Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA PAOLA MENGOZZIJA
od 17. srpnja 2014.[1]

Predmet C-528/13

Geoffrey Léger
protiv
Ministre des affaires sociales, de la santé et des Droits des femmes
i
Établissement français du sang

(zahtjev za prethodnu odluku koji je postavio tribunal administratif de Strasbourg (Francuska))

„Javno zdravlje – Davanje krvi – Kriteriji prikladnosti davatelja – Kriteriji za trajno ili privremeno odbijanje – Trajno odbijanje muškaraca koji su imali spolne odnose s drugim muškarcem – Načelo nediskriminacije na temelju spolne orijentacije – Proporcionalnost“

Sadržaj

I – Pravni okvir 2

A – Pravo Unije 2

B – Francusko pravo 3

II – Glavni postupak i prethodno pitanje 4

III – Postupak pred Sudom 5

IV – Pravna analiza 5

A – Sažetak stajališta francuske vlade 5

B – Ocjena 7

1. Tumačenje točke 2.1. Priloga III. Direktivi 2004/33 7

a) Točka 2.1. Priloga III. Direktivi 2004/33 može se primijeniti samo ako postoji visok rizik dobivanja ozbiljnih zaraznih bolesti prenosivih krvlju 7

1 — Izvorni jezik: francuski

b) Predstavlja li činjenica da je muškarac imao ili ima spolne odnose s drugim muškarcem „seksualno ponašanje“ u smislu točke 2.1. Priloga III. Direktivi 2004/33? 9

2. Margina prosudbe koju Direktiva 2004/33 ostavlja državama članicama i mogućnost koju one imaju da zadrže ili uvedu strože zaštitne mjere 10

a) Poštovanje odredaba Ugovora kao ograničenje korištenja nacionalnim ovlastima ... 10

b) Ministarska odluka uključuje neizravnu diskriminaciju na temelju spola i spolne orijentacije zajedno 11

c) Je li razlika u postupanju opravdana i proporcionalna? 12

V – Zaključak 15

1. Ovaj zahtjev za prethodnu odluku postavlja delikatno pitanje o usklađenosti s pravom Unije nacionalne mjere koja kao davatelje krvi trajno odbija muškarce koji su imali ili imaju spolne odnose s drugim muškarcima.

I – **Pravni okvir**

A – *Pravo Unije*

2. Pravni okvir prava Unije može se sažeti na sljedeći način.

3. Direktiva 2002/98/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 27. siječnja 2003. o utvrđivanju standarda kvalitete i sigurnosti za prikupljanje, ispitivanje, preradu, čuvanje i promet ljudske krvi i krvnih sastojaka i o izmjeni Direktive 2001/83/EZ[2], donesena na temelju članka 152. stavka 4. točke (a) UEZ-a, potječe od zaključka zakonodavca Unije da postoji situacija u kojoj „kvaliteta i sigurnost [pune krvi, plazme i krvnih stanica ljudskog podrijetla], kada su namijenjeni transfuziji a ne preradi, ne podliježe ni jednom obvezujućem zakonodavstvu Zajednice“[3]. Stoga je dio namjere zakonodavca bio donijeti odredbe kojima se „bez obzira na namjenu […] osigura[va] usporediva kvaliteta i sigurnost krvi i njezinih sastojaka u cijelom transfuzijskom lancu država članica“, dok će postavljanje visokih standarda kvalitete i sigurnosti pomoći smiriti javnost[4]. Stoga je cilj Direktive 2002/98 utvrditi standarde kvalitete i sigurnosti ljudske krvi i krvnih sastojaka, kako bi se osigurala visoka razina zaštite zdravlja ljudi[5]. Direktiva od država članica posebice zahtijeva da samo uredno imenovane i akreditirane ustanove mogu dobiti dozvolu za prikupljanje, ispitivanje, pripremu, čuvanje i promet krvlju i krvnim sastojcima te da su te ustanove podložne inspekcijama i mjerama kontrole[6]. Također uspostavlja načela sljedivosti krvi, neplaćenosti i dobrovoljnosti davanja kao i obveznog ispitivanja svake doze prikupljene krvi[7].

2 — (SL L 33, str. 30.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 15., svezak 12., str. 83.)

3 — Uvodna izjava 3. Direktive 2002/98

4 — Uvodna izjava 3. Direktive 2002/98

5 — Članak 1. Direktive 2002/98

6 — Članci 5. i 8. Direktive 2002/98

7 — Članak 14., 20. odnosno 21. i Prilog IV. Direktivi 2002/98

4. S druge strane, uvjeti koji se odnose na prikladnost davatelja krvi i plazme, točnije kriteriji trajnog odbijanja i kriteriji privremenog odbijanja, nisu propisani Direktivom 2002/98, već su, naprotiv, doneseni u Direktivi 2004/33/EZ od 22. ožujka 2004. o provedbi Direktive 2002/98/EZ Europskog parlamenta i Vijeća u odnosu na određene tehničke zahtjeve za krv i krvne sastojke [8], putem postupka komitologije predviđenog u članku 28. Direktive 2002/98 [9].

5. Znači da je Direktiva 2004/33 ta koja je postavila te zahtjeve. Njezin Prilog III. postavlja kriterije prikladnosti davatelja pune krvi ili krvnih sastojaka. Točka 2. Priloga III. navodi kriterije odbijanja navedenih davatelja.

6. U tablici u točki 2.1. Priloga III. nabrojeni su kriteriji za odbijanje kandidata za davanje alogeničnih doza [10]. Opis seksualnog ponašanja, kako ga predviđa tablica, formuliran je na sljedeći način: „Osobe koje njihovo seksualno ponašanje dovodi u visok rizik dobivanja ozbiljnih zaraznih bolesti koje se mogu prenositi krvlju“.

7. Točka 2.2. Priloga III. nabraja kriterije za privremeno odbijanje kandidata za davanje alogeničnih doza, a točka 2.2.2. tog priloga pobliže navodi kriterije za odbijanje koji su povezani s izloženošću riziku dobivanja zaraze koja se prenosi transfuzijom. Dio tablice posvećen „[o]sob[ama] koje su zbog svojeg ponašanja ili aktivnosti izložene riziku dobivanja zaraznih bolesti koje se mogu prenijeti krvlju“ propisuje sljedeću iznimku: „Odbijanje davatelja nakon prestanka rizičnog ponašanja kroz razdoblje koje ovisi o bolesti o kojoj se radi te o raspoloživosti odgovarajućih testova“.

B – *Francusko pravo*

8. Ministrica zdravlja i sporta donijela je 12. siječnja 2009. odluku kojom uspostavlja kriterije odabira davatelja krvi (u daljnjem tekstu: ministarska odluka) [11].

9. Članak 1. ministarske odluke uspostavlja uvjete u kojima se može dati krv. Sukladno članku 1. stavku V. točki 1., koji se odnosi na klinička obilježja davatelja, osoba ovlaštena za odabir davatelja ocjenjuje mogućnost davanja s obzirom na kontraindikacije, njihovo trajanje, povijest i razvoj zahvaljujući dodatnim pitanjima iz upitnika koji prethodi davanju [12]. Kad je prikladno, ta se pitanja postavljaju tijekom razgovora prije davanja, koji je usustavljen. Prema toj odredbi, kandidat se odbija za davanje ako postoji kontraindikacija navedena u jednoj od tablica iz Priloga II. ministarskoj odluci. Predviđeno je da zdravstvene službe mogu izmijeniti, nadodati ili oduzeti kontraindikacije za davanje krvi s obzirom na posebna epidemiološka stanja ili podatke iz hematološkog nadzora.

8 — (SL L 91, str. 25.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 15., svezak 14., str. 14.)

9 — Vidjeti članak 29. Direktive 2002/98.

10 — Tj. doza namijenjenih drugim pojedincima, a ne samom davatelju, što je jedina situacija koja nas zanima u sklopu ovog predmeta (vidjeti točku 2. Priloga I. Direktivi 2004/33).

11 — SL RF od 18. siječnja 2009.

12 — Upitnik [na francuskom jeziku] dostupan je ovdje: http://www.dondusang.net/content/medias/media1832_giCQxWpZDhBErjG.pdf?finalFileName=Questionnaire_pr %E9-don_pour_la_m % E9tropole.pdf.

10. Prilog II. ministarskoj odluci sadrži tablice s kontraindikacijama. Točnije, tablica B nabraja kontraindikacije u slučaju rizika za primatelja. Dio tablice B koji se odnosi na rizik povezan s prenošenjem virusne infekcije izgleda ovako:

Prenošenje virusne infekcije	Rizik izlaganja kandidata za davanje uzročniku infekcije koji se prenosi spolnim putem	Nezaštićeni spolni odnos(i) s povremenim partnerom	KI[1] u trajanju od četiri mjeseca od posljednjeg nezaštićenog spolnog odnosa
		Više spolnih partnera: više od jednog partnera u posljednja četiri mjeseca	KI u trajanju od četiri mjeseca od prestanka postojanja situacije s više partnera
		Muškarac koji je imao spolne odnose s drugim muškarcem	Trajna KI
		Nezaštićeni spolni odnos s novim partnerom u posljednja manje od dva mjeseca	KI u trajanju od četiri mjeseca od posljednjeg nezaštićenog spolnog odnosa
		Partner koji je sam imao više od jednog partnera u posljednja četiri mjeseca	KI u trajanju od četiri mjeseca
		Partner koji je pomoću injekcije koristio droge ili dopinške supstancije te bez poznatog HIV[2] ili HBV stanja	KI u trajanju od četiri mjeseca od posljednjeg spolnog odnosa
		Partner pozitivan na: HIV, HTLV, HCV, HBV (AgHBs+)	KI u trajanju od četiri mjeseca od posljednjeg spolnog odnosa. […]
		Partner koji je nedavno imao spolno prenosivu infekciju ili se od nje liječi	KI u trajanju od četiri mjeseca od partnerova ozdravljenja

1 – KI: kontraindikacija

2 – HIV: virus humane imunodeficijencije

II – **Glavni postupak i prethodno pitanje**

11. Liječnik pri EFS-u (Établissement français du sang) odbio je 29. travnja 2009. G. Légera kao davatelja krvi jer se potonji izjasnio da je homoseksualac.

12. U odluci o odbijanju liječnik pri EFS-u primijenio je ministarsku odluku prema kojoj se činjenica da je kandidat za davanje imao spolne odnose s drugim muškarcem smatra trajnom kontraindikacijom.

13. G. Léger sudu koji je uputio zahtjev podnio je tužbu za poništenje protiv te odluke. On posebice tvrdi da, time što propisuje gorenavedenu trajnu kontraindikaciju, ministarska odluka ne poštuje odredbe Direktive 2004/33, točnije njezinog Priloga II. točke B [13] te Priloga III. točke 2.1. Ministarska odluka usto također krši članke 3., 8. i 14. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (u daljnjem tekstu: EKLJP) kao i načelo jednakosti.

14. Tako je, suočen s teškoćom u tumačenju prava Unije, tribunal administratif de Strasbourg odlučio prekinuti postupak te je Sudu odlukom koju je tajništvo Suda zaprimilo 8. listopada 2013., na temelju članka 267. UFEU-a, postavio sljedeće prethodno pitanje:

„S obzirom na Prilog III. Direktivi [2004/33/EZ], predstavlja li okolnost da je muškarac imao spolne odnose s drugim muškarcem sama po sebi seksualno ponašanje kojim se dovodi u rizik dobivanja ozbiljnih zaraznih bolesti koje se mogu prenositi krvlju te opravdava trajno odbijanje za davanje krvi osoba koje su imale te spolne odnose ili samo može predstavljati, s obzirom na okolnosti pojedinog slučaja, seksualno ponašanje kojim se dovodi u visok rizik dobivanja ozbiljnih zaraznih bolesti koje se mogu prenositi krvlju te opravdava privremeno odbijanje osobe za davanje krvi u trajanju određenom nakon prestanka rizičnog ponašanja?“

III – **Postupak pred Sudom**

15. Samo su francuska vlada i Europska komisija podnijele pisana očitovanja Sudu.

IV – **Pravna analiza**

A – *Sažetak stajališta francuske vlade*

16. Francuska vlada smatra da Direktivi 2004/33 nije protivno da država članica smatra da okolnost da je muškarac imao spolne odnose s drugim muškarcem (MSM) [14] predstavlja seksualno ponašanje kojim se dovodi u rizik dobivanja ozbiljnih zaraznih bolesti koje se mogu prenositi krvlju te opravdava trajno odbijanje za davanje krvi.

17. Kao prvo, seksualno ponašanje muškarca koje se sastoji u tome da ima spolne odnose s drugim muškarcem samo po sebi predstavlja seksualno ponašanje takve prirode da opravdava trajno odbijanje za davanje krvi. Direktiva 2002/98 dio je šireg konteksta uspostave zajedničke politike javnog zdravlja i teži postavljanju povišenih standarda kvalitete i sigurnosti – što su sveprisutni ciljevi te direktive – koordiniranim pristupom sigurnosti krvi, zbog različitih slučajeva infekcija putem transfuzije. Direktiva 2002/98 tako je donesena na temelju članka 152. stavka 2. točke (a) UEZ-a. Također, primarni je cilj i

13 — Dio B Priloga II. Direktivi odnosi se na informacije koje krvna ustanova treba dobiti od davatelja prilikom svakog davanja.

14 — Kratica MSM označava engleski izraz men having sex with men koji su epidemiolozi razvili 1990-ih kako bi opisali muškarce koji imaju spolne odnose s drugim muškarcima, neovisno o njihovim eventualnim spolnim odnosima sa ženama ili o njihovom biseksualnom ili homoseksualnom identitetu na osobnom ili društvenom planu (izvor: Guide de terminologie de l'ONUSIDA, revidirana verzija, listopad 2011., str. 19.).

zaštita primatelja krvi te u tom pogledu Direktiva inzistira na tome da se doze trebaju uzeti od pojedinaca čije je zdravstveno stanje takvo da davanje krvi neće izazvati negativne posljedice i da je rizik od prenošenja zaraznih bolesti maksimalno umanjen [15]. Točnije, odabir davatelja jedno je od triju sredstava za smanjenje tog rizika [16].

18. Iako Direktiva predviđa da se subjekti koje seksualno ponašanje dovodi u rizik dobivanja ozbiljnih zaraznih bolesti koje se mogu prenositi krvlju trajno odbijaju za davanje krvi, ona ipak ne definira to ponašanje. Osim toga, isto to izlaganje riziku navedeno je u točki 2.2.2. Priloga III. toj direktivi, koja se odnosi na kriterije za privremeno odbijanje. Štoviše, u drugim jezičnim verzijama postoje razilaženja. U tom se slučaju prema stalnoj sudskoj praksi Suda potrebno osloniti na opću strukturu i krajnji cilj direktive, što je, prema francuskoj vladi, maksimalno ograničenje rizika i uspostava povišenih standarda sigurnosti i kvalitete. U tom kontekstu prijelazni rizik opravdava privremeno odbijanje, dok veći rizik, koji može opravdati strožu mjeru, može obrazložiti trajno odbijanje. Budući da djelatnost Unije u ovom području nadopunjava onu država članica, uz poštovanje njihovih odgovornosti [17], ocjena rizika je na državama članicama s obzirom na njihova vlastita epidemiološka stanja.

19. Francuska vlada s tim u vezi spominje statističke podatke koji pokazuju da je udio pojedinaca koji žive s HIV-om [18] 65 puta veći u populaciji MSM-a nego u ostatku populacije. Što se tiče pojavnosti zaraze HIV-om [19], u 2008. godini od 6940 novih zabilježenih slučajeva infekcije 3320 pripadalo je populaciji MSM-a. Uzimajući u obzir dijagnostički prozor tijekom kojeg se virusi HIV 1 i HIV 2 ne mogu otkriti testiranjem – u trajanju od 12 za prvi odnosno 22 dana za drugi virus – takva je situacija osobito problematična za davanje krvi. Vijeće Europe u svojoj rezoluciji od 27. ožujka 2003. [20] osim toga potvrdilo je da je populacija MSM-a izložena visokom riziku zaraze, pa stoga i prenošenja ozbiljnih zaraznih bolesti prenosivih krvlju.

20. Kao drugo, francuska vlada smatra da, s obzirom na ove navode, primjena samo privremenog odbijanja ne bi bila moguća. Vijeće Europe tako podržava to da se privremena kontraindikacija primijeni tek pošto je utvrđeno da ponašanje u pitanju ne predstavlja visok rizik. Isto to Vijeće prilikom ocjene transfuzijske sigurnosti doza koje potječu iz populacije MSM-a zaključilo je da postoji povećanje rizika prenošenja HIV-a [21]. Francuska vlada smatra da „ponašanje“ MSM-a izlaže visokom, neprivremenom riziku, kao što o tome svjedoče već navedeni statistički podaci. Ta vlada pridodaje da preostali rizik infekcije HIV-om – to jest odnos između zaraženih doza u odnosu na ukupan broj doza – iznosi jednu potencijalno zaraznu dozu na njih 2.900.000 te da polovica doza zaraženih HIV-om potječe iz populacije MSM-a, koja sve više i više teži ka davanju krvi, unatoč trajnoj kontraindikaciji. Francuska vlada smatra da bi prelazak s trajne na privremenu zabranu dao lažni signal populaciji MSM-a, koja unatoč svemu trenutačno ima tendenciju samoisključenja iz transfuzijskog lanca, te bi također pretvorio davanje krvi u dodatan način testiranja na HIV i smanjio doseg javne rasprave o prevenciji HIV-a.

15 — Uvodna izjava 24. Direktive 2002/98

16 — Uz podvrgavanje svake doze testiranjima i postupku smanjivanja virulentnosti

17 — Francuska vlada ovdje spominje članak 168. stavak 7. UFEU-a.

18 — Tj. učestalost, tradicionalno definirana kao udio pojedinaca koji žive s HIV-om u određenoj populaciji u zadanom trenutku (izvor: gorenavedeni Guide terminologique de l'ONUSIDA, str. 23.).

19 — Tj. broj novih osoba koje su zaražene HIV-om tijekom zadanog razdoblja u zadanoj populaciji (izvor: Guide de terminologie de l'ONUSIDA, str. 16.).

20 — Rezolucija CM/Res(2013)3 Odbora ministara Vijeća Europe od 27. ožujka 2013. u vezi sa seksualnim ponašanjima davatelja krvi koja imaju utjecaj na transfuzijsku sigurnost

21 — Francuska vlada u vezi s tim oslanja se na gorenavedenu Rezoluciju CM/Res(2013)3.

21. Francuska vlada također smatra da bi, ako bi se trajno isključenje MSM-a smatralo protivnim Direktivi 2004/33, to oduzelo svaki koristan učinak točki 2.1. Priloga III. navedenoj direktivi. Iako postoje i druga seksualna ponašanja koja osobu izlažu riziku zaraze [22], sva je izlažu manjem riziku dobivanja ozbiljnih zaraznih bolesti u usporedbi s populacijom MSM-a, kao što o tome svjedoče gorenavedeni statistički podaci. Ako takav rizik nije situacija na kakvu cilja točka 2.1. Priloga III., francuska vlada pita se na što se onda ta odredba odnosi. Zaključuje da se na populaciju MSM-a može odnositi samo trajno odbijanje.

22. Kao treće, čak i da točku 2.1. Priloga III. Direktivi 2004/33 treba tumačiti na način da se na populaciju MSM-a može odnositi samo privremeno odbijanje, država članica uvijek može primijeniti mjere veće zaštite i smatrati da takva razina rizika od zaraze opravdava trajno odbijanje. Francuska vlada podsjeća na članke 6. točku (a) i 168. stavak 4. točku (a) UFEU-a. Potonji predviđa da države članice mogu zadržati ili uvesti takve mjere, na što podsjeća ne samo uvodna izjava 22. već i članak 4. stavak 2. Direktive 2002/98, koji propisuje da ta direktiva ne sprečava nijednu državu članicu da održi ili uvede strože zaštitne mjere koje su u skladu s odredbama Ugovora. Budući da su prema stalnoj sudskoj praksi zaštita ljudskog zdravlja i života osoba na prvom mjestu među dobrima i interesima koje štiti Unija te budući da države članice mogu slobodno odlučiti o razini zaštite i načinu njezinog postizanja, ništa ne sprečava državu članicu da smatra da se na populaciju MSM-a mora odnositi trajno odbijanje za davanje krvi zbog visokog rizika kojem ta populacija izlaže davatelje, a koji potvrđuju epidemiološki podaci francuske vlade. Stoga je stroža zaštitna mjera, kakvo je trajno odbijanje, proporcionalna legitimnom cilju koji slijedi.

B – *Ocjena*

23. Najprije će se utvrditi predstavlja li činjenica da muškarac ima spolne odnose s drugim muškarcem konstitutivan element „seksualnog ponašanja“ kojim se dovodi u visok rizik dobivanja ozbiljnih zaraznih bolesti u smislu točke 2.1. Priloga III. Direktivi 2004/33.

24. Ako to nije slučaj, onda na drugom mjestu treba ispitati može li država članica, koristeći se svojom marginom prosudbe koja joj se tradicionalno priznaje u području javnog zdravlja, donijeti mjeru koja to zdravlje više štiti, poput one koja se sastoji u trajnom odbijanju populacije MSM-a kao davatelja krvi.

1. Tumačenje točke 2.1. Priloga III. Direktivi 2004/33

a) Točka 2.1. Priloga III. Direktivi 2004/33 može se primijeniti samo ako postoji visok rizik dobivanja ozbiljnih zaraznih bolesti prenosivih krvlju

25. Tumačenje razloga odbijanja iz točke 2.1. Priloga III. Direktivi 2004/33 tim je više predmet rasprave s obzirom na to da je, kako je istaknula francuska vlada, jedan od razloga privremenog odbijanja iz točke 2.2.2. tog priloga formuliran na isti način jer spominje „[o]sobe koje su zbog svojeg ponašanja ili aktivnosti izložene riziku dobivanja zaraznih bolesti koje se mogu prenijeti krvlju“ [23]. Namjera zakonodavca sigurno nije mogla biti ta da je istim riječima definirano ponašanje istodobno predmet trajnog i privremenog odbijanja. Francuska vlada i Komisija su s tim u vezi uputile na razilaženja u dostupnim jezičnim verzijama Priloga III. Direktivi 2004/33.

22 — Poput nezaštićenih spolnih odnosa s povremenim ili novim partnerom u posljednja manje od dva mjeseca, spolnih odnosa s više od jednim partnerom u posljednja četiri mjeseca ili spolnih odnosa s partnerom koji je sam imao više od jednog partnera u posljednja četiri mjeseca.

23 — Moje isticanje

26. Naime, prema tim jezičnim verzijama, ili se privremeno odbijanje odnosi samo na običan rizik, dok se trajno odbijanje odnosi na visok rizik [24], ili Prilog III. u obama slučajevima spominje visok rizik [25], ili, kao što je to u francuskoj verziji, prilog u obama slučajevima upućuje samo na pojam „rizik“, bez dodatnog pojašnjenja [26]. Međutim, nužnost ujednačenog tumačenja prava Unije isključuje mogućnost da se u slučaju dvojbe tekst odredbe razmatra izolirano te, suprotno tome, zahtijeva da se on tumači s obzirom na verzije na drugim službenim jezicima – što je usporedba za koju smo vidjeli da ne pojašnjava mnogo – i s obzirom na opću strukturu i krajnji cilj propisa kojeg je ta odredba dio [27]. Drugim riječima, sama činjenica da se točka 2.1. Priloga III. Direktivi 2004/33 u verziji na francuskom jeziku odnosi samo na osobe koje njihovo seksualno ponašanje izlaže „običnom“ riziku dobivanja ozbiljnih zaraznih bolesti nije dovoljna za zaključak da je trajno odbijanje u nacionalnom pravu u skladu s Direktivom.

27. Budući da pobliže određuje tehničke zahtjeve Direktive 2002/98, Direktiva 2004/33 ima isti krajnji cilj kao i prethodna. Kao što je to navela francuska vlada, zakonodavac je poboljšanje kvalitete i sigurnosti transfuzijskog lanca učinio prioritetom za Direktivu 2002/98.

28. Njezino donošenje dio je konteksta u kojem su države članice prethodno iskusile slabosti svojih sustava nadzora i osiguranja transfuzijskog lanca. Posljedično, supranacionalna tijela počela su se baviti tim pitanjem, kako na razini Vijeća Europe [28] tako i na razini Unije. Međutim, tek je Direktivom 2002/98, čiji je pravni temelj članak 152. stavak 4. točka (a) UEZ-a – koji predviđa donošenje „mjera kojima se utvrđuju visoki standardi kvalitete i sigurnosti […] krvi“ – Unija usvojila prvi obvezujući propis u tom području [29]. Cilj kvalitete i sigurnosti u njemu je sveprisutan [30]. Riječ je o sprečavanju prenošenja bolesti [31] osiguravanjem da se doze uzimaju od pojedinaca čije je zdravstveno stanje takvo da davanje krvi neće izazvati negativne posljedice i da je rizik od prenošenja zaraznih bolesti maksimalno umanjen [32] te u tu svrhu pojačanju povjerenja pojedinaca [33]. Ista problematika može se naći i u Direktivi 2004/33 [34], u kojoj stoji da joj je cilj osigurati visoku razinu zaštite zdravlja ljudi [35].

29. Stoga je očito da priloge Direktivi 2004/33 treba tumačiti s obzirom na taj cilj. Također smatram da točku 2.1. Priloga III. Direktivi 2004/33 treba tumačiti na način da se, kako to francuska vlada osim toga prepoznaje u svojim podnescima, osobe koje njihovo seksualno ponašanje izlaže visokom riziku dobivanja ozbiljnih zaraznih bolesti prenosivih krvlju trajno odbija kao davatelje krvi. Takvo je tumačenje ne samo prikladno kako bi se očuvala relevantnost razlikovanja koje je zakonodavac Unije proveo između, s jedne strane, razloga privremenog odbijanja i, s druge strane, razloga trajnog odbijanja već je i u skladu s idejom, koja je također prisutna u Direktivi, o maksimalnom smanjenju svakog rizika prenošenja. Stoga visok rizik podrazumijeva trajno odbijanje, dok manji, ograničeniji rizik podrazumijeva samo privremeno odbijanje.

24 — Vidjeti, primjerice, verzije na talijanskom, grčkom, engleskom i portugalskom jeziku.

25 — Vidjeti, primjerice, verzije na španjolskom i njemačkom jeziku.

26 — Ista nepreciznost postoji što se tiče teksta točke 2.2.2. Priloga III. Direktivi 2004/33. Iako francuska verzija govori o seksualnom ponašanju ili profesionalnoj aktivnosti, španjolska i talijanska verzija ograničavaju se na seksualno ponašanje i aktivnost, dok je u portugalskoj verziji riječ samo o ponašanju ili aktivnosti, bez određivanja njihove prirode, da ne spominjemo ostale jezične verzije Direktive 2004/33.

27 — Vidjeti, u bogatoj sudskoj praksi, presude Haasová (C-22/12, EU:C:2013:692, t. 48. i navedena sudska praksa) i Drozdovs (C-277/12, EU:C:2013:685, t. 39. i navedena sudska praksa).

28 — Primjerice Preporuka br. R(95) 14 Odbora ministara Vijeća Europe od 12. listopada 1995. o zaštiti davatelja i primatelja u sklopu transfuzije krvi

29 — Vidjeti uvodnu izjavu 3. Direktive 2002/98. Što se tiče neobvezujućih mjera institucija, vidjeti uvodne izjave 6. do 9. navedene direktive.

30 — Vidjeti uvodne izjave 1., 3. i 5. te članak 1. Direktive 2002/98.

31 — Uvodne izjave 1. i 2. Direktive 2002/98

32 — Uvodna izjava 24. Direktive 2002/98

33 — Uvodne izjave 3. i 6. Direktive 2002/98

34 — Vidjeti, osobito, uvodne izjave 2. i 4. te članke 4. i 6. Direktive 2004/33.

35 — Uvodna izjava 1. Direktive 2004/33

b) Predstavlja li činjenica da je muškarac imao [36] ili ima spolne odnose s drugim muškarcem „seksualno ponašanje“ u smislu točke 2.1. Priloga III. Direktivi 2004/33?

30. Iako se s obzirom na prethodno navedeno granica između privremenog i trajnog odbijanja doima preciznijom, potrebno je još utvrditi što se može smatrati „seksualnim ponašanjem“ koje osobu izlaže visokom riziku od zaraze.

31. Spis podnesen Sudu s tim u vezi ne sadrži ništa što se odnosi na pripremne akte za Direktivu 2004/33 koji bi mogli uputiti na ono što je zakonodavac mislio pod „seksualnim ponašanjem“ niti Direktiva sadrži ikakvu definiciju s tim u vezi. Ni analiza dokumenata Vijeća Europe ne donosi pojašnjenja, s obzirom na to da se Odbor ministara ograničio samo na definiranje riskantnog seksualnog ponašanja kao „seksualno ponašanje koje pojedince u pitanju izlaže riziku ili visokom riziku dobivanja ozbiljnih zaraznih bolesti koje se mogu prenositi krvlju“ [37]. Stoga se potrebno osvrnuti na uobičajeno značenje tog izraza.

32. Gledajući strogo doslovno, ponašanje određuje način na koji se pojedinac ponaša, način na koji se vlada; riječ je o skupu njegovih reakcija, odnosno njegovom vladanju [38]. Pojam ponašanja a priori vodi ka subjektivnoj ocjeni te se seksualno ponašanje tada definira prema seksualnim navikama i praksi pojedinca u pitanju, drugim riječima, prema konkretnim uvjetima u kojima se dotični spolni odnos(i) odvija(ju).

33. Stoga se postavlja pitanje: odnosi li se trajno odbijanje MSM-a na određenu spolnu orijentaciju ili se više odnosi na stvarno ponašanje u pravom smislu riječi?

34. Naime, kriterij za odbijanje jest činjenica da je spolna aktivnost muškarca uključivala ili uključuje spolni odnos s drugim muškarcem, neovisno o uvjetima tog (tih) odnosa, njegovoj učestalosti ili uobičajenim praksama. Naravno, kriterij nije izričito i izravno formuliran na osnovi spolne orijentacije, s obzirom na to da MSM nisu službeno definirani u odnosu na spolnu orijentaciju [39]. No kriterij ipak stvara neku vrstu neoborive pretpostavke prema kojoj odnos MSM-a nužno i sustavno izlaže visokom riziku od zaraze. U praksi se pak većinom, ako ne i isključivo [40], cjelokupnu mušku homoseksualnu i biseksualnu populaciju u stvari trajno odbija kao davatelje krvi samo zato što su ti muškarci imali ili trenutačno imaju spolne odnose s drugim muškarcem.

35. Prema mojem mišljenju, kriterij je u nacionalnom pravu istodobno preširoko i preopćenito formuliran, dok pojam „seksualno ponašanje“ koji primjenjuje zakonodavac Unije zahtijeva utvrđivanje točno određenog ponašanja ili vladanja koje kandidata za davanje krvi izlaže visokom riziku zaraze. Osim toga, Komisija je već naglasila da se „seksualno ponašanje“ iz Direktive 2004/33 ne smije smatrati sinonimom za „spolnu orijentaciju“ [41].

36 — Prema tekstu upitnika

37 — Vidjeti Prilog 1. gorenavedenoj Rezoluciji CM/Res(2013) 3.

38 — Prema definiciji iz Le petit Larousse illustré, izdanje 2011., Larousse, Pariz

39 — Vidjeti definiciju kratice MSM u bilješci 15. ovog mišljenja kao i uvodnu izjavu 3. gorenavedene Rezolucije CM/Res(2013)3.

40 — Situacija, koju ističe Komisija, jednog dijela muške homoseksualne ili biseksualne populacije koji u potpunosti apstinira te je stoga prikladan za davanje doima mi se dovoljno marginalnom da se u ovoj argumentaciji ne uzme u obzir.

41 — Vidjeti odgovor Komisije od 17. ožujka 2011. na parlamentarno pitanje za pisani odgovor od 1. srpnja 2011. (E-006484/2011).

36. Zaključak da točka 2.1. Priloga III. Direktivi 2004/33 zahtijeva da su kao davatelji krvi trajno isključene osobe u odnosu na koje je identificirano točno određeno ponašanje koje ih je izložilo ili ih izlaže visokom riziku te da ta točka ne uključuje opće isključenje poput onog predviđenog u ministarskoj odluci, suprotno onome što je tvrdila francuska vlada, ne oduzima koristan učinak točki 2.1. Priloga III. Direktivi 2004/33. Istina je da to ipak zahtijeva preciziranje kriterija za trajno odbijanje. Međutim, možemo se odmah sjetiti seksualnih radnika [42], koji bi, prema mojem mišljenju, ispunjavali uvjete za trajno odbijanje na temelju točke 2.1. navedenog priloga.

37. Iz prethodno navedenog slijedi da točku 2.1. Priloga III. Direktivi 2004/33 treba tumačiti tako da okolnost da je muškarac imao ili ima spolne odnose s drugim muškarcem ne predstavlja sama po sebi konstitutivan element seksualnog ponašanja koje osobu izlaže visokom riziku od dobivanja ozbiljnih zaraznih bolesti prenosivih krvlju.

2. Margina prosudbe koju Direktiva 2004/33 ostavlja državama članicama i mogućnost koju one imaju da zadrže ili uvedu strože zaštitne mjere

a) Poštovanje odredaba Ugovora kao ograničenje korištenja nacionalnim ovlastima

38. Kao što sam već naveo, Direktiva 2002/98, za koju je Direktiva 2004/33 postavila tehničke zahtjeve, donesena je na temelju članka 152. stavka 4. točke (a) UEZ-a kao pravne osnove, koji predviđa uvjete u kojima Vijeće može doprinijeti ostvarivanju određenih ciljeva, točnije onih koji se odnose na usvajanje „mjera kojima se utvrđuju visoki standardi kvalitete i sigurnosti […] krvi i proizvoda od krvi“. Točka (a) tog članka pobliže određuje da „navedene mjere ne sprečavaju nijednu državu članicu da zadrži ili uvede strože zaštitne mjere“ [43]. Članak 152. stavak 5. UEZ-a potvrđuje da djelovanje Zajednice u području javnog zdravlja u potpunosti poštuje odgovornosti država članice i osobito da „mjere navedene u točki 4. točki (a) ne ugrožavaju nacionalne odredbe u vezi s davanjem […] krvi“ [44].

39. Iako se iz navedenog može zaključiti da djelovanje Zajednice jučer i Unije danas može postojati samo u obliku pratećih, poticajnih ili koordinacijskih mjera, a sigurno ne harmonizacijskih, Sud te odredbe nikad nije protumačio na način da nacionalne mjere ne podliježu nikakvom nadzoru svoje usklađenosti s pravom Unije.

40. Tako je u području socijalne sigurnosti Sud presudio da je „uistinu nesporno da pravo Unije ne ugrožava ovlast država članica da uređuju svoje sustave socijalne sigurnosti i da je, u nedostatku harmonizacije na razini Unije, na zakonodavstvu svake države članice da utvrdi uvjete za dodjelu davanja u području socijalne sigurnosti […]. Također valja navesti da prema članku 152. stavku 5. UEZ-a djelovanje Unije u području javnog zdravlja u potpunosti poštuje odgovornosti država članica u području organizacije i pružanja zdravstvenih usluga i zdravstvene zaštite. Ipak, prilikom korištenja tom ovlasti države članice moraju poštovati pravo Unije, a osobito odredbe o slobodnom pružanju usluga […]. Tako je Sud presudio da članak 152. stavak 5. UEZ-a ne isključuje obvezu država članica da u skladu s drugim odredbama Ugovora […] uvedu prilagodbe svojih sustava socijalne sigurnosti, no pritom se ne može smatrati da je time njihova ovlast u tom području ugrožena“ [45].

42 — Na taj je slučaj osim toga ciljalo Vijeće u svojoj Preporuci od 29. lipnja 1998. u vezi s prikladnošću davatelja krvi i plazme te praktičnog testiranja doza krvi u Europskoj zajednici (SL L 203, str. 14.: vidjeti, točnije, točku C, pod 1) Priloga II. navedenoj preporuci] i Odbor ministara Vijeća Europe, osobito u uvodnoj izjavi 2. gorenavedene Rezolucije CM/Res(2013)3.

43 — Sadašnji članak 168. stavak 4. točka a) UFEU-a

44 — U istom duhu, vidjeti sadašnji članak 168. stavak 7. UFEU-a.

45 — Presuda Komisija/Portugal (C-255/09, EU:C:2011:695, t. 47. do 49. i navedena sudska praksa). Moje isticanje. Sud je, dakle, u tom predmetu slijedio mišljenje nezavisne odvjetnice koja je u vezi s tim zaključila da se „Portugalska Republika ne može valjano pozivati na vlastitu ovlast u području organizacije i pružanja zdravstvenih usluga i zdravstvene zaštite na svom državnom području kako bi izbjegla obveze koje joj pored toga nalaže primarno pravo Unije“ [vidjeti t. 64. mišljenja nezavisne odvjetnice Trstenjak (EU:C:2011:246)].

41. Sud bi mutatis mutandis također trebao presuditi da podvrgavanje korištenja drugim nacionalnim ovlastima navedenima u članku 152. točki 5. UEZ-a tome da poštuju odredbe Ugovora ne ugrožava njihovu suverenu ovlast u tom području. Detalj na kraju tog članka koji se posebno odnosi na davanje krvi to nužno ne isključuje.

42. Stoga, suočivši se s nacionalnim zakonodavstvom kojem je cilj očuvati dobrovoljni i nenaplatni karakter davanja krvi i koje pruža više zaštite u odnosu na pravila Direktive 2002/98 [46], Sud nije ograničio svoj nadzor zato što nacionalno zakonodavstvo ulazi u polje primjene članka 152. stavka 5. UEZ-a. Naprotiv, Sud je takvo zakonodavstvo podvrgnuo testu usklađenosti s drugim odredbama Ugovora, u tom slučaju onima o slobodnom kretanju robe. Usto je zaključio da je članku 28. UEZ-a u vezi s člankom 30. UEZ-a protivan nacionalni propis prema kojem je uvoz krvi ili krvnih sastojaka podrijetlom iz druge države članice zakonit samo pod uvjetom, koji se također odnosi na nacionalne proizvode, da su doze krvi na kojima se ti proizvodi temelje bile dane tako da davatelji pritom nisu primili nikakvu naknadu ni naknadu troškova koje su imali u vezi s tim davanjem [47].

43. Naposljetku napominjem da činjenicu da poštovanje odredaba Ugovora predstavlja prirodno ograničenje korištenja nacionalnim ovlastima potvrđuje članak 4. stavak 2. podstavak 1. Direktive 2002/98, prema kojem „[o]va Direktiva ne sprečava države članice da održavaju ili uvedu strože zaštitne mjere na svojem području koje su u skladu s odredbama Ugovora“ [48] te je ni francuska vlada [49] ni Komisija ne osporavaju [50].

b) Ministarska odluka uključuje neizravnu diskriminaciju na temelju spola i spolne orijentacije zajedno

44. Budući da sloboda država članica prestaje čim je ugroženo poštovanje primarnog prava Unije, samo ću s tim u vezi primijetiti da, isključivši trajno iz davanja krvi svakog muškarca koji je imao ili koji ima spolne odnose s drugim muškarcem, ministarska odluka uvodi u sustav odabira davatelja očitu neizravnu diskriminaciju [51] koja se sastoji u različitom postupanju na temelju spola – kriterij u pitanju koji se odnosi samo na muškarce – i spolne orijentacije – kriterij u pitanju koji se odnosi gotovo isključivo na homoseksualne i biseksualne muškarce.

45. Iako je Preporuka R(95)14 podsjetila na važnost prikladnog odabira davatelja kojim se izbjegava svaka mogućnost diskriminacije, gorenavedena Rezolucija CM/Res(2013)3 potvrdila je da se populacija MSM-a, odnosno cijela jedna kategorija populacije, odbija jer nije bilo moguće suziti dostupne statističke podatke u odnosu na individualni rizik. Točnije, statistike redovito suprotstavljaju populaciju MSM-a i heteroseksualnu populaciju: izraz MSM zapravo je i općenito i u znanstvenim

46 — Pri čemu je takva mjera koja pruža više zaštite dopuštena člankom 4. stavkom 2. podstavkom 2. Direktive 2002/98.

47 — Presuda Humanplasma (C-421/09, EU:C:2010:760, t. 46.)

48 — Moje isticanje

49 — Vidjeti t. 90. pisanih očitovanja.

50 — Vidjeti odgovore Komisije od 1. travnja 2009. na parlamentarno pitanje br. E-0910/2009 (koje se odnosi na poštovanje načela proporcionalnosti) i od 17. kolovoza 2011. na parlamentarno pitanje br. E-006484/2011 (koje osobito upućuje na članak 21. Povelje Europske unije o temeljnim pravima (u daljnjem tekstu: Povelja) (SL 2007, C 303, str. 1.)).

51 — Prema mojem mišljenju, mogli bismo oklijevati s takvom kvalifikacijom. Sud je u najmanje dva navrata zaključio da je riječ o izravnoj diskriminaciji na temelju spolne orijentacije u predmetima Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179) i Hay (C-267/12, EU:C:2013:823). U prvom je slučaju u biti bila riječ o nacionalnom zakonodavstvu prema kojem samo udovci mogu primati obiteljsku mirovinu, pri čemu se podrazumijeva da samo vjenčana osoba može biti udovac, dok sam brak nije dostupan osobama istog spola. U drugom slučaju bila je riječ o kolektivnom ugovoru koji predviđa stvaranje prava na godišnji odmor i plaćanje premije u slučaju sklapanja braka, ne predviđajući pritom odgovarajuća prava za slučaj u kojem su osobe u pitanju sklopile civilno partnerstvo, što je jedini oblik partnerstva dostupan osobama istog spola. Međutim, u obama slučajevima i suprotno odbijanju o kojem je riječ u glavnom postupku, manje povoljno postupanje odnosilo se na cjelokupnu homoseksualnu zajednicu, kako mušku tako i žensku.

krugovima postao sinonim za „homoseksualan“ ili „biseksualan“ [52]. Mušku homoseksualnu i biseksualnu zajednicu odbija se kao davatelje krvi, i to trajno: ta je zajednica stoga predmet diskriminacije. No Unija teži tomu da se bori protiv diskriminacije utemeljene na spolu i spolnoj orijentaciji, kao što o tome svjedoče bivši članak 13. UEZ-a i sadašnji članak 19. UFEU-a te članak 21. Povelje [53].

46. Naravno, može se prigovoriti da je svaki mehanizam odabira po prirodi diskriminirajući. Međutim, bitno je osigurati da su takve razlike u postupanju opravdane i proporcionalne.

c) Je li razlika u postupanju opravdana i proporcionalna?

47. Sud je u više navrata presudio da „zdravlje i život osoba zauzimaju prvo mjesto među dobrima i interesima koje štiti Ugovor“ [54]. Budući da ministarska odluka koja uključuje potpuno i trajno odbijanje populacije MSM-a kao davatelja krvi predstavlja strožu zaštitnu mjeru, u smislu članka 4. stavka 2. Direktive 2002/98, nesporno je da slijedi legitiman cilj, koji se sastoji u maksimalnom smanjenju rizika zaraze primatelja i doprinosu općem cilju osiguranja visoke razine zaštite javnog zdravlja, danas ponovno navedenog kako u članku 168. stavku 1. UFEU-a tako i u članku 35. Povelje.

48. Iako propis u pitanju u glavnom postupku zaista slijedi legitiman cilj, preostaje utvrditi poštuje li usto načelo proporcionalnosti, tj. je li prikladan i nužan za ostvarenje cilja koji slijedi, s time da, ako postoji izbor između više prikladnih mjera, treba izabrati manje otegotnu, a uzrokovane nepovoljnosti ne smiju biti neproporcionalne u odnosu na ciljeve koje se želi postići [55].

49. Kao prvo, trajno odbijanje populacije MSM-a zaista ide za postizanjem legitimnog cilja koji slijedi.

50. Kao drugo, s obzirom na postojeću problematiku, uzrokovane nepovoljnosti treba smatrati relativno podnošljivima, pri čemu se osjećaj odbijanja iz razloga koji se tiču privatnog života treba uskladiti s najboljim interesom zaštite zdravlja primatelja. Nadalje, mogu zamisliti da odbijanje geste nesebične velikodušnosti i solidarnosti, kao što je to davanje krvi, može izazvati reakciju nerazumijevanja kod odbijenih osoba, no mora se priznati da davanje krvi samo po sebi ne predstavlja pravo i da njegova univerzalnost nikad nije priznata jer su davatelji predmet odabira i u tom pogledu moraju zadovoljiti određen broj uvjeta, a zadnja riječ u svakom slučaju pripada isključivo medicinskim tijelima koja jedina snose punu i neposrednu odgovornost za svoje odluke [56].

52 — Osim podataka koje je iznijela francuska vlada, vidjeti također „VIH/sida en France: données de surveillance et études“, Bulletin épidémiologique hebdomadaire od 1. prosinca 2012., br. 46-47, str. 523. (dostupan za preuzimanje na www.invs.sante.fr) ili također grafikon Institut français de veille sanitaire (francuski institut za nadzor javnog zdravlja) o broju otkrivenih seropozitivnih slučajeva HIV-a s obzirom na način zaraze i prema zemlji rođenja za godine 2003. do 2011. (dostupan na 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 — Također napominjem da je u svojem mišljenju u predmetu Römer (C-147/08, EU:C:2010:425) te nakon analize s kojom se u potpunosti slažem nezavisni odvjetnik Jääskinen pozvao Sud da zabranu diskriminacije na temelju spolne orijentacije proglasi općim načelom prava (vidjeti točku 233. i prateće točke). Sud je u svojoj presudi (C-147/08, EU:C:2011:286) ipak mogao odgovoriti na postavljena prethodna pitanja a da pritom nije morao s tim u vezi zauzeti stajalište. Možda je došao trenutak za takvo zauzimanje stajališta, uzimajući u obzir činjenicu da je odluka o kojoj je riječ u glavnom postupku donesena u siječnju 2009., odnosno prije stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona i, dakle, prije nego što je Povelja dobila obvezujuću snagu.

54 — Presuda Müller Fleisch (C-562/08, EU:C:2010:93, t. 32. i navedena sudska praksa). Vidjeti također presudu Humanplasma (EU:C:2010:760, t. 32.).

55 — Vidjeti presudu Müller Fleisch (EU:C:2010:93, t. 43.).

56 — Vidjeti točku 4.1. Rezolucije CM/Res(2008)5 Odbora ministara Vijeća Europe o odgovornosti davatelja i o ograničenju davanja krvi i krvnih sastojaka, prema kojoj se preporučuje da se osigura da krvne ustanove snose konačnu odgovornost za kvalitetu krvi i da su „odgovorne za konačnu odluku o prihvaćanju ili odbijanju davatelja, na osnovi analize rizika utemeljene na redovito ažuriranim epidemiološkim podacima te imajući na umu pravo primatelja na zaštitu zdravlja i obvezu smanjenja rizika prenošenja zaraznih bolesti koja iz toga proizlazi. Ta prava i obveze imaju prednost pred svim drugim razmatranjima, uključujući i volju pojedinaca da daju svoju krv“ (moje isticanje).

51. Kao treće, u kontekstu javnog zdravlja, nadzor nad poštovanjem načela proporcionalnosti valja „uzeti u obzir činjenicu da država članica može odlučiti o stupnju zaštite javnog zdravlja i načinu na koji će taj stupanj doseći. Taj stupanj može biti različit od jedne države članice do druge te valja državama članicama priznati marginu prosudbe“ [57]. Stoga činjenica da jedna država članica nameće manje stroga pravila od onih koja su primjenjiva u drugoj državi članici ne znači da su ta druga pravila neproporcionalna [58].

52. To konkretno znači da činjenicu da Španjolska, Italija, Slovačka, Finska i Ujedinjena Kraljevina ne odbijaju ni sustavno ni konačno populaciju MSM-a kao davatelje krvi [59] ne treba uzeti u obzir u trenutku odluke bi li francuska vlada mogla usvojiti mjeru koja manje narušava načelo jednakog postupanja, ali koja može postići isti rezultat. To je tim više točno s obzirom na to da razina rizika nije ujednačena među državama članicama jer su njihove epidemiološke situacije, osobito što se tiče zaraze HIV-om, vrlo različite te je u Francuskoj stopa raširenosti HIV-a u populaciji MSM-a osobito visoka [60].

53. Međutim, kako bi utvrdio prelazi li trajno odbijanje iz ministarske odluke ono što je nužno, sud koji je uputio zahtjev morat će učiniti određene provjere, koje Sud prema spisu pred sobom u ovom trenutku ne može učiniti.

54. Tako je potrebno, kao prvo, uzeti u obzir epidemiološku situaciju svojstvenu Francuskoj osiguravajući da su predočeni statistički podaci svježi [61], reprezentativni i vjerodostojni.

55. Kao drugo, valja provjeriti određen broj čimbenika koji se odnose na sanitarno inženjerstvo.

56. Argumentacija francuske vlade gotovo se isključivo usmjerila na rizik zaraze HIV-om kojem je izložena populacija MSM-a. Iako je trajno odbijanje u biti opravdano rizikom za primatelja zbog postojanja „dijagnostičkog prozora“, napominjem da je francuska vlada navela da se najdulje razdoblje – što se tiče virusa HIV 2 – procjenjuje na 22 dana. S druge strane, osim ako griješim, najdulji je rok za čuvanje krvi oko 45 dana. Sustavna karantena doza koje potječu od populacije MSM-a tijekom tog razdoblja, prije nego što ih se testira, mogla bi objektivno biti rješenje kojim se najbolje može ostvariti cilj kojem se teži.

57. Sud koji je uputio zahtjev stoga se mora upitati bi li takva karantena bila ekonomski podnošljiva i sa znanstvenog stajališta ostvariva za sve ili neke krvne sastojke. Također bi morao provjeriti da to ne ugrožava dobro funkcioniranje transfuzijskog lanca. Kako bi to napravio, sud koji je uputio zahtjev mogao bi se, primjerice, osloniti na izvješće o sektoru krvi koje je francuski parlamentarni zastupnik Olivier Véran 2013. podnio ministrici socijalne skrbi i zdravlja (u daljnjem tekstu: Véranovo izvješće), prema kojem se „stručnjaci slažu da bi sustavna karantena plazme, povezana s virusnim testiranjem, omogućila neutralizaciju svakog rizika od prijenosa virusa“ [62]. Takvo je rješenje optimalno u smislu zaštite zdravlja primatelja: s jedne strane, omogućuje prevladavanje problema povezanih s osjećajem

57 — Presude Humanplasma (EU:C:2010:760, t. 39.) i Venturini i dr. (C-159/12 do C-161/12, EU:C:2013:791, t. 59. i navedena sudska praksa)

58 — Presude Müller Fleisch (EU:C:2010:93, t. 45. i navedena sudska praksa) i Humanplasma (EU:C:2010:760, t. 40.)

59 — Španjolska i Italija predviđaju samo privremeno odbijanje u slučaju više partnera ili mijenjanja partnera, neovisno o prirodi odnosa o kojem je riječ (izmjena zakonodavstva tijekom postupka pred Europskim sudom za ljudska prava osim toga omogućila je potonjem da izbjegne provođenje nadzora nad usklađenošću odbijanja homoseksualaca kao davatelja krvi s EKLJP-om: vidjeti ESLJP, presuda Tosto/Italija od 15. listopada 2002., zahtjev br. 49821/99); Slovačka (prema onome što proizlazi iz teksta parlamentarnog pitanja br. E-0910/09 od 17. veljače 2009.) kao i, najsvježije, Finska i Ujedinjena Kraljevina odlučile su se za zahtijevanje apstinencije u trajanju od 12 mjeseci kod muškaraca koji su izjavili da su imali spolni odnos s drugim muškarcem.

60 — Ako prihvatimo podatke koje je podnijela francuska vlada, a koje izgleda potvrđuje posebno izvješće „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“ (posebice vidjeti str. 4., 5. te Prilog 2.) Europskog centra za sprečavanje i kontrolu bolesti, osnovanog Uredbom (EZ) br. 851/2004 Europskog parlamenta i Vijeća od 21. travnja 2004. (SL L 142, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 15., svezak 6., str. 93.).

61 — Presuda Francuska/Komisija (C-601/11 P, EU:C:2013:465, t. 136.)

62 — Vidjeti str. 35. navedenog izvješća.

diskriminacije koje mogu iskusiti pripadnici populacije MSM-a – osjećajem koji bi ih mogao navesti na to da ne odgovore iskreno na upitnik – te, s druge strane, podvrgava sve doze istom tretmanu, puštajući da prije testiranja doze protekne razdoblje u kojem se virus ne može otkriti, time se znatno približavajući nultom riziku. Napominjem da očitovanja francuske vlade ne spominju navedeno izvješće iako su uslijedila nakon što je ono podneseno.

58. Nadalje, postoji određena sumnja što se tiče dosljednosti trajnog odbijanja. Prema trajnoj kontraindikaciji utvrđenoj ministarskom odlukom te zajedničkim čitanjem te odluke i gorenavedenog upitnika [63], činjenica da je muškarac barem jednom u životu – makar to bilo i prije deset godina – imao spolni odnos s drugim muškarcem podrazumijeva njegovo trajno odbijanje kao davatelja krvi. Iz toga se može zaključiti da stvarni karakter riskantnog ponašanja ne pravi razliku, dok je u biti, s obzirom na to da se sve doze krvi testiraju na HIV, dijagnostički prozor najkritičnije razdoblje koje primatelje izlaže najvišem riziku [64]. Međutim, ponavljam, ako je dijagnostički prozor glavno obrazloženje, zamislivo je da bi se privremeno odbijanje, određeno u odnosu na datum zadnjeg odnosa, pokazalo prikladnijim.

59. Slično tome, možemo se zapitati o razlozima nepostojanja posebne kontraindikacije za ženu čiji partner pripada populaciji MSM-a. Usto, na osobu čiji je partner seropozitivan odnosi se privremena kontraindikacija od četiri mjeseca. S jedne strane može se zamisliti da takav par primjenjuje pojačan oprez, no s druge strane također se može smatrati da je u takvom slučaju rizik stvaran, dok je u odnosu na populaciju MSM-a, bez individualnog ispitivanja primjenjivanih praksi, manje izvjestan. Također je potrebno usporediti situaciju muškarca koji je jednom u životu ili sporadično imao zaštićen homoseksualni odnos – a koji je trajno odbijen – sa situacijom heteroseksualne osobe koja redovito ima nezaštićene odnose, ali na koju se odnosi samo privremena kontraindikacija: je li sama pripadnost populaciji MSM-a takve naravi da u takvom slučaju opravda trajno odbijanje?

60. Vraćajući se na statistiku, napominjem da je u 2011. godini 2400 osoba iz populacije MSM-a otkrilo da je seropozitivno. U istoj je godini 3500 osoba zaraženo putem heteroseksualnih odnosa, od čega je 2400 heteroseksualnih osoba rođeno u inozemstvu [65]. Sud koji je uputio zahtjev trebao bi ići za tim da se pojasne razlozi zbog kojih ta kategorija davatelja prema ministarskoj odluci o kojoj je riječ u glavnom postupku nije predmet nijedne kontraindikacije [66].

61. Konačno, a možda i povrh svega, upitnik bi se mogao preurediti na način da služi identifikaciji riskantnih ponašanja u populaciji MSM-a, kao što to, čini se, radi za ostatak populacije davatelja. Ciljanija pitanja – u vezi s vremenom od posljednjeg odnosa, brojem partnera, prirodom odnosa, učestalošću odnosa, učestalošću posjećivanja određenih noćnih klubova – omogućila bi ne samo identificirati spolnu orijentaciju već, naprotiv, i razinu rizika kojoj je svaki davatelj individualno izložen zbog vlastitog seksualnog ponašanja [67].

62. Iz prethodno navedenog proizlazi da je na sudu koji je uputio zahtjev da se uvjeri da se time što je na trajan način kao davatelje krvi odbila muškarce koji su imali ili imaju spolne odnose s drugim muškarcem francuska vlada koristila marginom prosudbe koja se tradicionalno priznaje državama članicama u području zaštite javnog zdravlja na način koji je u skladu sa zahtjevima načela

63 — Vidjeti točku 9. ovog mišljenja.

64 — Članak 20. Preporuke br. R(95) 14 Odbora ministara Vijeća Europe navodi da se „[o]dbijaju (privremeno ili trajno, ovisno o slučaju) osobe koje pripadaju kategorijama koje, prema svojoj povijesti bolesti ili *aktualnim* aktivnostima i ponašanjima, predstavljaju rizik za prenošenje zaraznih bolesti“ (moje isticanje).

65 — Izvor: gorenavedeni grafikon Institut français de veille o broju otkrivenih seropozitivnih slučajeva HIV-a s obzirom na način zaraze i prema zemlji rođenja za godine 2003. do 2011. U biti je riječ o osobama rođenima u subsaharskoj Africi (77%) i ženama (58%).

66 — Jasno je da je, s obzirom na to da je populacija MSM-a brojčano manja od heteroseksualne populacije, u toj populaciji stopa zaraze proporcionalno viša, što nije ono o čemu ovdje želim raspravljati. No, također se ne može poreći da heteroseksualne osobe rođene u inozemstvu proporcionalno predstavljaju kategoriju koja je osobito izložena riziku zaraze HIV-om, iako prema ministarskom dekretu njima nije namijenjena nikakva posebna mjera opreza.

67 — U tom pogledu napominjem da je ovdje također riječ o preporuci iz gorenavedenog Véranova izvješća: vidjeti str. 36. tog izvješća.

nediskriminacije na temelju spolne orijentacije i, točnije, načela proporcionalnosti. Nadziruć da mjera trajnog odbijanja ne prelazi ono što je nužno za ostvarenje legitimnog cilja zaštite zdravlja primatelja, na tom je sudu osobito da se uvjeri, kao prvo, da epidemiološka situacija Francuske, kao što je predstavljena Sudu, počiva na vjerodostojnim, reprezentativnim i svježim statističkim podacima te, kao drugo, je li moguće, s obzirom na aktualne znanstvene spoznaje i ne podvrgavajući pritom transfuzijski lanac pretjeranim ograničenjima, predvidjeti karantenske mjere za doze dok se čeka protek dijagnostičkog prozora. Naposljetku, također je na tom sudu da istraži eventualne razloge zbog kojih je procjena individualnog rizika putem eventualno preuređenog upitnika i individualnog razgovora s medicinskim osobljem kojem je cilj utvrditi je li seksualno ponašanja kandidata za davanje „riskantno“, iako je moguća za ostatak populacije, neprikladna da se na zadovoljavajući način osigura zaštita primatelja što se tiče doza koje dolaze od muškaraca koji su imali ili imaju spolne odnose s drugim muškarcem.

V – **Zaključak**

63. S obzirom na sva prethodna razmatranja, predlažem Sudu da na pitanje koje je postavio tribunal administratif de Strasbourg odgovori na sljedeći način: Točku 2.1. Priloga III. Direktivi Komisije 2004/33/EZ od 22. ožujka 2004. o provedbi Direktive 2002/98/EZ Europskog parlamenta i Vijeća u odnosu na određene tehničke zahtjeve za krv i krvne sastojke treba tumačiti na način da okolnost da je muškarac imao ili ima spolne odnose s drugim muškarcem ne predstavlja sama po sebi konstitutivan element seksualnog ponašanja koje osobu izlaže visokom riziku od dobivanja ozbiljnih zaraznih bolesti prenosivih krvlju. Na sudu koji je uputio zahtjev je da se uvjeri da se, time što je na trajan način kao davatelje krvi odbila muškarce koji su imali ili imaju spolne odnose s drugim muškarcem, francuska vlada koristila marginom prosudbe koja se tradicionalno priznaje državama članicama u području zaštite javnog zdravlja na način koji je u skladu sa zahtjevima načela nediskriminacije na temelju spolne orijentacije i, točnije, načela proporcionalnosti. Nadziruć da mjera trajnog odbijanja ne prelazi ono što je nužno za ostvarenje legitimnog cilja zaštite zdravlja primatelja, na tom je sudu osobito da se uvjeri, kao prvo, da epidemiološka situacija Francuske, kao što je predstavljena Sudu, počiva na vjerodostojnim, reprezentativnim i svježim statističkim podacima te, kao drugo, je li moguće, s obzirom na aktualne znanstvene spoznaje i ne podvrgavajući pritom transfuzijski lanac pretjeranim ograničenjima, predvidjeti karantenske mjere za doze dok se čeka protek dijagnostičkog prozora. Naposljetku, također je na tom sudu da istraži eventualne razloge zbog kojih je procjena individualnog rizika putem eventualno preuređenog upitnika i individualnog razgovora s medicinskim osobljem kojem je cilj utvrditi je li seksualno ponašanja kandidata za davanje „riskantno“, iako je moguća za ostatak populacije, neprikladna da se na zadovoljavajući način osigura zaštita primatelja što se tiče doza koje dolaze od muškaraca koji su imali ili imaju spolne odnose s drugim muškarcem.