Teismo praktikos rinkinys

GENERALINIO ADVOKATO
PAOLO MENGOZZI IŠVADA,
pateikta 2014 m. liepos 17 d.[1]

Byla C-528/13

Geoffrey Léger
prieš
Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes
ir
Établissement français du sang

(Tribunal administratif de Strasbourg (Prancūzija) pateiktas prašymas priimti prejudicinį sprendimą)

„Visuomenės sveikata — Kraujo donorystė — Donorų tinkamumo kriterijai — Nuolatinio arba laikino draudimo kriterijai — Galutinis draudimas vyrams, turėjusiems lytinių santykių su kitais vyrais — Nediskriminavimo dėl lytinės orientacijos principas — Proporcingumas“

Turinys

I – Teisinis pagrindas 2

A – Sąjungos teisė 2

B – Prancūzijos teisė 3

II – Pagrindinės bylos ginčas ir prejudicinis klausimas 4

III – Procesas Teisingumo Teisme 5

IV – Teisinė analizė 5

A – Prancūzijos vyriausybės pozicijos santrauka 5

B – Vertinimas 7

1. Dėl Direktyvos 2004/33 III priedo 2.1 punkto išaiškinimo 7

a) Direktyvos 2004/33 III priedo 2.1 punktą galima įgyvendinti tik esant padidintai rizikai užsikrėsti per kraują perduodamomis sunkiomis infekcinėmis ligomis 7

1 — Originalo kalba: prancūzų.

b) Ar tai, kad vyras turėjo ar turi lytinių santykių su kitu vyru, reiškia „seksualinę elgseną“, kaip ji suprantama pagal Direktyvos 2004/33 III priedo 2.1 punktą? 8

2. Dėl diskrecijos, kurią valstybės narės turi pagal Direktyvą 2004/33, ir joms pripažintos galimybės išlaikyti esamas ar nustatyti naujas griežtesnes apsaugos priemones 10

a) Sutarties nuostatų paisymas kaip nacionalinės kompetencijos įgyvendinimo apribojimas 10

b) Ministro nutarimu netiesiogiai diskriminuojama dėl dvejopo lyties ir lytinės orientacijos derinio 11

c) Ar skirtingas požiūris yra pateisinamas ir proporcingas? 12

V – Išvada 15

1. Šiuo prašymu priimti prejudicinį sprendimą keliamas keblus klausimas dėl nacionalinės priemonės, pagal kurią vyrams, turėjusiems ar turintiems lytinių santykių su kitais vyrais, taikomas nuolatinis draudimas būti kraujo donorais, atitikties Sąjungos teisei.

I – **Teisinis pagrindas**

A – *Sąjungos teisė*

2. Sąjungos teisinį pagrindą galima apibendrinti taip.

3. 2003 m. sausio 27 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2002/98/EB, nustatanti žmogaus kraujo ir kraujo komponentų surinkimo, ištyrimo, perdirbimo, laikymo bei paskirstymo kokybės ir saugos standartus bei iš dalies keičianti Direktyvą 2001/83/EB[2], priimta remiantis EB 152 straipsnio 4 dalies a punktu [dabar – SESV 168 straipsnio 4 dalies a punktas] Sąjungos teisės aktų leidėjui konstatavus padėtį, kuriai esant „nuostatų dėl žmogaus kraujo, plazmos ir kraujo ląstelių [neįtraukimas] lėmė, kad, juos naudojant transfuzijai, o ne perdirbimui, jų kokybės ir saugos nereglamentuoja jokie įpareigojantys Bendrijos teisės aktų [aktai]“[3]. Taigi minėtasis teisės aktų leidėjas išreiškė ketinimą priimti nuostatas, užtikrinančias, kad „kraujas ir jo komponentai būtų panašios kokybės ir saugos visose transfuzijos grandinės valstybėse narėse grandyse, neatsižvelgiant į tai, kokiam tikslui jie būtų naudojami“, nes griežtų kokybės ir saugos standartų įtvirtinimas turi padėti nuraminti visuomenę ir ją įtikinti[4]. Direktyva 2002/98 siekiama nustatyti žmogaus kraujo ir jo komponentų kokybės ir saugumo standartus, kad būtų užtikrintas aukštas žmonių sveikatos apsaugos lygis[5]. Visų pirma ja valstybės narės įpareigojamos užtikrinti, kad tik tinkamai paskirtos ir akredituotos įstaigos galėtų užsiimti žmogaus kraujo ir jo komponentų surinkimo, kontrolės, perdirbimo, laikymo ir paskirstymo veikla ir kad jiems būtų taikomos įvairios patikros ir kontrolės priemonės[6]. Be to, joje įtvirtinti kraujo atsekamumo, neatlygintinumo ir donorų savanoriškumo, taip pat kiekvieno donoro privalomos kontrolės principai[7].

2 — OL L 33, 2003, p. 30; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 15 sk., 7 t., p. 346.

3 — Direktyvos 2002/98 3 konstatuojamoji dalis.

4 — Direktyvos 2002/98 3 konstatuojamoji dalis.

5 — Direktyvos 2002/98 1 straipsnis.

6 — Direktyvos 2002/98/EB 5 ir 8 straipsniai.

7 — Atitinkamai Direktyvos 2002/98 14, 20 ir 21 straipsniai ir IV priedas.

4. Tačiau reikalavimai, susiję su kraujo ir plazmos donorų tinkamumu, t. y. visų pirma nuolatinio ir laikino draudimo kriterijai, priimti ne Direktyva 2002/98, o, atvirkščiai, 2004 m. kovo 22 d. Komisijos direktyva 2004/33/EB, įgyvendinančia Direktyvą 2002/98 dėl tam tikrų kraujo ir kraujo komponentų techninių reikalavimų [8], taikant Direktyvos 2002/98 28 straipsnyje numatytą komiteto procedūrą [9].

5. Taigi šie reikalavimai įtvirtinti Direktyvoje 2004/33. Jos III priede nustatyti tinkamumo kriterijai viso kraujo ar jo komponentų donorams. III priedo 2 punkte įtvirtinti šiems donorams taikomi draudimo kriterijai.

6. III priedo 2.1 punkto lentelėje pateikiami alogeninės donorystės nuolatinio draudimo kriterijai [10]. Toje lentelėje seksualinis elgesys apibūdinamas taip: „Asmenys, dėl kurių seksualinės elgsenos kyla didelė rizika užsikrėsti sunkia infekcine liga, kuria gali būti užkrečiama per kraują.“

7. III priedo 2.2 punkte išvardyti alogeninės donorystės laikinojo atidėjimo kriterijai, o šio priedo 2.2.2 punkte konkrečiai nustatyti atidėjimo kriterijai, susiję su rizika gauti perpilant kraują perduodamą infekciją. Lentelės skiltyje „Asmenys, dėl kurių [seksualinės] elgsenos ar [profesinės] veiklos jiems kyla pavojus užsikrėsti infekcine liga, kuri gali būti perduodama per kraują“ nustatyta tokia atidėjimo nuostata: „Nutraukus rizikingą veiklą donorystė atidedama laikotarpiui, apibrėžiamam pagal atitinkamą ligą ir atitinkamų tyrimų buvimą.“

B – *Prancūzijos teisė*

8. 2009 m. sausio 12 d. sveikatos ir sporto ministras priėmė nutarimą, kuriuo nustatomi kraujo donorų atrankos kriterijai [11] (toliau – Ministro nutarimas).

9. Ministro nutarimo 1 straipsnyje nustatytos sąlygos, kurioms esant gali būti duodama kraujo. Pagal 1 straipsnio V antraštinės dalies 1 punktą, susijusį su klinikinėmis donoro savybėmis, asmuo, įgaliotas vykdyti donorų atranką, turi įvertinti galimybę duoti kraujo, atsižvelgdamas į kontraindikacijas ir jų trukmę, ankstesnį buvimą ir raidą pagal papildomus prieš duodant kraujo pateikiamo klausimyno klausimus [12]. Šie klausimai užduodami atitinkamu atveju, atliekant išankstinę donorystės priežiūrą, kuri vykdoma sistemingai. Vis dėlto pagal minėtą nuostatą numatomo donoro donorystė atidedama, jeigu nustatoma vienoje iš Ministro nutarimo II priede esančių lentelių nurodyta kontraindikacija. Numatyta, kad sveikatos institucijos gali pakeisti, papildyti arba panaikinti kraujo donoro kontraindikacijas, atsižvelgdamos į ypatingas epidemiologines situacijas ar transfuzinio budrumo duomenis.

8 — OL L 91, p. 25; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 15 sk., 8 t., p. 272.

9 — Žr. Direktyvos 2002/98 29 straipsnį.

10 — T. y. kai duodamas kraujas skirtas kitiems asmenims, o ne pačiam donorui, ir šioje byloje aktualus tik šis atvejis (žr. Direktyvos 2004/33 I priedo 2 punktą).

11 — 2009 m. sausio 18 d. JORF, p. 1067.

12 — Klausimyną galima pasižiūrėti adresu http://www.dondusang.net/content/medias/media1832_giCQxWpZDhBErjG.pdf?finalFileName=Questionnaire_pr%E9-don_pour_la_m%E9tropole.pdf.

10. Ministro nutarimo II priede pateikiamos lentelės, susijusios su kontraindikacijomis. Tiksliau, B lentelėje išvardijamos kontraindikacijos, jeigu kyla pavojus recipientui. B lentelės dalis, skirta rizikai, susijusiai su virusinės infekcijos perdavimu, išdėstyta taip:

Virusinės infekcijos perdavimas	Rizika, kad asmuo, siekiantis tapti donoru, gali būti lytiškai plintančios infekcijos sukėlėjas	Nesaugūs lytiniai santykiai su atsitiktiniu partneriu	KI:[*] keturi mėnesiai nuo paskutinių nesaugių lytinių santykių
		Keli lytiniai partneriai: daugiau nei vienas partneris per pastaruosius keturis mėnesius	KI: keturi mėnesiai nuo kelių lytinių partnerių turėjimo atvejo pabaigos
		Vyras, turėjęs lytinių santykių su vyru	Nuolatinė KI
		Nesaugūs lytiniai santykiai su nauju partneriu praėjus mažiau nei dviem mėnesiams	KI: keturi mėnesiai nuo paskutinių nesaugių lytinių santykių
	Rizika, kad asmens, siekiančio tapti donoru, lytinis partneris gali būti lytiškai plintančios infekcijos sukėlėjas	Partneris, kuris pats per pastaruosius keturis mėnesius turėjo daugiau negu vieną partnerį	KI: keturi mėnesiai
		Partneris, kuris vartojo leidžiamas narkotines ar psichotropines medžiagas ir kurio ŽIV[**] ir HVB serologinė būsena nėra žinoma	KI: keturi mėnesiai nuo paskutinių lytinių santykių
		Partneris, kurio kraujo tyrimas yra teigiamas dėl: ŽIV, HTLV, HCV, HVB (AgHBs+)	KI: keturi mėnesiai nuo paskutinių lytinių santykių <…>
		Partneris, kuris neseniai turėjo LPI arba gydosi nuo LPI	KI: keturi mėnesiai nuo partnerio pasveikimo

* Kontraindikacija.

** ŽIV – žmogaus imunodeficito virusas.

II – **Pagrindinės bylos ginčas ir prejudicinis klausimas**

11. 2009 m. balandžio 29 d. *Établissement français du sang* (toliau – EFS) gydytojas norėjusiam duoti kraujo Geoffroy Léger neleido to daryti remdamasis tuo, kad šis pareiškė esąs homoseksualus.

12. Priimdamas sprendimą dėl atsisakymo, EFS gydytojas rėmėsi Ministro nutarimu, pagal kurį nuolatine kraujo donorystės kontraindikacija laikoma, jeigu numatomas kraujo donoras turėjo lytinių santykių su vyru.

13. G. Léger kreipėsi į prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusį teismą su ieškiniu dėl minėto sprendimo panaikinimo. Jis visų pirma teigia, kad tiek, kiek Ministro nutarimu nustatoma minėta nuolatinė kontraindikacija, juo pažeidžiama Direktyva 2004/33, o konkrečiau – jos II priedo B punktas [13] ir III priedo 2.1 punktas. Be to, Ministro nutarimu pažeidžiami 1950 m. lapkričio 4 d. Romoje pasirašytos Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos (toliau – EŽTK) 3, 8 ir 14 straipsniai ir lygybės principas.

14. Taigi kilus sunkumų aiškinant Sąjungos teisę *Tribunal administratif de Strasbourg* nusprendė sustabdyti bylos nagrinėjimą ir, remdamasis SESV 267 straipsniu, sprendimu dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą (jį Teisingumo Teismo kanceliarija gavo 2013 m. spalio 8 d.) pateikti Teisingumo Teismui šį prejudicinį klausimą:

„Ar, atsižvelgiant į Direktyvos [2004/33] III priedą, aplinkybė, kad vyras turi lytinių santykių su kitu vyru, savaime yra seksualinis elgesys, dėl kurio kyla rizika užsikrėsti sunkia infekcine liga, kuria gali būti užkrečiama per kraują, ir kuriuo pateisinamas nuolatinis kraujo donorystės draudimas asmenims, kurių seksualinis elgesys buvo toks ar, atsižvelgiant į konkretaus atvejo aplinkybes, tiesiog gali būti seksualinis elgesys, dėl kurio kyla rizika užsikrėsti sunkia infekcine liga, kuria gali būti užkrečiama per kraują, ir kuriuo pateisinamas laikinas kraujo donorystės atidėjimas nustatytam laikotarpiui po rizikingo elgesio pabaigos?“

III – **Procesas Teisingumo Teisme**

15. Rašytines pastabas Teisingumo Teismui pateikė tik Prancūzijos vyriausybė ir Europos Komisija.

IV – **Teisinė analizė**

A – *Prancūzijos vyriausybės pozicijos santrauka*

16. Prancūzijos vyriausybė mano, kad Direktyva 2004/33 nedraudžia valstybei narei laikyti, kad, jeigu vyras turėjo lytinių santykių su kitu vyru (pranc. HSH) [14], tai yra seksualinis elgesys, keliantis grėsmę užsikrėsti sunkiomis infekcinėmis ligomis, perduodamomis per kraują, ir tai pateisina nuolatinį donorystės draudimą.

17. Pirma, seksualinis elgesys, pasireiškęs tuo, kad vyras turėjo lytinių santykių su kitu vyru, savaime yra toks seksualinis elgesys, kuris pateisina nuolatinį donorystės draudimą. Platesniu požiūriu Direktyva 2002/98 priimta įgyvendinant bendrą visuomenės sveikatos politiką ir ja siekiama nustatyti griežtesnes kokybės ir saugumo normas (visa direktyva grindžiama šiais tikslais), laikantis koordinuoto požiūrio į kraujo saugumą, atsižvelgiant į įvairius užsikrėtimo perpilant kraują atvejus. Direktyva 2002/98 buvo priimta remiantis EB 152 straipsnio 4 dalies a punktu. Prioritetinis tikslas, be kitų, yra apsaugoti donoro kraujo recipientą ir šiuo klausimu direktyvoje primygtinai nurodoma, kad kraują turi duoti asmenys, kurių sveikatos būklė yra tokia, kad dėl kraujo davimo nekiltų jokių neigiamų pasekmių ir kad būtų maksimaliai sumažinta bet kokia infekcinės ligos plitimo rizika [15]. Tiksliau, donorų atranka yra vienas iš trijų būdų sumažinti šią riziką [16].

13 — Direktyvos 2004/33 II priedo B dalis skirta informacijai, kurią kraujo perpylimo įstaigos turi gauti iš donorų kiekvieną kartą jiems duodant kraują.

14 — Santrumpa HSH prancūzų k. atitinka anglišką santrumpą „men having sex with men“ (MSM), kurią dešimtajame dešimtmetyje pradėjo vartoti epidemiologai, norėdami apibūdinti vyrus, turinčius lytinių santykių su kitais vyrais, nepaisydami galimų jų lytinių santykių su moterimis ar to, kad jie yra biseksualūs ar homoseksualūs asmeninėje ar socialinėje aplinkoje (šaltinis „Guide de terminologie de l'ONUSIDA“, pakeista versija, 2011 m. spalio mėn., p. 19).

15 — Direktyvos 2002/98 24 konstatuojamoji dalis.

16 — Kiekvienas kraujo ėminys turi būti ištirtas ir jam taikomas virusų nukenksminimas.

18. Nors Direktyvoje 2004/33 numatyta, kad asmenų, kurių seksualinis elgesys kelia grėsmę užsikrėsti sunkiomis infekcinėmis ligomis, perduodamomis per kraują, donorystei turi būti taikomas nuolatinis draudimas, tačiau direktyvoje ši sąvoka neapibrėžta. Minėtos direktyvos III priedo 2.2.2 punkte, kuriame nustatyti laikino atidėjimo kriterijai, taip pat kalbama apie tokią pačią riziką. Be to, skiriasi šios nuostatos kalbinės versijos. Tokiu atveju pagal nusistovėjusią Teisingumo Teismo praktiką reikia remtis bendra direktyvos sistema ir tikslu, kuris, kaip teigia Prancūzijos vyriausybė, yra maksimaliai apriboti riziką ir nustatyti griežtesnes saugumo ir kokybės normas. Tokiomis aplinkybėmis pereinamojo laikotarpio rizika pateisina laikiną atidėjimą, o didesnė rizika, kuria remiantis galima taikyti griežtesnę priemonę, turėtų būti nuolatinio donorystės draudimo motyvas. Sąjungos veiksmais šioje srityje papildomi valstybių narių veiksmai, paisant jų atsakomybės [17], o riziką turi vertinti valstybės narės, atsižvelgdamos į savo pačių epidemiologinę padėtį.

19. Šiuo aspektu Prancūzijos vyriausybė nurodo statistinius duomenis, rodančius, kad asmenų, gyvenančių užsikrėtus ŽIV [18], tarp HSH yra 65 kartus daugiau nei tarp kitų gyventojų. Kalbant apie ŽIV infekcijos paplitimą [19], 2008 m. iš 6940 naujų infekuotųjų 3320 asmenų priklausė HSH populiacijai. Tačiau, atsižvelgiant į inkubacinį laikotarpį, kai virusų ŽIV 1 ir ŽIV 2 neįmanoma aptikti laboratoriniais tyrimais (atitinkamai 12 ir 22 dienos), ši padėtis kraujo donorams yra ypač kebli. 2013 m. kovo 27 d. rezoliucijoje [20] Europos Taryba patvirtino, kad HSH populiacijai gresia didesnė rizika užsikrėsti per kraują perduodamomis sunkiomis infekcinėmis ligomis, taigi ir jas perduoti.

20. Antra, Prancūzijos vyriausybė teigia, kad, atsižvelgiant į šias aplinkybes, neįmanoma taikyti tik laikino atidėjimo. Taigi Europos Taryba rekomendavo taikyti laikiną kontraindikaciją tik nustačius, kad atitinkamas elgesys nekelia padidintos rizikos. Europos Taryba, vertindama HSH populiacijos duoto kraujo poveikį kraujo perpylimo saugumui, taip pat padarė išvadą, kad padidėja ŽIV plitimo rizika [21]. Prancūzijos vyriausybė mano, kad HSH „elgesys“ kelia didesnę riziką ir ji nėra laikina, kaip tai patvirtina jau minėti statistiniai duomenys. Ji priduria, kad likutinė ŽIV infekcijos rizika, t. y. infekuotų kraujo ėminių santykis, palyginti su visu kraujo ėminių skaičiumi, yra 1 galimai užkrėstas kraujo ėminys iš 2 900 000 ir kad dauguma ŽIV užkrėstų kraujo ėminių yra iš HSH populiacijos, kuri vis dažniau duoda kraujo, nors ir esama nuolatinės kontraindikacijos. Prancūzijos vyriausybė mano, kad perėjimas nuo nuolatinio draudimo prie laikino atidėjimo būtų klaidingas ženklas HSH populiacijai, kuri vis dėlto dabar yra linkusi pati nedalyvauti kraujo perpylimo grandinėje ir kartu didina grėsmę paversti donorystę papildoma ŽIV diagnostikos priemone ir susiaurinti bendro ŽIV prevencijos diskurso apimtį.

21. Prancūzijos vyriausybė taip pat teigia, kad, jeigu HSH taikomas nuolatinis draudimas būtų laikomas prieštaraujančiu Direktyvai 2004/33, jos III dalies 2.1 punktas taptų visiškai neveiksmingas. Nors grėsmę užsikrėsti kelia ir kitoks seksualinis elgesys [22], jis, palyginti su HSH populiacija, kelia mažesnę užsikrėtimo sunkiomis per kraują perduodamomis infekcinėmis ligomis grėsmę, kaip tai patvirtina minėti statistiniai duomenys. Tačiau, jeigu ši rizika neatitinka III priedo 2.1 punkte numatytų atvejų, Prancūzijos vyriausybė kelia klausimą, kokia rizika galėtų juos atitikti. Ji daro išvadą, kad HSH populiacijai gali būti taikomas tik nuolatinis draudimas.

17 — Prancūzijos vyriausybė šiuo atveju nurodo SESV 168 straipsnio 7 dalį.

18 — T. y. paplitimas, tradiciškai apibrėžiamas kaip gyventojų, gyvenančių užsikrėtus ŽIV, dalis konkrečiu momentu (šaltinis „Guide terminologique de l'ONUSIDA“, p. 23).

19 — T. y. per konkretų laikotarpį konkrečioje populiacijoje ŽIV naujai užsikrėtusių asmenų skaičius (šaltinis „Guide terminologique de l'ONUSIDA“, p. 16).

20 — 2013 m. kovo 27 d. Europos Tarybos ministrų komiteto priimta Rezoliucija CM / Res(2013)3, susijusi su kraujo donorų seksualiniu elgesiu, turinčiu poveikį kraujo perpylimo saugumui.

21 — Prancūzijos vyriausybė šiuo aspektu remiasi minėta Rezoliucija CM/Res(2013)3.

22 — Kaip yra turint nesaugių lytinių santykių su atsitiktiniu partneriu ar nauju partneriu praėjus mažiau nei dviem mėnesiams, lytinių santykių daugiau nei su vienu partneriu per pastaruosius keturis mėnesius ar turint lytinių santykių su partneriu, kuris pats per pastaruosius keturis mėnesius turėjo daugiau negu vieną partnerį.

22. Trečia, nors Direktyvos 2004/33 III priedo 2.1 punktą reikia aiškinti taip, kad HSH populiacijai gali būti taikomas tik laikinas atidėjimas, valstybė narė visuomet gali taikyti labiau apsaugančias priemones ir laikyti, kad toks užsikrėtimo rizikos lygis pateisina nuolatinį draudimą. Prancūzijos vyriausybė primena SESV 6 straipsnio a punktą ir 168 straipsnio 4 dalies a punktą. Pastarajame numatyta, kad valstybės narės gali išlaikyti esamas ar nustatyti naujas priemones, ir tai nurodyta ne tik Direktyvos 2002/98 22 konstatuojamojoje dalyje, bet ir jos 4 straipsnio 2 dalyje, kurioje nustatyta, kad ši direktyva nedraudžia valstybėms narėms savo teritorijoje laikytis griežtesnių apsaugos priemonių, atitinkančių Sutarties nuostatas, ar jas priimti. Pagal nusistovėjusią teismo praktiką iš visų Sąjungos ginamų vertybių ir interesų pirmenybė teikiama žmogaus sveikatos ir gyvybės apsaugai, ir valstybės narės gali laisvai nuspręsti, kokį apsaugos lygį taikyti ir kaip jį pasiekti, ir niekas nedraudžia valstybei narei laikyti, kad HSH populiacijai dėl didesnės šios populiacijos donorų keliamos rizikos, kurią patvirtina Prancūzijos vyriausybės pateikti epidemiologiniai duomenys, turi būti taikomas nuolatinis donorystės draudimas. Taigi griežtesnė apsaugos priemonė, pasireiškianti tokiu galutiniu draudimu, būtų proporcinga siekiamam teisėtam tikslui.

B – *Vertinimas*

23. Pirmiausia reikia nustatyti, ar tai, kad vyras turi lytinių santykių su kitu vyru, reiškia „seksualinę elgseną“, dėl kurios kyla didesnė rizika užsikrėsti sunkiomis infekcinėmis ligomis, kaip tai suprantama pagal Direktyvos 2004/33 III priedo 2.1 punktą.

24. Jeigu taip nebūtų, tuomet reikėtų išnagrinėti, ar valstybė narė, įgyvendindama diskreciją, kuri jai tradiciškai pripažįstama visuomenės sveikatos srityje, gali imtis tokios visuomenės sveikatą labiau apsaugančios priemonės kaip nuolatinis HSH populiacijai taikomas donorystės draudimas.

1. Dėl Direktyvos 2004/33 III priedo 2.1 punkto išaiškinimo

a) Direktyvos 2004/33 III priedo 2.1 punktą galima įgyvendinti tik esant padidintai rizikai užsikrėsti per kraują perduodamomis sunkiomis infekcinėmis ligomis

25. Dėl Direktyvos 2004/33 III priedo 2.1 punkte numatyto draudimo motyvo išaiškinimo yra daug diskutuojama, nes, kaip pabrėžė Prancūzijos vyriausybė, vienas iš šio priedo 2.2.2 punkte išvardytų laikino atidėjimo motyvų yra suformuluotas taip pat, kadangi jame paminėti „asmenys, dėl kurių elgsenos ar veiklos *jiems kyla pavojus* užsikrėsti [sunkia] infekcine liga, kuri gali būti perduodama per kraują“ [23]. Akivaizdu, kad teisės aktų leidėjas negalėjo ketinti numatyti, kad taip pat apibrėžtam elgesiui gali būti taikomas ir nuolatinis draudimas, ir laikinas atidėjimas. Prancūzijos vyriausybė, kaip ir Komisija, šiuo klausimu pažymi Direktyvos 2004/33 III priedo esamų kalbinių versijų skirtumus.

26. Iš tiesų pagal numatytas kalbines versijas laikinas atidėjimas susijęs tik su paprastos rizikos buvimu, palyginti su didesne rizika, kuriai taikomas nuolatinis draudimas [24], arba III priede dviem atvejais paminėta didesnė rizika [25], arba, kaip yra versijos prancūzų kalba atveju, priede taip pat dviem atvejais „rizika“ paminėta tik kartą, niekaip to nepatikslinus [26]. Dėl būtinybės vienodai aiškinti Sąjungos teisę, kilus abejonei, nuostatos teksto neleidžiama svarstyti atskirai, o kaip tik įpareigojama aiškinti jį atsižvelgiant ir į kitas versijas oficialiosiomis kalbomis (nors, kaip jau paaiškėjo, šis palyginimas nesuteikia daugiau aiškumo) ir atsižvelgiant į teisės akto, į kurį ši nuostata įeina, bendrą sistemą ir

23 — Kursyvu išskirta mano.

24 — Žr., pvz., versijas italų, graikų, anglų ir portugalų kalbomis.

25 — Žr., pvz., versijas ispanų ir vokiečių kalbomis.

26 — Toks pat netikslumas yra ir dėl Direktyvos 2004/33 III priedo 2.2.2 punkto formuluotės. Nors versijoje prancūzų kalba kalbama apie seksualinį elgesį ar profesinę veiklą, versijose ispanų ir italų kalbomis tenurodomas elgesys ar seksualinė veikla, o versijoje portugalų kalba kalbama tik apie elgesį ar veiklą, nepatikslinus jų pobūdžio, ir tai remiantis tik šiomis Direktyvos 2004/33 kalbinėmis versijomis.

tikslą[27]. Kitaip tariant, vien to, kad Direktyvos 2004/33 III priedo 2.1 punkte prancūzų kalba numatyti tik asmenys, kurių seksualinis elgesys kelia „paprastą“ riziką užsikrėsti sunkiomis infekcinėmis ligomis, savaime nepakanka, kad būtų galima daryti išvadą, kad nacionalinis nuolatinis draudimas suderinamas su direktyva.

27. Kadangi Direktyvoje 2004/33 patikslinami Direktyvos 2002/98 techniniai reikalavimai, ja siekiama to paties tikslo kaip ir pastaroji direktyva. Tačiau panašiai, kaip nurodė Prancūzijos vyriausybė, teisės aktų leidėjas Direktyvoje 2002/98 pirmenybę teikė kraujo perpylimo grandinės kokybės ir saugumo gerinimui.

28. Ji priimta esant aplinkybėms, kuriomis valstybės narės iš pradžių susidūrė su savo kraujo perpylimo grandinės priežiūros ir saugumo trūkumais. Todėl šį klausimą ėmėsi nagrinėti viršnacionalinės institucijos tiek Europos Tarybos[28], tiek Sąjungos lygmeniu. Tačiau tik Direktyva 2002/98, kurios teisinis pagrindas yra EB 152 straipsnio 4 dalis, kurioje numatyta imtis „priemonių, nustatančių aukštus <...> kraujo <...> kokybės bei saugos standartus“, Sąjunga šioje srityje priėmė pirmąjį privalomąjį dokumentą[29]. Visa ši direktyva grindžiama kokybės ir saugos tikslu[30]. Joje kalbama apie neleidimą plisti ligoms[31], įsitikinant, kad kraują duotų asmenys, kurių sveikatos būklė yra tokia, kad dėl donorystės neatsirastų jokio neigiamo poveikio ir kad būtų maksimaliai sumažinta bet kokia plitimo rizika[32], taip siekiant didinti asmenų pasitikėjimą[33]. Tie patys nuogąstavimai matyti skaitant Direktyvą 2004/33[34], kurios aiškus tikslas – užtikrinti žmonių sveikatos aukšto lygio apsaugą[35].

29. Taigi akivaizdu, kad Direktyvos 2004/33 priedus reikia aiškinti atsižvelgiant į šį tikslą. Be to, manau, Direktyvos 2004/33 III priedo 2.1. punktą, kaip, beje, savo procesiniuose dokumentuose pripažįsta Prancūzijos vyriausybė, reikia aiškinti taip, kad asmenims, kurių seksualinis elgesys kelia *didesnę* riziką užsikrėsti per kraują perduodamomis sunkiomis infekcinėmis ligomis, galutinai neleidžiama duoti kraujo. Toks aiškinimas atrodo ne tik tinkamas tam, kad Sąjungos teisės aktų leidėjo padarytas skirtumas tarp laikino atidėjimo motyvų ir nuolatinio draudimo motyvų išlaikytų savo reikšmę, bet ir atitinka mintį, kuri taip pat yra įtvirtinta direktyvoje, kuo labiau sumažinti bet kokią plitimo riziką. Be to, padidinta rizika lemia nuolatinį draudimą, o mažesnė, ne tokia didelė rizika lemia laikiną atidėjimą.

b) Ar tai, kad vyras turėjo[36] ar turi lytinių santykių su kitu vyru, reiškia „seksualinę elgseną“, kaip ji suprantama pagal Direktyvos 2004/33 III priedo 2.1 punktą?

30. Jei, atsižvelgiant į tai, kas nurodyta pirmiau, riba tarp laikino ir nuolatinio draudimo atrodo aiškesnė, belieka nustatyti tai, kas gali būti „seksualinė elgsena“, kelianti didesnę užkrėtimo grėsmę.

27 — Tarp daugelio teismo sprendimų žr. Sprendimą *Haasová* (C-22/12, EU:C:2013:692, 48 punktas ir jame nurodyta teismo praktika) ir *Drozdovs* (C-277/12, EU:C:2013:685, 39 punktas ir jame nurodyta teismo praktika).

28 — Pavyzdžiui, galima paminėti 1995 m. spalio 12 d. Europos Tarybos ministrų komiteto rekomendaciją Nr. R(95) 14 dėl donorų ir recipientų sveikatos apsaugos perpilant kraują.

29 — Žr. Direktyvos 2002/98 3 konstatuojamąją dalį. Dėl neprivalomų veiksmų, kurių imasi institucijos, žr. minėtos direktyvos 6–9 konstatuojamosios dalis.

30 — Žr. Direktyvos 2002/98 1, 3, 5 konstatuojamosios dalis ir 1 straipsnį.

31 — Direktyvos 2002/98 1 ir 2 konstatuojamosios dalys.

32 — Direktyvos 2002/98 24 konstatuojamoji dalis.

33 — Direktyvos 2002/98 3 ir 6 konstatuojamosios dalys.

34 — Žr., be kita ko, Direktyvos 2004/33 2 ir 4 konstatuojamosios dalis ir 4 ir 6 straipsnius.

35 — Direktyvos 2004/33 1 konstatuojamoji dalis.

36 — Kaip suformuluota klausimyne.

31. Šiuo aspektu Teisingumo Teismui pateiktoje medžiagoje nėra jokios informacijos, susijusios su Direktyvos 2004/33 parengiamaisiais darbais, kurie galėtų rodyti tai, kaip teisės aktų leidėjas ketino suprasti „seksualinę elgseną“, o direktyvoje šiuo klausimu nėra jokios apibrėžties. Europos Tarybos dokumentų analizė taip pat nepaaiškina daugiau, o Ministrų komitetas rizikingą seksualinį elgesį apibrėžė tiesiog kaip „seksualinę elgseną, keliančią riziką ar padidintą riziką atitinkamiems asmenims užsikrėsti sunkiomis infekcinėmis ligomis, kurios gali būti perduodamos per kraują“ [37]. Taigi šiuo klausimu reikia remtis bendrąja prasme.

32. Aiškinant vien pažodžiui, elgsena apibrėžia, kaip asmuo elgiasi, jo elgesio būdą, tai yra visos jo reakcijos, t. y. jo elgesys [38]. Elgsenos sąvoka *a priori* reiškia subjektyvų vertinimą, taigi seksualinė elgsena apibrėžiama pagal atitinkamo asmens seksualinius įpročius ir praktiką, kitaip tariant, konkrečiomis sąlygomis, kurioms esant praktikuojamas (-i) atitinkamas (-i) lytinis (-iai) santykis (-iai).

33. Todėl kyla klausimas, ar HSH taikomu nuolatiniu draudimu siekiama paveikti konkrečią lytinę orientaciją, ar labiau pačią tikrąją elgseną.

34. Iš tiesų draudimo kriterijus, taikomas Ministro nutarime, yra tas, kad vyras atliko ar atlieka lytinius veiksmus, kurie pasireiškia lytiniais santykiais su vyru, nesvarbu, kokios yra šio (-ių) santykio (-ių) sąlygos, dažnumas ar praktikavimas. Savaime suprantama, šis kriterijus nėra aiškiai ir tiesiogiai suformuluotas remiantis lytine orientacija, nes HSH kategorija nėra formaliai apibrėžta pagal lytinę orientaciją [39]. Vis dėlto daroma nepaneigiama prielaida, kad HSH santykiai neabejotinai ir nuolat kelia didesnę užkrėtimo riziką. O praktiškai tai yra iš esmės, jei ne išimtinai [40], visi homoseksualūs ir biseksualūs vyrai, kuriems faktiškai visam laikui uždraudžiama būti donorais dėl vienintelės priežasties, kad šie vyrai turėjo ar dabar turi lytinių santykių su kitu vyru.

35. Mano supratimu, nustatytas nacionalinis kriterijus yra suformuluotas pernelyg plačiai ir bendrai, o Sąjungos teisės aktų leidėjo vartojama sąvoka „seksualinė elgsena“ reikalauja nustatyti konkretų elgesį, požiūrį, dėl kurio numatomas donoras kelia didesnę užkrėtimo riziką. Beje, Komisija jau yra pabrėžusi tai, kad Direktyvoje 2004/33 numatyta „seksualinė elgsena“ neturi būti laikoma „lytinės orientacijos“ sinonimu [41].

36. Priešingai tam, ką teigia Prancūzijos vyriausybė, padarius išvadą, jog pagal Direktyvos 2004/33 III priedo 2.1 punktą reikalaujama niekada neleisti būti donorais asmenims, kurių nustatytas konkretus elgesys, detalizavus, kad jie kėlė ar kelia didesnę riziką, ir kuriam negali būti taikoma tokia bendra išimtis, kuri yra numatyta Ministro nutarime, Direktyvos 2004/33 III priedo 2.1 punkto veiksmingumas neišnyktų. Vis dėlto tikrai reikia patikslinti nuolatinio draudimo kriterijus. Tačiau jau galima galvoti apie profesionalius sekso paslaugų teikėjus (-as) [42], kurie (-ios), mano nuomone, atitinka nuolatinio draudimo taikymo sąlygas pagal minėto priedo 2.1 punktą.

37. Iš to, kas nurodyta, darytina išvada, jog Direktyvos 2004/33 III priedo 2.1 punktą reikia aiškinti taip, kad vien ta aplinkybė, jog vyras turėjo ar turi lytinių santykių su kitu vyru, savaime ir vien tik ji negali reikšti seksualinio elgesio, keliančio didesnę grėsmę užsikrėsti sunkiomis infekcinėmis ligomis, perduodamomis per kraują.

37 — Žr. minėtos Rezoliucijos CM/Res(2013) 1 priedą.

38 — Pagal apibrėžtį, pateiktą „Le petit Larousse illustré“, 2011, Larousse, Paryžius.

39 — Žr. HSH akronimo apibrėžtį šios išvados 16 išnašoje ir minėtos Rezoliucijos CM/Res(2013)3 trečią konstatuojamąją dalį.

40 — Komisijos rašytinėse pastabose iškelta hipotezė dėl dalies homoseksualių vyrų, kurie yra visiški abstinentai, taigi galėtų būti donorais, man atrodo, gana kraštutinė, todėl šiuose svarstymuose į ją galima neatsižvelgti.

41 — Žr. 2011 m. rugpjūčio 17 d. Komisijos atsakymą į 2011 m. liepos 1 d. Europos Parlamento nario klausimą su prašymu atsakyti raštu (E-006484/2011).

42 — Beje, šį atvejį savo 1998 m. birželio 29 d. Rekomendacijoje dėl kraujo ir plazmos donorų tinkamumo ir kraujo donorų praktinės diagnostikos Europos Bendrijoje (OL L 203, p. 14: tiksliau žr. minėtos rekomendacijos II priedo C punkto 1 papunktį) buvo numačiusi Europos Sąjungos Taryba, taip pat Europos Tarybos ministrų komitetas minėtos Rezoliucijos CM/Res(2013)3 trečioje konstatuojamojoje dalyje.

2. Dėl diskrecijos, kurią valstybės narės turi pagal Direktyvą 2004/33, ir joms pripažintos galimybės išlaikyti esamas ar nustatyti naujas griežtesnes apsaugos priemones

a) Sutarties nuostatų paisymas kaip nacionalinės kompetencijos įgyvendinimo apribojimas

38. Kaip jau pabrėžiau, Direktyva 2002/98, kurios techniniai reikalavimai nustatyti Direktyvoje 2004/33, priimta kaip teisiniu pagrindu remiantis EB 152 straipsnio 4 dalies a punktu, kuriame numatytos sąlygos, kurioms esant Taryba gali prisidėti prie tam tikrų tikslų pasiekimo, o konkrečiau – imtis „priemonių, nustatančių aukštus <...> kraujo ir kraujo darinių kokybės bei saugos standartus“. Minėto straipsnio a punkte dar patikslinta, kad „šios priemonės jokiai valstybei narei nekliudo ir toliau laikytis apsaugos priemonių arba jas sugriežtinti“ [43]. EB 152 straipsnio 5 dalyje patvirtinta, kad Bendrijos veiksmais visuomenės sveikatos srityje visiškai pripažįstama valstybių narių atsakomybė ir kad „konkrečiai 4 dalies a punkte nurodytos priemonės neturi įtakos nacionalinėms nuostatoms dėl <...> kraujo donorystės <...>“ [44]

39. Jeigu iš to, kas nurodyta, reikia daryti išvadą, kad Bendrijos (anksčiau) ir Sąjungos (dabar) veiksmų gali būti imamasi tik papildymo, skatinimo ar koordinavimo ir tikrai ne derinimo priemonių forma, Teisingumo Teismas niekada nėra aiškinęs šių nuostatų ta prasme, kad nacionalinėms priemonėms netaikoma jokia jų atitikties Sąjungos teisei kontrolė.

40. Socialinės apsaugos srityje Teisingumo Teismas yra nusprendęs, jog „neginčijama, kad Sąjungos teisė nepažeidžia valstybių narių kompetencijos tvarkyti savo socialinės apsaugos sistemas ir kad, nesant suderintų Europos Sąjungos teisės normų, socialinės apsaugos sistemos išmokų suteikimo sąlygos turi būti nustatytos kiekvienos valstybės narės teisės aktuose <…>. Taip pat pažymėtina, kad pagal EB 152 straipsnio 5 dalies nuostatas Sąjunga savo veikloje visuomenės sveikatos srityje visiškai pripažįsta valstybių narių kompetenciją organizuoti ir teikti sveikatos paslaugas ir sveikatos priežiūrą. Vis dėlto tai nepaneigia fakto, kad naudodamosi šia kompetencija valstybės narės turi laikytis Sąjungos teisės, ypač jos nuostatų, susijusių su laisve teikti paslaugas <…>. Teisingumo Teismas nusprendė, jog EB 152 straipsnio 5 dalimi neatmetama galimybė, kad kitomis Sutarties nuostatomis <...> valstybės narės bus įpareigotos iš dalies pakeisti savo socialinės apsaugos sistemas, *nelaikant, kad tokie pakeitimai pažeidžia jų išimtinę kompetenciją šioje srityje*“ [45].

41. Teisingumo Teismas *mutatis mutandis* taip pat turėtų nuspręsti, kad įpareigojimas įgyvendinant EB 152 straipsnio 5 dalyje numatytą kitą nacionalinę kompetenciją laikytis Sutarties nuostatų nepažeidžia šioje srityje valstybių narių turimos išimtinės kompetencijos. Neatrodo, kad to straipsnio pabaigoje esantis patikslinimas, konkrečiai susijęs su kraujo donoryste, tam prieštarautų.

42. Taigi susidūręs su nacionalinės teisės aktais, kuriais siekiama užtikrinti savanorišką ir neatlygininą donorystės pobūdį ir kurie atrodo labiau apsaugantys nei Direktyvos 2002/98 nuostatos [46], Teisingumo Teismas nesusiaurino savo kontrolės remdamasis tuo, kad nacionalinės tiesės aktai patenka į EB 152 straipsnio 5 dalies taikymo sritį. Atvirkščiai, šiems teisės aktams jis nustatė atitikties kitoms Sutarties nuostatoms kriterijų, anuo atveju – nuostatoms, susijusioms su laisvu prekių judėjimu. Be to, jis padarė išvadą, kad EB 28 straipsniu kartu su EB 30 straipsniu draudžiamas toks nacionalinis

43 — Dabar – SESV 168 straipsnio 4 dalies a punktas.

44 — Tuo pačiu klausimu dabar žr. SESV 168 straipsnio 7 dalį.

45 — Sprendimas *Komisija prieš Portugaliją* (C-255/09, EU:C:2011:695, 47–49 punktai ir jame nurodyta teismo praktika), kursyvu išskirta mano. Toje byloje Teisingumo Teismas taip pat pritarė generaliniam advokatui, kuris šiuo aspektu padarė išvadą, kad „Portugalijos Respublika negali sėkmingai remtis savo pirmine kompetencija organizuoti sveikatos apsaugą ir medicinos priežiūrą savo teritorijoje, kad išvengtų kitomis Sąjungos pirminės teisės nuostatomis jai nustatytų įpareigojimų“ (žr. generalinės advokatės V. Trstenjak išvados (EU:C:2011:246) 64 punktą).

46 — Tokia labiau apsauganti priemonė leidžiama pagal Direktyvos 2002/98 4 straipsnio 2 dalies antrą pastraipą.

reglamentavimas, kuriame numatyta, jog importuoti kraują ar jo komponentus iš kitos narės leidžiama tik su sąlyga, kuri taip pat taikoma ir nacionaliniams produktams, kad už kraują, iš kurio šie produktai gauti, donorai ne tik negavo jokio atlygio, bet ir neatlygintos išlaidos, kurių jie nurodė patyrę dėl kraujo davimo [47].

43. Galiausiai pažymiu, kad tai, jog Sutarties nuostatų paisymas yra natūrali nacionalinės kompetencijos įgyvendinimo riba, patvirtinta Direktyvos 2002/98 4 straipsnio 2 dalies pirmoje pastraipoje, pagal kurią „ši direktyva nedraudžia valstybei narei savo teritorijoje laikytis griežtesnių apsaugos priemonių, *atitinkančių Sutarties nuostatas*“ [48] , ar jas priimti, ir to neginčijo nei Prancūzijos vyriausybė [49], nei Komisija [50].

b) Ministro nutarimu netiesiogiai diskriminuojama dėl dvejopo lyties ir lytinės orientacijos derinio

44. Kadangi valstybių narių laisvė baigiasi, jeigu kyla grėsmė Sąjungos pirminės teisės paisymui, šiuo klausimu pažymėsiu tik tiek, kad Ministro nutarimu galutinai atmetant bet kokį vyrą, turintį ar turėjusį lytinių santykių su kitu vyru, donorų atrankos sistemoje nustatoma akivaizdi netiesioginė diskriminacija [51], pasireiškianti skirtingo požiūrio į lytį, pagal atitinkamą kriterijų numatant tik vyrus, ir į lytinę orientaciją, nes atitinkamas kriterijus apima beveik išimtinai tik homoseksualius ir biseksualius vyrus, deriniu.

45. Nors Rekomendacijoje R(95)14 priminta svarba vykdyti tinkamą donorų atranką, išvengiant bet kokios diskriminacijos galimybės, minėtoje Rezoliucijoje CM/Res(2013)3 pripažinta, kad HSH populiacijos, t. y. visos populiacijos kategorijos, atmetimas būtų taikomas, nesant galimybės patikslinti turimus statistinius duomenis atsižvelgiant į individualią riziką. Kalbant konkrečiau, HSH statistiniai duomenys reguliariai priešinami heteroseksualių asmenų duomenims, tai reiškia, kad HSH pagal bendrą ir mokslinį suvokimą tapo žodžių „homoseksualas“ ar „biseksualas“ sinonimu [52]. Homoseksualių ir biseksualių vyrų populiacijai neleidžiama duoti kraujo, ir tai uždraudžiama galutinai, taigi ji yra diskriminuojama. Sąjunga siekia kovoti su diskriminacija dėl lyties ir lytinės orientacijos, kaip tai patvirtina buvęs EB 13 straipsnis ir esamas SESV 19 straipsnis, taip pat Chartijos 21 straipsnis [53].

46. Aišku, galima teigti, kad bet koks atrankos mechanizmas savo pobūdžiu yra diskriminacinis. Vis dėlto reikia įsitikinti, kad šie požiūrio skirtumai yra pagrįsti ir proporcingi.

47 — Sprendimas *Humanplasma* (C-421/09, EU:C:2010:760, 46 punktas).

48 — Kursyvu išskirta mano.

49 — Žr. jos rašytinių pastabų 90 punktą.

50 — Žr. 2009 m. balandžio 1 d. Komisijos atsakymą į Europos Parlamento nario klausimą Nr. E-0910/2009 (jame nurodytas proporcingumo principo paisymas) ir 2011 m. rugpjūčio 17 d. Komisijos atsakymą į Europos Parlamento nario klausimą Nr. E-006484/2011 (kuriame visų pirma daroma nuoroda į Europos Sąjungos pagrindinių teisių chartijos (toliau – Chartija) (OL C 303, 2007, p. 1) 21 straipsnį).

51 — Mano supratimu, toks kvalifikavimas gali kelti abejonių. Teisingumo Teismas bent du kartus yra pripažinęs tiesioginę diskriminaciją, grindžiamą lytine orientacija, bylose *Maruko* (C-267/06, EU:C:2008:179) ir *Hay* (C-267/12, EU:C:2013:823). Pirmuoju atveju iš esmės buvo kalbama apie nacionalinės teisės aktus, kuriais pensiją buvo numatyta mokėti tik našliams (našlėms), suprantant, kad tik susituokęs asmuo gali turėti tokią savybę ir kad tos pačios lyties asmenys neturėjo galimybės tuoktis. Antruoju atveju buvo kalbama apie kolektyvinę sutartį, pagal kurią teisė į kasmetines atostogas ir priemokos išmokėjimą atsirado santuokos atveju, nenumatant atitinkamų teisių, jeigu atitinkami asmenys užregistruodavo civilinę partnerystę, kuri buvo vienintelė tos pačios lyties asmenims galima partnerystės forma. Tačiau abiem atvejais ir priešingai pagrindinėje byloje nagrinėjamam draudimui ne toks palankus vertinimas buvo susijęs su visa homoseksualų populiacija (moterimis ir vyrais).

52 — Be Prancūzijos vyriausybės pateiktų duomenų, taip pat žr. „VIH/sida en France: données de surveillance et études“, 2012 m. gruodžio 1 d. *Bulletin épidémiologique hebdomadaire*, Nr. 46–47, p. 523 (galima atsisiųsti adresu www.invs.sante.fr) arba *Institut français de veille sanitaire* diagramą dėl nustatyto teigiamo ŽIV kraujo tyrimo rezultato pagal užkrėtimo būdą ir gimimo šalį 2003–2011 m. (skelbiama adresu http://www.invs.sante.fr/Dossiers-thematiques/Maladies-infectieuses/VIH-sida-IST/Infection-a-VIH-et-sida/Donnees/Donnees-epidemiologiques-sur-l-infection-a-VIH-et-les-IST).

53 — Taip pat pažymiu, kad savo išvadoje byloje *Römer* (C-147/08, EU:C:2010:425) pateikęs analizę (jai visiškai pritariu) generalinis advokatas N. Jääskinen pasiūlė Teisingumo Teismui pripažinti diskriminacijos dėl lytinės orientacijos draudimą bendruoju teisės principu (žr. 122 ir paskesnius punktus). Vis dėlto savo sprendime (C-147/08, EU:C:2011:286) Teisingumo Teismas galėjo atsakyti į jam pateiktus prejudicinius klausimus, neišsakęs savo nuomonės minėtu klausimu. Galbūt dabar atėjo laikas pareikšti tokią poziciją, atsižvelgiant į tai, kad pagrindinėje byloje nagrinėjamas nutarimas priimtas 2009 m. sausio mėn., t. y. po Lisabonos sutarties įsigaliojimo, taigi prieš Chartijai tampant privaloma.

c) Ar skirtingas požiūris yra pateisinamas ir proporcingas?

47. Teisingumo Teismas nuolat primena, kad „žmonių sveikata ir gyvybė tarp Sutarties saugomų interesų užima svarbiausią vietą“ [54]. Ministro nutarimas, kuriuo HSH populiacijai visiškai ir nuolat uždraudžiama būti donorais, yra griežtesnė apsaugos priemonė, kaip ji suprantama pagal Direktyvos 2002/98 4 straipsnio 2 dalį, neginčijama, kad juo siekiama teisėto tikslo, t. y. kuo labiau sumažinti recipientų užkrėtimo riziką ir taip padėti siekti bendro tikslo užtikrinti visuomenės sveikatos aukšto lygio apsaugą, kuri dabar primenama ir SESV 168 straipsnio 1 dalyje, ir Chartijos 35 straipsnyje.

48. Nors pagrindinėje byloje nagrinėjamais nacionalinės teisės aktais siekiama teisėto tikslo, reikia patikrinti, ar jais, be kitų dalykų, paisoma proporcingumo principo, t. y. ar jie yra tinkami ir būtini numatytam tikslui pasiekti, turint omenyje, kad, jeigu galima pasirinkti iš kelių tinkamų priemonių, reikia imtis ne tokios suvaržančios, o sukelti nepatogumai neturi būti neproporcingi siekiamiems tikslams [55].

49. Pirma, taikant HSH populiacijai nuolatinį draudimą iš tikrųjų siekiama numatyto teisėto tikslo.

50. Antra, kalbant apie sukeliamus nepatogumus, atsižvelgiant į esamus interesus, juos reikia laikyti palyginti pakenčiamais, nes siekį uždrausti dėl priežasčių, susijusių su privačiu asmens gyvenimu, reikia įvertinti atsižvelgiant į aukštesnį recipientų sveikatos apsaugos interesą. Be to, galiu įsivaizduoti, kad nesuinteresuoto dosnumo ir solidarumo poelgio, koks yra kraujo davimas, uždraudimas gali lemti asmenų, kuriems šis draudimas taikomas, nesupratimo reakciją, tačiau reikia pripažinti, kad kraujo davimas savaime nėra teisė, kad jos universalumas niekada nebuvo pripažintas, nes donorai yra atrenkami ir šiuo atžvilgiu privalo atitikti tam tikras sąlygas, ir kad bet kuriuo atveju paskutinį žodį turi tarti tik medicinos institucijos, kurioms vienintelėms tenka visa tiesioginė atsakomybė už savo sprendimus [56].

51. Trečia, visuomenės sveikatos kontekste vertinant, kaip laikomasi proporcingumo principo, reikalaujama „atsižvelgti į tai, kad valstybė narė gali nuspręsti, kokio lygio visuomenės sveikatos apsaugą ji ketina užtikrinti ir kaip šis lygis turi būti pasiektas. Kadangi šis lygis įvairiose valstybėse narėse gali skirtis, valstybėms narėms turi būti suteikta diskrecija“ [57]. Todėl tai, kad valstybė narė nustato ne tokias griežtas taisykles, nei taikomos kitoje valstybėje narėje, savaime nereiškia, kad jos yra neproporcingos [58].

54 — Sprendimas *Müller Fleisch* (C-562/08, EU:C:2010:93, 32 punktas ir jame nurodyta teismo praktika). Taip pat žr. Sprendimą *Humanplasma* (EU:C:2010:760, 32 punktas).

55 — Žr. Sprendimą *Müller Fleisch* (EU:C:2010:93, 43 punktas).

56 — Žr. Europos Tarybos ministrų komiteto rezoliucijos CM/Res(2008)5 dėl donorų atsakomybės ir kraujo bei jo sudedamųjų dalių donorystės ribojimo 4.1 punktą, pagal kurį rekomenduojama užtikrinti, kad kraujo įstaigoms tektų galutinė atsakomybė už kraujo kokybę ir kad jos „būtų atsakingos už galutinį sprendimą priimti ar atmesti donorus, remiantis rizikos analize, grindžiama reguliariai atnaujinamais epidemiologiniais duomenimis, ir paisant recipientų teisės į sveikatos apsaugą ir iš to išplaukiančios pareigos sumažinti infekcinių ligų plitimo riziką. Šioms teisėms ir pareigoms teikiama pirmenybė prieš visus kitus motyvus, *įskaitant asmenų norą duoti savo kraujo*“ (kursyvu išskirta mano).

57 — Sprendimas *Humanplasma* (EU:C:2010:760, 39 punktas) ir Sprendimas *Venturini ir kt.* (C-159/12–C-161/12, EU:C:2013:791, 59 punktas ir jame nurodyta teismo praktika).

58 — Sprendimas *Müller Fleisch* (EU:C:2010:93, 45 punktas ir jame nurodyta teismo praktika) ir Sprendimas *Humanplasma* (EU:C:2010:760, 40 punktas).

52. Konkrečiai kalbant, tai reiškia, jog į aplinkybę, kad Ispanija, Italija, Slovakija, Suomija ir Jungtinė Karalystė nei nuolat, nei galutinai nedraudžia HSH populiacijai duoti kraujo [59], nereikia atsižvelgti sprendžiant, ar Prancūzijos vyriausybė gali imtis vienodo požiūrio principą ne taip ribojančios priemonės, kuria galima pasiekti tą patį rezultatą. Juo labiau taip yra todėl, kad rizikos lygis valstybėse narėse nėra vienodas, nes jų epidemiologinė padėtis, visų pirma susijusi su ŽIV infekcija, yra labai skirtinga, ir kad neginčijama, jog Prancūzijoje tarp HSH populiacijos ŽIV yra ypač paplitęs [60].

53. Tačiau siekdamas nustatyti, ar Ministro nutarime numatytas nuolatinis draudimas neviršija to, kas yra būtina, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas turės patikrinti tam tikrus aspektus, kurių, atsižvelgdamas į byloje pateiktą medžiagą, negali patikrinti Teisingumo Teismas.

54. Taigi pirmiausia reikia atsižvelgti į Prancūzijai būdingą epidemiologinę padėtį, įsitikinus, kad pateikti statistiniai duomenys yra naujausi [61], reprezentatyvūs ir patikimi.

55. Antra, reikia patikrinti kai kuriuos aspektus, susijusius su techniniais klausimais sveikatos srityje.

56. Prancūzijos vyriausybės argumentai susiję beveik vien su HSH populiacijos keliama rizika užkrėsti ŽIV. Nors nuolatinis draudimas dėl „inkubacinio laikotarpio“ yra iš esmės pateisinamas recipientui keliama rizika, pažymiu, kad Prancūzijos vyriausybė nurodė, jog apskaičiuota, kad ilgesnis laikotarpis, susijęs su ŽIV 2 virusu, yra 22 dienos. Jeigu neklystu, maksimalus kraujo laikymo terminas yra maždaug 45 dienos. Nuolatinis HSH populiacijai priklausančių donorų izoliavimas tokiam laikotarpiui, prieš juos patikrinant, gali būti objektyvus sprendimas, leidžiantis geriausiai pasiekti numatytą tikslą.

57. Taigi prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas turi kelti klausimą, ar tokia izoliacija yra ekonomiškai priimtina ir moksliškai įmanoma dėl visų ar kai kurių kraujo sudedamųjų dalių. Visų pirma jis turi patikrinti, ar tai nekenkia kraujo perpylimo grandinės geram veikimui. Šiuo tikslu jis galėtų, pavyzdžiui, remtis ataskaitos dėl kraujo grandinės išvadomis, kurią 2013 m. socialinių reikalų ir sveikatos ministrui pateikė Prancūzijos parlamento narys Olivier Véran (toliau – Véran ataskaita) ir kurioje nurodyta, kad „ekspertai sutartinai tvirtina, kad sisteminis plazmos karantinas, siejamas su virusų diagnostika, galėtų neutralizuoti bet kokią virusų plitimo riziką“ [62]. Recipientų sveikatos apsaugos požiūriu toks sprendimas atrodo optimalus – viena, jis leidžia išspręsti problemas, susijusias su galimu HSH populiacijos diskriminacijos pojūčiu, dėl kurio gali būti paskatinta meluoti atsakinėjant į klausimyną, ir, kita, visi donorai būtų vertinami vienodai, leidžiant, kad prieš juos tikrinant praeitų laikotarpis, per kurį viruso neįmanoma aptikti, ir taip užtikrinant beveik nulinę riziką. Pažymiu, kad Prancūzijos vyriausybės pastabose (nors jos pateiktos vėliau negu ši ataskaita) pastaroji galimybė neminima.

58. Be to, kyla šiokių tokių abejonių dėl nuolatinio draudimo nuoseklumo. Taikant Ministro nutarimu nustatytą nuolatinę kontraindikaciją ir ją vertinant kartu su minėtu klausimynu [63], tai, kad vyras bent kartą gyvenime, nors ir prieš dešimt metų, turėjo lytinių santykių su kitu vyru, reiškia, kad jam yra galutinai neleidžiama duoti kraujo. Iš to reikia padaryti išvadą, kad riziką keliančio elgesio dabartinis

59 — Ispanijoje ir Italijoje numatytas tik laikinas atmetimas, jeigu yra keli partneriai arba jie keičiami, neatsižvelgiant į atitinkamo santykio pobūdį (pakeitus teisės aktus tuo metu, kai Europos Žmogaus Teisių Teismas nagrinėjo bylą, jis galėjo nebetikrinti, ar tai, kad homoseksualams neleidžiama duoti kraujo, atitinka EŽTK – žr. 2002 m. spalio 15 d. EŽTT Sprendimą *Tosto prieš Italiją*, pareiškimo Nr. 49821/99); Slovakijoje (kaip matyti iš 2009 m. vasario 17 d. Europos Parlamento nario klausimo Nr. E-0910/09 teksto) ir galiausiai Suomijoje ir Jungtinėje Karalystėje pasirinktas 12 mėnesių abstinencijos reikalavimas, taikomas vyrams, pripažinusiems, kad turėjo lytinių santykių su kitu vyru.

60 — Jeigu būtų remiamasi Prancūzijos vyriausybės pateiktais duomenimis, kurie, atrodo, yra patvirtinti specialiojoje ataskaitoje „Thematic report: Men who have sex with men (MSM) – Monitoring implementation of the Dublin Declaration on Partnership to fight HIV / AIDS in Europe and Central Asia: 2012 progress“ (visų pirma žr. p. 4, 5 ir 2 priedą), kurią parengė Europos ligų prevencijos ir kontrolės centras, įsteigtas pagal 2004 m. balandžio 21 d. Europos Parlamento ir Tarybos reglamentą (EB) Nr. 851/2004 (OL L 142, p. 1; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 15 sk., 8 t., p. 346).

61 — Sprendimas *Prancūzija prieš Komisiją* (C-601/11 P, EU:C:2013:465, 136 punktas).

62 — Žr. minėtos ataskaitos p. 35.

63 — Žr. šios išvados 9 punktą.

pobūdis neturi reikšmės, nors, kadangi visi kraujo ėminiai yra tikrinami dėl ŽIV, iš tiesų tai inkubacinis laikotarpis yra pats svarbiausias, keliantis didžiausią grėsmę recipientams [64]. Tačiau, nors pagrindinis motyvas yra inkubacinis laikotarpis, galima įsivaizduoti, kad laikinas atidėjimas, nustatytas atsižvelgiant į paskutinių santykių datą, būtų tinkamesnis.

59. Kartu galima kelti klausimą, dėl kokių priežasčių nėra konkrečios kontraindikacijos moteriai, kurios partneris priklauso HSH populiacijai. Be to, asmeniui, kurio partnerio kraujo tyrimo rezultatas yra teigiamas, taikoma laikina keturių mėnesių kontraindikacija. Viena vertus, galima įsivaizduoti, kad tokia pora yra vertinama budriau, tačiau, kita vertus, taip pat galima manyti, kad tokiu atveju rizika yra reali, o HSH populiacijai, individualiai neišnagrinėjus praktikos, ji atrodo ne tokia reali. Be to, reikia palyginti atvejį vyro, kuris kartą ar keletą kartų savo gyvenime turėjo saugius homoseksualius lytinius santykius su kitu vyru ir kuriam galutinai draudžiama duoti kraujo, ir atvejį heteroseksualaus asmens, kuris turi reguliarius nesaugius lytinius santykius, tačiau kuriam taikoma tik laikina kontraindikacija. Ar tokiu atveju nuolatinį draudimą gali pateisinti tik priklausymas HSH populiacijai?

60. Grįždamas prie statistinių duomenų, pažymiu, kad 2011 m. teigiamas kraujo testas buvo nustatytas 2 400 HSH populiacijai priklausančių asmenų. Tais pačiais metais per heteroseksualius santykius užsikrėtė 3 500 asmenų, iš jų 2 400 buvo užsienyje gimę heteroseksualai [65]. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas turi išsiaiškinti ir patikslinti priežastis, dėl kurių šiai donorų kategorijai pagal pagrindinėje byloje nagrinėjamą Ministro nutarimą netaikoma jokia kontraindikacija [66].

61. Galiausiai, o tai turbūt svarbiausia, klausimynas galėtų būti pertvarkytas, kad parodytų HSH populiacijos rizikingą elgesį; tai, kaip matyti, jis parodė likusios donorų populiacijos atveju. Tikslingiau suformuluoti klausimai, susiję su tuo, kiek laiko praėjo nuo paskutinių lytinių santykių, taip pat su partnerių skaičiumi, santykių pobūdžiu, santykių saugumu, dažnu lankymusi naktinio pasilinksminimo vietose, leistų nustatyti ne lytinę orientaciją, bet, priešingai, įvertinti, kokio lygio riziką dėl savo paties seksualinio elgesio individualiai kelia kiekvienas donoras [67].

62. Iš to, kas nurodyta, darytina išvada, jog prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas turi įsitikinti, kad, taikydama nuolatinį draudimą duoti kraujo vyrams, turėjusiems ar turintiems lytinių santykių su vyrais, Prancūzijos vyriausybė įgyvendino diskreciją, kuri yra tradiciškai pripažįstama valstybėms narėms visuomenės sveikatos srityje, laikydamasi nediskriminavimo dėl lytinės orientacijos principo ir visų pirma proporcingumo principo reikalavimų. Tikrinant, ar galutinio draudimo priemonė neviršija to, kas yra būtina teisėtam recipientų sveikatos apsaugos tikslui pasiekti, jam visų pirma reikia įsitikinti, kad: 1) Prancūzijai būdinga epidemiologinė padėtis, pristatyta Teisingumo Teismui, yra pagrįsta patikimais, reprezentatyviais ir naujausiais statistiniais duomenimis, ir 2) pagal turimas mokslines žinias neįmanoma, netaikant pernelyg didelių kraujo perpylimo grandinės suvaržymų, numatyti duoto kraujo karantino priemonių, taikomų, kol baigsis inkubacinis laikotarpis. Be to, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas taip pat turi nustatyti konkrečias priežastis, dėl kurių individualios rizikos vertinimas, pateikiant galbūt pertvarkytą klausimyną, ir individuali medicininio personalo priežiūra, siekiant nustatyti, ar numatomo donoro seksualinis elgesys yra „rizikingas“, nors jis yra galimas likusiai populiacijai, yra netinkamas siekiant pakankamai užtikrinti recipientų apsaugą, kalbant apie kraują, kurį duoda vyrai, turėję ar turintys lytinių santykių su vyrais.

64 — Europos Tarybos ministrų komiteto rekomendacijos Nr. R(95) 14 20 straipsnyje nurodyta, kad „(laikinas arba galutinis, atsižvelgiant į atvejį) atidėjimas turėtų būti pripažintas asmenims, priklausantiems kategorijoms, kurios dėl savo ligos istorijos ar *esamos* veiklos ir elgesio kelia infekcinių ligų perdavimo riziką“ (kursyvu išskirta mano).

65 — Šaltinis: minėta *Institut français de veille sanitaire* 2003–2011 m. diagrama dėl teigiamų ŽIV atvejų skaičiaus pagal užsikrėtimo būdą ir gimimo šalį. Iš esmės kalbama apie asmenis, gimusius Užsacharo Afrikoje (77 %), ir moteris (58 %).

66 — Aišku, kad dėl to, jog HSH populiacija yra gerokai mažesnė už heteroseksualią populiaciją, HSH populiacijos užsikrėtimo procentas yra proporcingai didesnis, tačiau ne į tai noriu atkreipti dėmesį. Vis dėlto taip pat nepaneigiama, kad užsienyje gimę heteroseksualūs asmenys yra ta kategorija, kuriai kyla ypač didelė rizika užsikrėsti ŽIV, bet jai pagal Ministro nutarimą netaikoma jokia ypatinga atsargumo priemonė.

67 — Šiuo klausimu pažymiu, kad taip pat kalbama apie minėtoje Véran ataskaitoje esančią rekomendaciją; žr. šios ataskaitos p. 36.

V – **Išvada**

63. Atsižvelgdamas į visa tai, kas išdėstyta, siūlau Teisingumo Teismui į *Tribunal administratif de Strasbourg* pateiktą klausimą atsakyti taip: 2004 m. kovo 22 d. Komisijos direktyvos 2004/33/EB, įgyvendinančios Europos Parlamento ir Tarybos Direktyvą 2002/98/EB dėl tam tikrų kraujo ir kraujo komponentų techninių reikalavimų, III priedo 2.1 punktą reikia aiškinti taip, kad vien ta aplinkybė, jog vyras turėjo ar turi lytinių santykių su kitu vyru, savaime ir vien tik ji negali reikšti seksualinio elgesio, keliančio didesnę grėsmę užsikrėsti sunkiomis infekcinėmis ligomis, perduodamomis per kraują. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas turi įsitikinti, kad, taikydama nuolatinį draudimą duoti kraujo vyrams, turėjusiems ar turintiems lytinių santykių su vyrais, Prancūzijos vyriausybė įgyvendino diskreciją, kuri yra tradiciškai pripažįstama valstybėms narėms visuomenės sveikatos srityje, laikydamasi nediskriminavimo dėl lytinės orientacijos principo ir visų pirma proporcingumo principo reikalavimų. Tikrinant, ar galutinio draudimo priemonė neviršija to, kas yra būtina teisėtam recipientų sveikatos apsaugos tikslui pasiekti, minėtam teismui visų pirma reikia įsitikinti, kad: 1) Prancūzijai būdinga epidemiologinė padėtis, pristatyta Teisingumo Teismui, yra pagrįsta patikimais, reprezentatyviais ir naujausiais statistiniais duomenimis, ir 2) pagal turimas mokslines žinias neįmanoma, netaikant pernelyg didelių kraujo perpylimo grandinės suvaržymų, numatyti duoto kraujo karantino priemonių, taikomų, kol baigsis inkubacinis laikotarpis. Be to, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas taip pat turi nustatyti konkrečias priežastis, dėl kurių individualios rizikos vertinimas, pateikiant galbūt pertvarkytą klausimyną, ir individuali medicininio personalo priežiūra, siekiant nustatyti, ar numatomo donoro seksualinis elgesys yra „rizikingas“, nors jis yra galimas likusiai populiacijai, yra netinkamas siekiant pakankamai užtikrinti recipientų apsaugą, kalbant apie kraują, kurį duoda vyrai, turėję ar turintys lytinių santykių su vyrais.