskryminacyjnego, lecz wręcz przeciwnie, upewnia organ prowadzący, że wybór kandydata do placówki prowadzony jest z jednorodnej grupy kandydatów. Według sądów rodzice (opiekunowie prawni), odmawiając poddania dzieci ustawowemu obowiązkowi szczepień ochronnych, sami różnicują ich sytuację prawną. Nieuprawnione jest zatem twierdzenie, że dzieci zaszczepione i niezaszczepione posiadają identyczną (relewantną) cechę wspólną. Odstępując od wykonania prawnego obowiązku, rodzice narażają się nie tylko na konsekwencje prawne wynikające z regulacji ustawowych wprowadzonych w celu egzekwowania tego obowiązku, ale także ograniczają swoje prawa w innym zakresie, świadomie wykluczając się z grupy osób, które ten obowiązek spełniają. Zauważono również, że niespełnienie obowiązku ustawowego nie powinno być promowane przez organy władzy publicznej.

Wojewódzkie sądy administracyjne podkreślały także fakt, że profilaktyka chorób epidemicznych jest konstytucyjnym obowiązkiem władz publicznych, a jednym ze sposobów jego realizacji jest wprowadzenie obowiązkowych szczepień ochronnych. Szczepienia, jako narzędzie zapobiegania chorobom zakaźnym, chronią nie tylko jednostki, lecz także całe społeczeństwo. Przyjmowanie do żłobków i przedszkoli niezaszczepionych dzieci stwarza zatem realne zagrożenie nie tylko dla innych dzieci, lecz także dla bezpieczeństwa lokalnej społeczności.

Ponadto odrzucono pogląd, zgodnie z którym wprowadzenie do procesu rekrutacji omawianego kryterium miałoby niejako zastępować narzędzia egzekwowania ustawowego obowiązku szczepień ochronnych. Zdaniem wojewódzkich sądów administracyjnych nie można zrównywać dochodzenia realizacji obowiązku w trybie egzekucji administracyjnej16 z przyznawaniem dodatkowych punktów rekrutacyjnych. Inne są bowiem cele oraz podstawy prawne wskazanych regulacji.

**Podsumowanie**

Utrwalenie się w orzecznictwie sądów administracyjnych stanowiska, zgodnie z którym, na podstawie obecnie obowiązujących przepisów, poddanie dziecka obowiązkowym szczepieniom ochronnym może stanowić kryterium rekrutacji do publicznych żłobków i przedszkoli, w dłuższej perspektywie przyczyni się do ujednolicenia praktyki w tym zakresie. Należy jednak pamiętać, że część z przytaczanych powyżej orzeczeń nie jest jeszcze prawomocna, a dokonana w nich ocena prawna nie jest wiążąca dla ewentuanych przyszłych postępowań. Biorąc pod uwagę, że praktyka w przedmiotowym zakresie bywa zróżnicowana, a kwestie dotyczące obowiązkowych szczepień ochronnych wciąż wzbudzają kontrowersje, zasadne wydaje się uregulowanie zasad wprowadzania omawianego kryterium na poziomie ustawowym.17 Obecnie nie prowadzi się jednak prac legislacyjnych w tym zakresie.