PAOLO MENGOZZI
FŐTANÁCSNOK INDÍTVÁNYA
Az ismertetés napja: 2014. július 17.[1]

C-528/13. sz. ügy

Geoffrey Léger
kontra
Ministre des Affaires sociales et de la Santé
kontra
Établissement français du sang

(A tribunal administratif de Strasbourg [Franciaország] által benyújtott előzetes döntéshozatal iránti kérelem)

„Közegészségügy — Véradás — A donorok alkalmassági kritériumai — Tartós vagy átmeneti kizárási kritériumok — Azon férfiak végleges kizárása, akik másik férfival szexuális kapcsolatban álltak — A szexuális irányultságon alapuló hátrányos megkülönböztetés tilalma — Arányosság”

Tartalomjegyzék

I – Jogi háttér . . . 2
A – Az uniós jog . . . 2
B – A francia jog . . . 3
II – Az alapeljárás és az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdés . . . 4
III – A Bíróság előtti eljárás . . . 5
IV – Jogi elemzés . . . 5
A – A francia kormány álláspontjának összefoglalása . . . 5
B – Értékelés . . . 7
1. A 2004/33 irányelv III. melléklete 2.1 pontjának értelmezéséről . . . 7
a) A 2004/33 irányelv III. melléklete 2.1 pontját csak a vérrel átvihető súlyos fertőző betegségek megszerzése magas kockázatának fennállása esetén lehet alkalmazni. . . . 7

1 — Eredeti nyelv: francia.

b) Az, hogy egy férfi másik férfival szexuális kapcsolatban áll vagy állt, a 2004/33 irányelv III. mellékletének 2.1 pontja értelmében vett „szexuális viselkedésnek (szokásnak)” minősül? 9

2. A 2004/33 irányelv által a tagállamok részére meghagyott mérlegelési mozgástérről, és a számukra elismert azon lehetőségről, hogy szigorúbb védintézkedéseket tartsanak fenn vagy vezessenek be 10

a) A Szerződés rendelkezéseinek tiszteletben tartása mint a nemzeti hatáskörök gyakorlásának korlátja 10

b) A miniszteri rendelet közvetett, a nem és a szexuális irányultság kettős kombinációján alapuló hátrányos megkülönböztetést tartalmaz 12

c) Az eltérő bánásmód igazolt és arányos? 13

V – Végkövetkeztetések 16

1. A jelen előzetes döntéshozatal iránti kérelem kényes kérdést vet fel, az olyan nemzeti intézkedés uniós joggal való összeegyeztethetőségének kérdését, amely tartósan kizárja a véradásból azokat a férfiakat, akik más férfiakkal szexuális kapcsolatban álltak vagy állnak.

I – Jogi háttér

A – *Az uniós jog*

2. Az uniós jogi háttér a következők szerint foglalható össze:

3. Az EK 152. cikk (4) bekezdése (jelenleg az EUMSZ 168. cikk (4) bekezdésének a) pontja) alapján elfogadott, az emberi vér és vérkomponensek gyűjtésére, vizsgálatára, feldolgozására, tárolására és elosztására vonatkozó minőségi és biztonsági előírások megállapításáról, valamint a 2001/83/EK irányelv módosításáról szóló, 2003. január 27-i 2002/98/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv[2] abból született, hogy az uniós jogalkotó megállapította egy olyan helyzet fennállását, amelyben „[az emberi eredetű teljes vér, vérplazma és vérsejtek] minőségére és biztonságára – amennyiben ezeket transzfúzió céljából használják fel, nem pedig feldolgozzák azokat – nem vonatkozik jogerős közösségi jogszabály”[3]. Az említett jogalkotó tehát rögzítette arra irányuló szándékát, hogy olyan intézkedéseket fogadjon el, amelyek biztosítják „a felhasználási céltól függetlenül […] a vér és komponensei minőségének és biztonságának összehasonlíthatóságát a transzfúziós folyamat valamennyi pontján minden tagállamban”, a magas szintű minőségi és biztonsági előírások létrehozása pedig segít megnyugtatni a közvéleményt.[4] A 2002/98 irányelv célja tehát az emberi vér és vérkomponensek minőségi és biztonsági előírásainak meghatározása az emberi egészség magas szintű védelmének biztosítása érdekében.[5] Előírta a tagállamok számára többek között azt, hogy biztosítsák, az emberi vér és vérkomponensek gyűjtésére, vizsgálatára, elkészítésére, tárolására és elosztására vonatkozó

2 — HL 2003. L 33., 30. o.; magyar nyelvű különkiadás 15. fejezet, 5. kötet, 275. o.

3 — A 2002/98 irányelv (3) preambulumbekezdése.

4 — A 2002/98 irányelv (3) preambulumbekezdése.

5 — A 2002/98 irányelv 1. cikke.

tevékenységeket csak a megfelelően kijelölt vagy akkreditált intézmények végezhessék, és azok tekintetében különböző vizsgálatokat és ellenőrző intézkedéseket hajtsanak végre.[6] Az irányelv rögzíti továbbá a vér követhetőségének, ingyenességének, a véradás önkéntes jellegének, valamint az összes véradásból származó vér kötelező vizsgálatának elvét.[7]

4. Ezzel szemben a vér- és plazmadonorok alkalmassági kritériumaira vonatkozó követelményeket, vagyis többek között a tartós kizárás kritériumait és az átmeneti kizárás kritériumait nem a 2002/98 irányelv határozta meg, hanem ellenkezőleg, azokat a 2002/98/EK európai parlamenti és tanácsi irányelvnek az emberi vérre és vérkomponensekre vonatkozó egyes technikai követelmények tekintetében történő végrehajtásáról szóló, 2004. március 22-i 2004/33/EK bizottsági irányelvben[8] fogadták el, a 2002/98 irányelv 28. cikke szerinti szabályozási bizottsági eljárás során.[9]

5. Tehát a 2004/33 irányelv rögzítette ezeket a követelményeket. Az irányelv III. melléklete állapítja meg a teljes vér és vérkomponensek donorainak alkalmassági kritériumait. A III. melléklet 2. pontja az említett donorok kizárási kritériumaival foglalkozik.

6. A III. melléklet 2.1 pontja egy táblázatban felsorolja a tartós kizárási kritériumokat az allogén véradás donorai[10] esetében. A táblázat szerinti szexuális viselkedés leírása a következő: „Azok a személyek, akiknek a szexuális viselkedése (szokásai) nagy kockázattal jár súlyos, vérrel átvihető fertőző betegségek megszerzéséhez”.

7. A III. melléklet 2.2 pontja sorolja fel az átmeneti kizárási kritériumokat az allogén véradás donorai esetében, az említett melléklet 2.2.2 pontja pedig konkrétabban a transzfúzióval átvihető fertőzések kockázati tényezői szempontjából fennálló expozícióhoz kapcsolódó kizárási kritériumokra vonatkozik. A táblázat azon rubrikája, amely „[azokra a személyekre vonatkozik], akik viselkedési szokásaik vagy tevékenységeik miatt fokozott kockázatnak vannak kitéve a vérrel átvihető fertőzések szempontjából”, a következő kizárást rögzíti: „A kockázatos viselkedési szokás, illetve tevékenység megszűnése után a kizárás időtartama az adott betegség, illetve a megfelelő vizsgálatok hozzáférhetőségének függvénye”.

B – *A francia jog*

8. A ministre de la santé et des sports (egészségügyi és sportminiszter) 2009. január 12-én meghozta a véradók kiválasztási szempontjairól szóló rendeletet[11] (a továbbiakban: miniszteri rendelet).

9. A miniszteri rendelet 1. cikke állapítja meg azokat a feltételeket, amelyek mellett a véradásra sor kerülhet. Az 1. cikk V. címének 1) pontja szerint, amely a donor klinikai jellemzőire vonatkozik, a donorok kiválasztására jogosult személynek kell megvizsgálnia a véradást megelőző kérdőívet kiegészítő kérdések segítségével a véradás lehetőségét az ellenjavallatok, azok tartama, keletkezésének ideje és alakulása szempontjából.[12] E kérdéseket adott esetben a véradást rendszeresen megelőző elbeszélgetés során kell feltenni. Továbbra is e rendelkezés szerint a véradást az adott donor esetében

6 — A 2002/98 irányelv 5. és 8. cikke.

7 — A 2002/98 irányelv 14., 20. és 21. cikke, valamint IV. melléklete.

8 — HL L 91., 25. o.; magyar nyelvű különkiadás 15. fejezet, 8. kötet, 272. o.

9 — Lásd a 2002/98 irányelv 29. cikkét.

10 — Tehát a más személyek részére, nem pedig saját célra történő véradás az egyetlen olyan helyzet, amely a jelen ügyben számunkra érdekes (lásd: a 2004/33 irányelv I. mellékletének 2. pontja).

11 — JORF, 2009. január 18., 1067. o.

12 — A kérdőív a következő címen érhető el: http://www.dondusang.net/content/medias/media1832_giCQxWpZDhBErjG.pdf?finalFileName=Questionnaire_pr%E9-don_pour_la_m%E9tropole.pdf.

elhalasztják, amennyiben fennáll a miniszteri rendelet II. mellékletében szereplő táblázatok valamelyikében szereplő ellenjavallat. A rendelet szerint az egészségügyi hatóságok a véradás ellenjavallatait módosíthatják, azokhoz hozzátehetnek, vagy azok közül törölhetnek, konkrét epidemiológiai helyzetektől, illetve hemovigilanciai adatoktól függően.

10. A miniszteri rendelet II. melléklete az ellenjavallatokra vonatkozó táblázatokat tartalmaz. Pontosabban a B. táblázat sorolja fel a recipiensek számára kockázatot jelentő ellenjavallatokat. A B. táblázat azon része, amely a vírusos fertőzés átvitelének kockázatára vonatkozik, a következőképpen szól:

Vírusos fertőzés átvitele	A leendő donor szexuális úton átvihető fertőző kórokozónak való kitettségének kockázata	Védekezés nélküli szexuális kapcsolat(ok) egy alkalmi partnerrel	EJ [13] az utolsó védekezés nélküli szexuális kapcsolattól számított négy hónapig
		Több szexuális partner: egynél több partner az elmúlt négy hónapban	EJ a több szexuális partner meglétének megszűnésétől számított négy hónapig
		Férfival szexuális kapcsolatot létesítő férfi	Tartós EJ
		Védekezés nélküli szexuális kapcsolat új partnerrel, kevesebb mint két hónapja	EJ az utolsó védekezés nélküli szexuális kapcsolattól számított négy hónapig
	A leendő donor szexuális partnere szexuális úton átvihető fertőző kórokozónak való kitettségének kockázata	Az elmúlt négy hónapban egynél több partnerrel rendelkező partner	EJ négy hónapig
		Kábítószereket vagy doppingszereket injektáló, ismert HIV[[14]] és HBV szerológiai státusszal nem rendelkező partner	EJ az utolsó szexuális kapcsolattól számított négy hónapig
		A következők tekintetében pozitív szerológiai lelettel rendelkező partner: HIV, HTLV, HBC, HBV (AgHBs+)	EJ az utolsó szexuális kapcsolattól számított négy hónapig. […]
		Nemrégiben szexuális úton terjedő betegségen átesett, vagy amiatt kezelés alatt álló partner	EJ a partner gyógyulásától számított négy hónapig

II – Az alapeljárás és az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdés

11. 2009. április 29-én az Établissement français du sang (EFS, francia vérügyi intézet) orvosa elutasította a Geoffroy Léger által adni kívánt vért, azzal az indokkal, hogy G. Léger kijelentette, hogy homoszexuális.

13 — EJ: ellenjavallat.

14 — HIV: emberi immunhiány-előidéző vírus.

12. Az elutasító határozattal az EFS orvosa a miniszteri rendeletet alkalmazta, amely a véradás tekintetében tartós ellenjavallatnak minősíti azt, ha a leendő donor férfival szexuális kapcsolatot létesített férfi.

13. G. Léger e határozat megsemmisítése iránti keresetet terjesztett a kérdést előterjesztő bíróság elé. Többek között úgy érvel, hogy a miniszteri rendelet, azáltal hogy előírja a fent említett ellenjavallatot, megsérti a 2004/33 irányelvet, és különösen a II. melléklet B. pontját,[15] valamint a III. melléklet 2.1 pontját. A miniszteri rendelet emellett egyébként sérti az emberi jogok és alapvető szabadságok védelméről szóló, 1950. november 4-én Rómában aláírt európai egyezmény (a továbbiakban: EJEE) 3., 8. és 14. cikkét.

14. A tribunal administratif de Strasbourg – mivel nehézségei merültek fel az uniós jog értelmezésével kapcsolatban – az eljárás felfüggesztése mellett döntött, és a Bíróság Hivatalához 2013. október 8-án benyújtott előzetes döntéshozatali kérelmében az EUMSZ 267. cikk alapján a következő kérdést terjesztette előzetes döntéshozatal céljából a Bíróság elé:

„A [2004/33] irányelv III. mellékletére figyelemmel az a körülmény, hogy valamely férfi nemi kapcsolatban állt egy másik férfival, önmagában olyan szexuális magatartásnak minősül-e, amely nagy kockázattal jár súlyos, vérrel átvihető fertőző betegségek megszerzéséhez és igazolja az ilyen szexuális magatartást tanúsító személyek véradásból való tartós kizárását, vagy az ilyen magatartás az eset körülményeitől függően csupán olyan szexuális magatartásnak minősülhet, amely nagy kockázattal jár súlyos, vérrel átvihető fertőző betegségek megszerzéséhez és igazolja az ilyen szexuális magatartást tanúsító személyek véradásból való átmeneti kizárását a kockázatos magatartás megszűnésétől számított meghatározott időtartamig?”

III – A Bíróság előtti eljárás

15. Csak a francia kormány és az Európai Bizottság terjesztett elő írásbeli észrevételeket a Bíróság előtt.

IV – Jogi elemzés

A – *A francia kormány álláspontjának összefoglalása*

16. A francia kormány úgy véli, hogy a 2004/33 irányelvvel nem ellentétes az, ha egy tagállam úgy tekinti, hogy az a körülmény, hogy egy férfinak szexuális kapcsolata van egy másik férfival (MSM)[16], olyan szexuális magatartást jelent, amely súlyos, vérrel átvihető fertőző betegségek kockázatának teszi ki őt, ami igazolja a véradásból való tartós kizárást.

17. Először, a francia kormány szerint az a szexuális magatartás, amely egy férfi esetében abban áll, hogy szexuális kapcsolata van egy másik férfival, már önmagában olyan jellegű szexuális magatartás, amely igazolhatja a véradásból való tartós kizárást. A 2002/98 irányelv szélesebb háttere a közös egészségpolitika végrehajtása, és az a transzfúzió folytán bekövetkezett különböző fertőzések miatt a vér és vérkészítmények biztonságára vonatkozó összehangolt megközelítés révén magas szintű minőségi és biztonsági előírások meghatározását célozza – e célok az említett irányelvben mindenhol megjelennek. A 2002/98 irányelv elfogadására tehát az EK 152. cikk (4) bekezdésének a) pontja alapján

15 — A 2004/33 irányelv II. mellékletének B. része a vérellátó intézmény által a donortól valamennyi véradás alkalmával megszerzendő információkra vonatkozik.

16 — A HSH rövidítés az angol „men having sex with men” (MSM) kifejezés megfelelője, amelyet az epidemiológusok az 1990-es években alakítottak ki a más férfiakkal szexuális kapcsolatos létesítő férfiak megjelölésére, függetlenül a nőkkel való esetleges szexuális kapcsolatuktól, illetve e férfiak személyes vagy szociális szinten megnyilvánuló biszexuális vagy meleg identitásától (Forrás: *Guide de terminologie de l'ONUSIDA*, felülvizsgált változat, 2011. október, 19. o.).

került sor. Az elsődleges cél ezenkívül a vért kapó recipiens védelme, és e tekintetben az irányelv hangsúlyozza, hogy a vérnek olyan egészségi állapotban lévő személyektől kell származnia, akiknél nem lépnek fel nem kívánt következmények a véradás eredményeként, és a fertőző betegségek átadásának kockázata minimális.[17] A donorok szelekciója éppen azon három módszer egyike, amelyek révén e kockázat csökkenthető.[18]

18. Bár a 2004/33 irányelv azt írja elő, hogy azokat a személyeket, akiknek a szexuális viselkedése (szokásai) nagy kockázattal jár súlyos, vérrel átvihető fertőző betegségek megszerzéséhez, tartósan ki kell zárni a véradásból, mindazonáltal nem határozza meg ezt a fogalmat. Egyébként ugyanerre a kockázatnak kitettségre vonatkozik az említett irányelv III. mellékletének 2.2.2 pontja, amely az átmeneti kizárási feltételekről szól. Az egyéb nyelvi változatok ezenkívül eltérők. Ilyen esetben a Bíróság állandó ítélkezési gyakorlata szerint az irányelv szerkezetére és céljára kell támaszkodni, ami a francia kormány szerint a kockázatok maximális korlátozása, és magas szintű biztonsági és minőségi előírások megállapítása. Ebben az összefüggésben az átvitel kockázata igazolja az átmeneti kizárást, míg a szigorúbb intézkedés megalapozására is alkalmas fokozottabb veszély a tartós kizárást is indokolhatja. E területen az Unió tevékenysége kiegészíti a tagállamok tevékenységét, és tiszteletben kell tartania az utóbbiak hatáskörét,[19] a kockázat értékelése pedig a tagállamokra tartozik, epidemiológiai helyzetük függvényében.

19. E tekintetben a francia kormány hivatkozik azokra a statisztikai adatokra, amelyek szerint HIV-vel élő személyek aránya[20] az MSM-populációban 65-ször magasabb, mint a lakosság többi részében. Ami a HIV-fertőzés előfordulását[21] illeti, 2008-ban a 6 940 regisztrált új fertőzöttből 3320 személy az MSM-populációhoz tartozott. Márpedig figyelemmel az ablakperiódusra, amikor a HIV 1 és HIV 2 vírusok a szűrővizsgálat során még nem mutathatók ki – 12 és 22 nap –, az ilyen helyzet különösen problémás lehet véradás esetén. Az Európa Tanács 2013. március 27-i határozatában[22] egyébként megerősítette, hogy az MSM-populáció a vérrel átvihető súlyos fertőző betegségek fertőzése – következésképpen átvitele – magas kockázatának van kitéve.

20. Másodszor, a francia kormány azt állítja, hogy e körülményekre figyelemmel a pusztán átmeneti kizárás alkalmazása nem lehetséges. Ekképpen az Európa Tanács is azt ajánlja, hogy átmeneti ellenjavallatot csak annak megállapítását követően alkalmazzanak, hogy az érintett magatartás nem jár magas kockázattal. Márpedig az Európa Tanács is azt állapította meg az MSM-populációtól származó véradások által a vérellátás biztonságára gyakorolt hatás elemzése során, hogy nő a HIV átadásának kockázata.[23] A francia kormány úgy véli, hogy az MSM „magatartás” magas, nem átmeneti kockázattal jár, ahogy azt a már említett statisztikai adatok is alátámasztják. Ehhez hozzáteszi, hogy a HIV-fertőzés fennmaradó kockázata – vagyis a fertőzött véradások száma a véradások összesített számához képest – 2 900 000 véradásból egy potenciálisan fertőző véradás, valamint, hogy a HIV-vel fertőzött véradások fele az MSM-populációtól származik, amelyre egyre inkább jellemző a véradás, a tartós ellenjavallat ellenére. A francia kormány úgy ítéli meg, hogy a tartós kizárásról az átmeneti kizárásra való áttérés hamis üzenetet küldene az MSM-populáció számára, amely mindennek ellenére jelenleg jellemzően nem vesz részt a transzfúziós láncban, és egyszerre járna annak kockázatával, hogy a véradást a HIV-szűrés kiegészítő eszközeként használnák, valamint annak kockázatával, hogy minimálisra csökkentik a HIV-megelőzésével kapcsolatos közbeszéd hatását.

17 — A 2002/98 irányelv (24) preambulumbekezdése.

18 — A levett vér szűrése és a vírusinaktiválási kezelés.

19 — A francia kormány itt az EUMSZ 168. cikk (7) bekezdésre hivatkozik.

20 — Vagyis a prevalencia, amelyet hagyományosan úgy határoznak meg, mint egy adott időpontban a HIV-vel élő személyek arányát egy adott populációban (Forrás: *Guide terminologique de l'ONUSIDA*, 23. o.).

21 — Vagyis egy adott időszak alatt az újonnan HIV-vel fertőzött személyek száma az adott populációban (Forrás: *Guide terminologique de l'ONUSIDA*, 16. o.).

22 — Az Európa Tanács Miniszteri Bizottsága által 2013. március 27-én elfogadott, a véradóknak a vérellátás biztonságára hatással lévő szexuális magatartásairól szóló CM/Res(2013)3. sz. határozat.

23 — A francia kormány e tekintetben a fent hivatkozott CM/Res(2013)3. sz. határozatra hivatkozik.

21. A francia kormány azt is előadja, hogy amennyiben az MSM személyek tartós kizárását ellentétesnek ítélik a 2004/33 irányelvvel, az megfosztaná hatékony érvényesülésétől az említett irányelv III. mellékletének 2.1 pontját. Bár léteznek más fertőzési kockázattal járó szexuális magatartások is[24], azok az MSM-populációval összehasonlítva mind alacsonyabb kockázattal járnak a vérrel átvihető fertőző betegségek megszerzését illetően, ahogy azt a fent hivatkozott statisztikai adatok mutatják. Márpedig ha egy ilyen kockázat nem felel meg a III. melléklet 2.1 pontjának hatálya alá tartozó helyzetnek, akkor a francia kormány számára kérdés, hogy mi felelhet egyáltalán meg annak. Ebből arra a következtetésre jut, hogy az MSM-populáció tekintetében kizárólag tartós kizárás alkalmazható.

22. Harmadszor, még ha úgy is kell értelmezni a 2004/33 irányelv III. mellékletének 2.1 pontját, hogy az MSM-populációra csak átmeneti kizárás vonatkozhat, a tagállam még mindig alkalmazhat magasabb szintű védelmet eredményező intézkedéseket, és tekintheti úgy, hogy az ilyen szintű fertőzésveszély tartós kizárást indokol. A francia kormány emlékeztet az EUMSZ 6. cikk a) pontjára, és az EUMSZ 168. cikk (4) bekezdésének a) pontjára. Az utóbbi azt tartalmazza, hogy a tagállamok elfogadhatnak vagy fenntarthatnak ilyen intézkedéseket, amelyre nem csupán a 2002/98 irányelv (22) preambulumbekezdése, hanem 4. cikkének (2) bekezdése is utal; az utóbbi szerint az irányelv nem akadályozza meg a tagállamokat abban, hogy területükön olyan szigorúbb védintézkedéseket tartsanak fenn vagy vezessenek be, amelyek megfelelnek a Szerződés rendelkezéseinek. Mivel az állandó ítélkezési gyakorlat szerint az emberi egészség és élet védelme áll az első helyen az Unió által védett javak és érdekek között, a tagállamok pedig szabadon dönthetnek a védelem szintjéről és elérésének módjáról, semmi sem zárja ki, hogy egy tagállam úgy tekintse, hogy az MSM-populációt tartósan ki kell zárni a véradásból, azon magas kockázat miatt, amelynek e populációban a donorok ki lennének téve, és amely kockázatot a francia kormány által szolgáltatott epidemiológiai adatok megerősítenek. Ily módon az ilyen végleges kizárás által jelentett szigorúbb védelem arányos a követett jogszerű céllal.

B – *Értékelés*

23. Először el kell dönteni, hogy az, hogy egy férfinak egy másik férfival van szexuális kapcsolata, olyan „szexuális viselkedést (szokást)” jelent-e, amely a 2004/33 irányelv III. melléklete 2.1 pontjának értelmében vett súlyos fertőző betegségek megszerzéséhez nagy kockázattal jár.

24. Ha nem ez a helyzet, akkor másodszor meg kell vizsgálni azt, hogy egy tagállam a közegészségügy terén számára hagyományosan elismert mérlegelési mozgástér keretében elfogadhat-e a közegészséget fokozottabban védő olyan intézkedést, amely az MSM-populáció véradásból való tartós kizárásában áll.

1. A 2004/33 irányelv III. melléklete 2.1 pontjának értelmezéséről

a) A 2004/33 irányelv III. melléklete 2.1 pontját csak a vérrel átvihető súlyos fertőző betegségek megszerzése magas kockázatának fennállása esetén lehet alkalmazni

25. A 2004/33 irányelv III. melléklete 2.1 pontjának tulajdonítandó értelmezés annál is inkább vitatott, mivel – ahogy azt a francia kormány hangsúlyozta – az említett melléklet 2.2.2 pontjában szereplő egyik átmeneti kizárási ok ugyanilyen módon van megfogalmazva, ugyanis az azokra a személyekre utal, „akik viselkedési szokásaik vagy tevékenységeik miatt fokozott *kockázatnak vannak kitéve* a vérrel

24 — Mint az, amikor valakinek alkalmi partnerrel vagy két hónapnál újabb partnerrel volt védekezés nélküli szexuális kapcsolata, az utolsó négy hónapban egynél több partnerrel volt szexuális kapcsolata, vagy olyan partnerrel volt szexuális kapcsolata, akinek az utolsó négy hónapban egynél több partnerrel volt szexuális kapcsolata.

átvihető fertőzések szempontjából”[25]. A jogalkotó szándéka nyilvánvalóan nem lehetett annak előírása, hogy egy azonos módon meghatározott magatartás egyszerre tartós és átmeneti kizárás tárgya is legyen. A francia kormány és a Bizottság is egyértelművé tette, hogy e tekintetében eltérések állnak fenn a 2004/33 irányelv III. mellékletének rendelkezésre álló nyelvi változatai között.

26. A hivatkozott nyelvi változatok szerint ugyanis az átmeneti kizárás vagy csupán az egyszerű kockázatra vonatkozik, szemben a fokozott kockázathoz kapcsolódó tartós kizárással;[26] vagy a III. melléklet mindkét esetben fokozott kockázatra utal;[27] vagy pedig, mint a francia változat esetében is, mindkét esetben további pontosítás nélkül csupán a „kockázat” fogalmára.[28] Márpedig az uniós jog egységes értelmezésének szükségessége kizárja, hogy kétség esetén egy rendelkezés szövegét elszigetelten vizsgálják, hanem ellenkezőleg, azt követeli meg, hogy azt a többi hivatalos nyelven rögzített változatok fényében – amely összevetés, amint láttuk, szintén nem revelatív –, illetve azon szabályozás általános rendszerére és céljára tekintettel is értelmezzék, amelynek az a részét képezi.[29] Másként fogalmazva, pusztán azt a tény, hogy a 2004/33 irányelv III. melléklete 2.1 pontjának francia nyelvű változata csak azokra a személyekre vonatkozik, akiknek szexuális viselkedése (szokásai) a súlyos vérrel átvihető fertőző betegségek megszerzésének „puszta” kockázatával jár, önmagában nem elegendő annak megállapításához, hogy a tartós nemzeti kizárás összeegyeztethető az irányelvvel.

27. Mivel a 2004/33 irányelv a 2002/98 irányelv technikai követelményeit határozza meg, ezért célja az utóbbival azonos. Márpedig a francia kormány által kiemeltekhez hasonlóan a jogalkotó is a 2002/98 irányelv prioritásaként határozta meg a transzfúziós lánc minőségének és biztonságának javítását.

28. Ennek elfogadása egy olyan összefüggésbe illeszkedik, amelyben a tagállamok korábban a transzfúziós lánccal kapcsolatos ellenőrzési és biztonsági rendszereik hiányosságaival szembesültek. Következésképpen a szupranacionális szervekhez fordultak, mind az Európa Tanács[30], mind pedig az Unió szintjén. Mindazonáltal az Unió csak a 2002/98 irányelv formájában fogadta el az első kötelező jellegű aktust e kérdésben – ennek jogalapja az EK 152. cikk (4) bekezdésének a) pontja, amely a „vér […] magas szintű minőségi és biztonsági előírásainak megállapítására vonatkozó intézkedések” elfogadását írja elő.[31] A minőség és a biztonság célkitűzése mindenhol jelen van.[32] A betegségek átvitelének megelőzéséről van szó,[33] annak biztosítása révén, hogy a véradás olyan személyektől származzon, akiknél nem lépnek fel nem kívánt következmények a véradás eredményeként, és a fertőző betegségek átadásának kockázata minimális,[34] az egyének bizalmának megerősítése érdekében.[35] Ugyanezen törekvések tűnnek ki a 2004/33 irányelv[36] értelmezéséből, amelynek rögzített célja az emberi egészség magas szintű védelmének biztosítása.[37]

25 — Kiemelés tőlem.

26 — Lásd például: az olasz, görög, angol és portugál nyelvi változat.

27 — Lásd például: a spanyol és német nyelvi változat.

28 — Hasonló bizonytalanság áll fenn a 2004/33 irányelv III. melléklete 2.2.2 pontjának szövegezését illetően. Bár a francia változat a szexuális viselkedésre és szakmai tevékenységre utal, a spanyol és az olasz változat csupán a viselkedésre, illetve a szexuális tevékenységre hivatkozik, míg a portugál változatok csak viselkedést vagy tevékenységet említenek, azok jellegének megjelölése nélkül – a 2004/33 irányelv egyéb nyelvi változatairól nem is beszélve.

29 — A kiterjedt ítélkezési gyakorlatból lásd: Haasová-ítélet (C-22/12, EU:C:2013:692) 48. pont és az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlat, valamint Drozdovs-ítélet (C-277/12, EU:C:2013:685) 39. pont és az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlat.

30 — Hivatkozom például az Európa Tanács Miniszteri Bizottságának 1995. október 12-i R(95) 14. sz., a vértranszfúzió kapcsán a donorok és recipiensek egészségének védelméről szóló ajánlására.

31 — Lásd: a 2002/98 irányelv (3) preambulumbekezdése. Az intézmények nem kötelező fellépéseiről lásd: az említett irányelv (6)–(9) preambulumbekezdése.

32 — Lásd: a 2002/98 irányelv (1), (3), (5) preambulumbekezdése és 1. cikke.

33 — A 2002/98 irányelv (1) és (2) preambulumbekezdése.

34 — A 2002/98 irányelv (24) preambulumbekezdése.

35 — A 2002/98 irányelv (3) és (6) preambulumbekezdése.

36 — Lásd többek között: a 2004/33 irányelv (2) és (4) preambulumbekezdése, valamint 4. és 6. cikke.

37 — A 2004/33 irányelv (1) preambulumbekezdése.

29. Egyértelmű tehát, hogy a 2004/33 irányelv mellékleteit e célkitűzés fényében kell értelmezni. Emellett úgy vélem, hogy a 2004/33 irányelv III. mellékletének 2.1. pontját, ahogy azt egyébként a francia kormány is elismeri beadványaiban, úgy kell értelmezni, hogy azok a személyek, akiknek a szexuális viselkedése (szokásai) *nagy* kockázattal jár súlyos, vérrel átvihető fertőző betegségek megszerzéséhez, véglegesen ki vannak zárva a véradásból. Az ilyen értelmezés nem csupán annak érdekében tűnik célszerűnek, hogy az uniós jogalkotó által az átmeneti kizárási okok és a tartós kizárási okok között tett megkülönböztetés megőrizze relevanciáját, hanem az összhangban van azzal az irányelvben szintén megjelenő elgondolással, amely szerint az átvitel kockázatát maximális mértékben csökkenteni kell. Ily módon a nagy kockázat tartós kizárást von maga után, míg az alacsonyabb, korlátozottabb kockázat csak átmeneti kizárást.

b) Az, hogy egy férfi másik férfival szexuális kapcsolatban áll vagy állt,[38] a 2004/33 irányelv III. mellékletének 2.1 pontja értelmében vett „szexuális viselkedésnek (szokásnak)” minősül?

30. Bár a fentiekre figyelemmel az átmeneti kizárás és a tartós kizárás közötti határ kirajzolódni látszik, még meg kell határozni, hogy mi minősül olyan „szexuális viselkedésnek (szokásnak)”, amely a fertőzés nagy kockázatával jár.

31. E tekintetben a Bíróságnak benyújtott iratok nem tartalmaznak a 2004/33 irányelv előkészítő munkálataira vonatkozó olyan bizonyítékot, amelyből kitűnne, hogy a jogalkotó mit kívánt érteni a „szexuális viselkedés (szokás)” fogalma alatt, és az irányelv sem tartalmaz ezzel kapcsolatban semmilyen meghatározást. Az Európa Tanács dokumentumainak tanulmányozásából sem derül ki semmi, ugyanis a Miniszteri Bizottság pusztán oly módon határozta meg a kockázatos szexuális viselkedést, mint „olyan szexuális viselkedést, amelynek eredményeként az érintettek a vér által átvihető súlyos fertőző betegségek kockázatának vagy fokozott kockázatának vannak kitéve”[39]. A közfelfogásra kell tehát támaszkodni.

32. Tisztán szó szerinti értelemben a viselkedés határozza meg azt, hogy az egyén hogy jár el, miként viselkedik; reakcióinak összességéről, vagyis a magatartásáról van szó.[40] A viselkedés fogalma *a priori* szubjektív értékeléssel jár, a szexuális viselkedést tehát az érintett személy szexuális szokásai és gyakorlata határozza meg, másként fogalmazva azok a konkrét feltételek, amelyek között a szóban forgó szexuális kapcsolat(ok)ra sor került.

33. Ebből következően felmerül egy kérdés: az MSM személyek tartós kizárása valójában egy adott szexuális irányultságra vonatkozik, vagy egy valódi viselkedésre?

34. A miniszteri rendelet által alkalmazott kizáró ok ugyanis az, hogy egy férfi szexuális aktivitása egy másik férfival való szexuális kapcsolatban áll vagy állt, függetlenül e kapcsolat(ok) feltételeitől, gyakoriságától vagy a szexuális gyakorlattól. E szempontot természetesen nem kifejezetten és közvetlenül szexuális irányultság alapján határozták meg, mivel az MSM kategória meghatározása hivatalosan nem szexuális irányultságon alapul.[41] Mindazonáltal az egyfajta megdönthetetlen vélelmet állít fel, amely szerint az MSM kapcsolat szükségképpen és rendszeresen a fertőzés nagy kockázatát jelenti. Ez a gyakorlatban lényegében – ha nem éppen kizárólagosan –[42] valamennyi hímnemű homoszexuális és biszexuális egyszer és mindenkorra való kizárását jelenti a véradásból, kizárólag azon az alapon, hogy e férfiaknak szexuális kapcsolata volt vagy van jelenleg más férfival.

38 — A kérdőív szövegezésének megfelelően.

39 — Lásd: a fent hivatkozott CM/Res(2013) 3. sz. határozat 1. melléklete.

40 — A *Le petit Larousse illustré*, 2011. évi kiadás, Larousse, Párizs meghatározása szerint.

41 — Lásd: az MSM rövidítés meghatározása a jelen indítvány 16. lábjegyzetében, valamint a fent hivatkozott CM/Res(2013)3. sz. határozat harmadik preambulumbekezdése.

42 — Az a Bizottság írásbeli beadványaiban előadott feltevés, amely szerint a hímnemű homoszexuális és biszexuális populáció egy része egyáltalán nem él szexuális életet, vagyis adhat vért, álláspontom szerint elég marginális ahhoz, hogy ne vegyük figyelembe a jelen okfejtés keretében.

35. Álláspontom szerint a megállapított nemzeti szempontot egyszerre túl tágan és túl általános módon határozták meg, holott a „szexuális viselkedés (szokás)” uniós jogalkotó által használt fogalma azon pontos magatartás, pontos attitűd meghatározását igényli, amelynek eredménye a leendő donort érintő nagy fertőzési kockázat. Egyébként a Bizottság már rámutatott, hogy a 2004/33 irányelvben szereplő „szexuális viselkedés (szokás)” nem értelmezhető a „szexuális irányultság” szinonimájaként. [43]

36. Annak megállapítása, hogy a 2004/33 irányelv III. mellékletének 2.1 pontja azt követeli meg, hogy a véradásból egyszer és mindenkorra kizárják azokat a személyeket, akik tekintetében olyan pontos, részletes viselkedést jelöltek meg, amely nagy kockázatnak tette vagy teszi ki őket, és az nem engedi meg a miniszteri rendeletben szereplőhöz hasonló mértékben általános kizárást, a francia kormány állításával ellentétben nem eredményezi a 2004/33 irányelv III. melléklete 2.1 pontjának hatékony érvényesülésétől való megfosztását. Ez azonban kétségtelenül a tartós kizárás feltételeinek finomítását követeli meg. Azonban már most gondolhatunk a szexmunkásokra [44], akik álláspontom szerint megfelelnek a tartós kizárás feltételeinek az említett melléklet e pontja alapján.

37. A fentiekből az következik, hogy a 2004/33 irányelv III. mellékletének 2.1 pontját úgy kell értelmezni, hogy egy férfi esetében pusztán az a körülmény, hogy szexuális kapcsolatban állt vagy áll egy másik férfival, önmagában kizárólag nem jelent olyan szexuális viselkedést (szokásokat), amely nagy kockázattal jár súlyos, vérrel átvihető fertőző betegségek megszerzéséhez.

2. A 2004/33 irányelv által a tagállamok részére meghagyott mérlegelési mozgástérről, és a számukra elismert azon lehetőségről, hogy szigorúbb védintézkedéseket tartsanak fenn vagy vezessenek be

a) A Szerződés rendelkezéseinek tiszteletben tartása mint a nemzeti hatáskörök gyakorlásának korlátja

38. Ahogy már hangsúlyoztam, a 2002/98 irányelv – amelynek technikai követelményeit a 2004/33 irányelv meghatározta – jogalapja az EK 152. cikk (4) bekezdésének a) pontja volt, amely előírta azokat a feltételeket, amelyek mellett a Tanács hozzájárulhat bizonyos célok eléréséhez, konkrétabban „a vér és vérkészítmények magas szintű minőségi és biztonsági előírásainak megállapítására vonatkozó intézkedések” elfogadásához. Az említett cikk a) pontja kiemelte továbbá, hogy „ezek az intézkedések nem akadályozhatják a tagállamokat abban, hogy szigorúbb védintézkedéseket tartsanak fenn vagy vezessenek be” [45]. Az EK 152. cikk (5) bekezdése kimondta, hogy Közösség fellépése az közegészségügy területén teljes mértékben tiszteletben tartja a tagállamok hatásköreit, és különösen, hogy „[a] (4) bekezdés a) pontjában említett intézkedések nem érinthetik a […] vér adására […] vonatkozó nemzeti rendelkezéseket”. [46]

39. Ha azt is kell megállapítani a fentiek alapján, hogy a volt Közösségnek és napjaink Uniójának fellépése csak kísérő, ösztönző vagy koordinációs intézkedések formáját öltheti, de semmiképpen sem harmonizációét, a Bíróság mindazonáltal soha nem értelmezte e rendelkezéseket úgy, hogy ezek a nemzeti intézkedések teljes mértékben mentesülnek az uniós joggal való összeegyeztethetőségüket illető felülvizsgálat alól.

43 — Lásd: a Bizottság 2011. augusztus 17-i válasza a 2011. július 1-jei írásbeli választ igénylő parlamenti kérdésre (E-006484/2011).

44 — Ezt az esetet egyébként az Európai Unió Tanácsa felvázolta az Európai Közösségben a vért és plazmát adók alkalmasságáról és a véradás keretében levett vér szűréséről szóló, 1998. június 29-i tanácsi ajánlásában (HL L 203, 14. o.: lásd konkrétabban: az említett ajánlás II. melléklete C. pontjának l) pontja), valamint a Európa Tanács is, többek között a fent hivatkozott CM/Res(2013)3. sz. határozat harmadik preambulumbekezdésében.

45 — Jelenleg az EUMSZ 168. cikk (4) bekezdésének a) pontja.

46 — Hasonló szellemben lásd: a jelenlegi EUMSZ 168. cikk (7) bekezdése.

40. Ily módon, a szociális biztonság területén a Bíróság kimondta, hogy „[v]itathatatlan, hogy az uniós jog nem sérti a tagállamoknak a szociális biztonsági rendszerük kialakítására vonatkozó hatáskörét, és uniós szintű harmonizáció hiányában az egyes tagállamok jogszabályai határozzák meg a társadalombiztosítási ellátások nyújtásának feltételeit […]. Meg kell állapítani továbbá azt is, hogy az EK 152. cikk (5) bekezdése értelmében a közegészségügy terén való uniós fellépés során teljes mértékben tiszteletben kell tartani a tagállamoknak az egészségügyi szolgáltatások és az egészségügyi ellátás szervezésére és nyújtására vonatkozó hatáskörét […]. Az is igaz azonban, hogy e hatáskör gyakorlása során a tagállamok kötelesek tiszteletben tartani az uniós jogot, különösen a szolgáltatásnyújtás szabadságára vonatkozó rendelkezéseket […]. A Bíróság ily módon kimondta, hogy az EK 152. cikk (5) bekezdése nem zárja ki azt, hogy a Szerződés egyéb rendelkezései […] alapján a tagállamok kötelesek változtatásokat végrehajtani a nemzeti társadalombiztosítási rendszerükben, *anélkül azonban, hogy ez sértené az e területre vonatkozó önálló hatáskörük*et”[47] .

41. Mutatis mutandis, a Bíróságnak azt is ki kell mondania, hogy az EK 152. cikk (5) bekezdésében hivatkozott egyéb nemzeti hatáskörök gyakorlása feltételeként a Szerződés rendelkezései tiszteletben tartásának előírása sem sérti a tagállamok adott területre vonatkozó önálló hatáskörét. Az említett cikkben szereplő végső pontosítás, amely konkrétan a véradásra vonatkozik, szintén nem ellentétes ezzel.

42. Ily módon, egy olyan nemzeti szabályozás vonatkozásában, amely a véradás önkéntes és térítésmentes jellegét kívánta biztosítani, és a 2002/98 irányelv előírásaihoz képest fokozottabb védelmet nyújtott,[48] a Bíróság nem korlátozta felülvizsgálatát azzal az indokkal, hogy a nemzeti szabályozás az EK 152. cikk (5) bekezdésének hatálya alá tartozik. Ellenkezőleg, megvizsgálta az említett jogszabály összeegyeztethetőségét a Szerződés más rendelkezéseivel, az adott esetben az áruk szabad mozgására vonatkozó rendelkezésekkel. Azt állapította meg továbbá, hogy az EK 30. cikkel összefüggésben értelmezett EK 28. cikkel ellentétes az a nemzeti szabályozás, amely előírja, hogy a vér vagy a vérkomponensek más tagállamból történő behozatala csak azzal a – nemzeti készítményekre szintén alkalmazandó – feltétellel megengedett, hogy az e készítmények alapjául szolgáló véradás során a donorok nem részesülhetnek díjazásban, valamint az e véradással kapcsolatban felmerült költségeiket sem téríthetik meg ez utóbbiak számára.[49]

43. Végül megjegyzem, hogy azt, hogy a Szerződés rendelkezéseinek tiszteletben tartása jelenti a nemzeti hatáskörök gyakorlásának természetes korlátját, megerősíti a 2002/98 irányelv 4. cikke (2) bekezdésének első albekezdése is, amely szerint „[e]zen irányelv nem akadályozza meg a tagállamokat abban, hogy területükön olyan szigorúbb védintézkedéseket tartsanak fenn vagy vezessenek be, *amelyek megfelelnek a Szerződés rendelkezéseinek*”[50] , valamint azt nem vitatja sem a francia kormány[51], sem a Bizottság[52].

47 — Bizottság kontra Portugália ítélet (C-255/09, EU:C:2011:695) 47–49. pont, valamint az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlat, kiemelés tőlem. A Bíróság ily módon ebben az ügyben a főtanácsnok indítványát követte, aki ezzel kapcsolatban azt mondta ki, hogy „[a] Portugál Köztársaság […] az egészségügyi szolgáltatások és az orvosi ellátás saját területén történő szervezésére és nyújtására vonatkozó eredeti hatáskörére sem [hivatkozhatott] sikerrel annak érdekében, hogy kivonja magát az őt az egyéb elsődleges uniós jogi rendelkezések […] alapján terhelő kötelezettségek alól” (lásd: Trstenjak főtanácsnok indítványának 64. pontja [EU:C:2011:246]).

48 — Az ilyen fokozottabb védelmet nyújtó rendelkezést a 2002/98 irányelv 4. cikke (2) bekezdésének második albekezdése megengedi.

49 — Humanplasma-ítélet, C-421/09, EU:C:2010:760, 46. pont.

50 — Kiemelés tőlem.

51 — Lásd: írásbeli beadványának 90. pontja.

52 — Lásd: a Bizottság által az E-0910/2009. sz. parlamenti kérdésre (amely az arányosság elvének tiszteletben tartására hivatkozott) 2009. április 1-jén adott válasz, valamint az E-006484/2011. sz. kérdésre (amely többek között az Európai Unió Alapjogi Chartájának [a továbbiakban: Charta, HL 2007. C 303., 1. o.] 21. cikkére hivatkozott) 2011. augusztus 17-én adott válasz.

b) A miniszteri rendelet közvetett, a nem és a szexuális irányultság kettős kombinációján alapuló hátrányos megkülönböztetést tartalmaz

44. Mivel a tagállamok szabadsága addig tart, amíg az nem fenyegeti az elsődleges uniós jog tiszteletben tartását, e tekintetben csupán azt jegyzem meg, hogy azáltal, hogy véglegesen kizár minden olyan férfit, aki szexuális kapcsolatban állt vagy áll más férfival, a miniszteri rendelet a donorok kiválasztási rendszerében egyértelmű közvetett hátrányos megkülönböztetést alakít ki, [53] amely a nemen alapuló eltérő bánásmód – a szóban forgó feltétel csak férfiakra vonatkozik – és a szexuális irányultság – a szóban forgó feltétel szinte kizárólag csak homoszexuális és biszexuális férfiakra vonatkozik – kombinációja alapján.

45. Noha az R(95)14. sz. ajánlás emlékeztetett annak fontosságára, hogy a donorokat olyan megfelelő módon kell kiválasztani, amely a hátrányos megkülönböztetés minden lehetőségét kizárja, a fent hivatkozott CM/Res(2013)3. sz. határozat elismerte, hogy az MSM-populáció, vagyis a lakosság egy teljes kategóriájának kizárása áll fenn, mivel nem lehet részletesebb, az egyéni kockázatvállaláson alapuló statisztikai adatokra szert tenni. Márpedig éppen a statisztikai adatok állítják rendszeresen szembe az MSM-populációt a heteroszexuális populációval: az MSM kifejezés mind a közfelfogásban, mind pedig a tudományos felfogásban a „homoszexuális”, illetve a „biszexuális” szinonimájává vált. [54] A férfi homoszexuális és biszexuális közösség tehát ki van zárva a véradásból, végleges jelleggel: vagyis hátrányos megkülönböztetés tárgya. Márpedig az Unió küzdeni kíván a nemen és a szexuális irányultságon alapuló hátrányos megkülönböztetés ellen, ahogy azt a korábbi EK 13. cikk, illetve a jelenlegi EUMSZ 19. cikk, valamint a Charta 21. cikke is tanúsítja. [55]

46. Arra természetesen lehet hivatkozni, hogy minden szelekciós mechanizmus jellegénél fogva diszkriminatív. Mindazonáltal fontos meggyőződni arról, hogy az ilyen eltérő bánásmódok megfelelően igazoltak és arányosak.

53 — Álláspontom szerint lehet vitatni ezt a minősítést. A Bíróság legalább két alkalommal a szexuális irányultságon alapuló közvetlen hátrányos megkülönböztetés fennállását állapította meg, a Maruko-ítéletben (C-267/06, EU:C:2008:179) és a Hay-ítéletben (C-267/12, EU:C:2013:823). Az első esetben lényegében egy olyan nemzeti jogszabályról volt szó, amely a származtatott nyugdíjat csak özvegyek számára biztosította, azzal, hogy e minőségére csak házas személy hivatkozhatott, és maga a házasság nem volt elérhető az azonos nemű személyek számára. A második esetben egy olyan kollektív szerződésről volt szó, amely házasság esetén szabadsághoz és támogatáshoz való jogot biztosított, anélkül hogy ennek megfelelő jogokról rendelkezett volna arra az esetre, ha az érintettek bejegyzett élettársi kapcsolatot létesítenek (ez az egyetlen élettársi forma, amely nyitva áll az azonos nemhez tartozó személyek előtt). Ugyanakkor e két esetben, ellentétben az alapeljárásban szereplő kizárással, a kedvezőtlenebb bánásmód az egész, hímnemű és nőnemű homoszexuális közösséget sújtotta.

54 — A francia kormány által szolgáltatott adatokon kívül lásd még: „VIH/sida en France: données de surveillance et études”, *Bulletin épidémiologique hebdomadaire*, 2012. december 1., 46–47. sz., 523. o. (letölthető: de www.invs.sante.fr), illetve az Institut français de veille sanitaire (francia egészségügyi felügyeleti központ grafikonja a felfedezett HIV-szeropozitív esetek számáról fertőzési módonként és születési országonként a 2003. és 2011. évek között (elérhető: 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).

55 — Megjegyzem azt is, hogy a Römer-ügyre vonatkozó indítványában (C-147/08, EU:C:2010:425) egy általam is teljes mértékben osztott elemzés eredményeként Jääskinen főtanácsnok arra kérte fel a Bíróságot, hogy a szexuális irányultságon alapuló hátrányos megkülönböztetés tilalmát általános jogelvként rögzítse (lásd: az 122. és azt követő pontok). Ítéletében (C-147/08, EU:C:2011:286) a Bíróság mindazonáltal anélkül tudott válaszolni a neki feltett előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdésekre, hogy állást kellett volna foglalnia e kérdéssel kapcsolatban. Lehetséges, hogy most jött el az ilyen állásfoglalás ideje, figyelemmel arra, hogy az alapeljárásban szereplő rendeletet 2009. januárban fogadták el, azaz a Lisszaboni Szerződés hatálybalépését megelőzően, vagyis azelőtt, hogy a Charta kötelező erőre tett volna szert.

c) Az eltérő bánásmód igazolt és arányos?

47. A Bíróság többször kimondta, hogy „az emberek egészsége és élete az első helyen áll [a Szerződés] által oltalmazott javak és érdekek között”[56]. Mivel az MSM-populáció véradásból való teljes és állandó kizárásával járó miniszteri rendelet a 2002/98 irányelv 4. cikke (2) bekezdésének értelmében vett szigorúbb védintézkedést jelent, vitathatatlanul jogszerű célt követ, a recipiensek fertőzési kockázatának maximális csökkentését, illetve ezáltal a közegészség magas szintű védelme biztosításának általános célját, amelyre jelenleg az EUMSZ 168. cikk (1) bekezdése és a Charta 35. cikke utal.

48. Bár az alapeljárásban szereplő szabályozás jogszerű célt követ, meg kell vizsgálni, hogy egyebekben tiszteletben tartja-e az arányosság elvét, vagyis, hogy a követett cél elérésére alkalmas és ahhoz szükséges-e, így amennyiben több megfelelő intézkedés kínálkozik, a kevésbé korlátozó intézkedéshez kell folyamodni, és az okozott hátrányok az elérni kívánt célokhoz képest nem lehetnek aránytalanul nagyok.[57]

49. Először, az MSM-populáció tartós kizárása valóban a követett jogszerű cél megvalósítására irányul.

50. Másodszor, az okozott hátrányokat illetően, azokat az érintett tételre figyelemmel viszonylag elviselhetőnek kell tekinteni, mivel a magánélethez kapcsolódó okok miatti kirekesztettség érzésével szemben a recipiensek egészségének védelméhez fűződő magasabb rendű érdeket kell mérlegelni. Ezenkívül el tudom képzelni, hogy az érdek nélküli nemeslelkűség és szolidaritás véradáshoz hasonló gesztusának visszautasítása értetlenséget vált ki azon személyekben, akiknek felajánlását elutasították, de el kell ismerni, hogy a véradás önmagában nem jog, annak egyetemességét soha nem ismerték el, mivel a donorokat szelektálják, és e tekintetében bizonyos számú feltételnek kell megfelelniük, továbbá az utolsó szó mindenképpen az egészségügyi hatóságokat illeti, amelyek kizárólagosan viselik döntéseik teljes körű azonnali felelősségét.[58]

51. Harmadszor, a közegészségügy terén az arányosság elve betartásának vizsgálata annak figyelembevételét igényli, „hogy a tagállam eldöntheti, hogy milyen szinten kívánja a közegészség védelmét biztosítani, és hogy azt milyen módon kell megvalósítani. Ez a szint tagállamonként változhat, ezért a tagállamok részére bizonyos mérlegelési mozgásteret kell engedni”[59]. Következésképpen az a tény, hogy valamely tagállam egy másik tagállamban alkalmazandó szabályoknál kevésbé szigorú szabályokat ír elő, önmagában nem jelenti azt, hogy ez utóbbiak aránytalanok lennének.[60]

56 — Müller Fleisch ítélet (C-562/08, EU:C:2010:93, 32. pont, valamint az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlat). Lásd még: Humanplasma-ítélet (EU:C:2010:760, 32. pont).

57 — Lásd: Müller Fleisch ítélet (EU:C:2010:93, 43. pont).

58 — Lásd: az Európa Tanács Miniszteri Bizottságának a donorok felelősségéről és a véradás korlátairól szóló CM/Res(2008)5. sz. határozatának 4.1. pontja, amely szerint ajánlatos figyelni arra, hogy a vérrel foglalkozó intézményeké legyen a végső felelősség a vér minőségét illetően, valamint, hogy „felelősségi körükbe tartozzon a donorok elfogadásáról vagy kizárásáról szóló végső döntés, a rendszeresen naprakésszé tett epidemiológiai adatokra alapított kockázatelemzés alapján, figyelemmel a recipienseknek az egészség védelméhez való jogára, és az ebből eredő, a fertőző betegségek átvitele kockázatának csökkentésére irányuló kötelezettségre. E jogok és kötelezettségek elsőbbséget élveznek minden más megfontoláshoz képest, *beleértve az egyének véradásra irányuló szándékát is*” (kiemelés tőlem).

59 — Humanplasma-ítélet (EU:C:2010:760, 39. pont), valamint Venturini és társai ítélet (C-159/12–C-161/12, EU:C:2013:791, 59. pont és az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlat).

60 — Müller Fleisch ítélet (EU:C:2010:93, 45. pont és az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlat), valamint Humanplasma-ítélet (EU:C:2010:760, 40. pont).

52. Ez konkrétan azt jelenti, hogy az, hogy Spanyolország, Olaszország, Szlovákia, Finnország és az Egyesült Királyság nem zárja ki következetesen, illetve véglegesen az MSM-populációt a véradásból,[61] nem vehető figyelembe annak eldöntésénél, hogy a francia kormány elfogadhatna-e az egyenlő bánásmód elvét kevésbé sértő, de ugyanazon eredmény elérésére alkalmas intézkedést. Ez annál is inkább így van, mert a kockázat szintje nem egységes a tagállamok között, mivel epidemiológiai helyzetük, többek között a HIV-fertőzés tekintetében, igen eltérő, és nem vitatott, hogy Franciaországban az MSM-populáció HIV-prevalenciája különösen magas.[62]

53. Ugyanakkor annak eldöntéséhez, hogy a miniszteri rendeletben szereplő tartós kizárás nem megy-e túl a szükséges mértéken, a kérdést előterjesztő bíróságnak el kell végeznie bizonyos számú vizsgálatot, amelyet a Bíróság elé terjesztett iratok jelen állapota alapján az nem tud lefolytatni.

54. Ily módon először figyelembe kell venni Franciaország sajátos epidemiológiai helyzetét, megbizonyosodva arról, hogy a benyújtott statisztikai adatok frissek,[63] reprezentatívak és megbízhatók.

55. Másodszor meg kell vizsgálni néhány műszaki-egészségügyi körülményt.

56. A francia kormány érvelése szinte kizárólag a HIV megszerzésének kockázatára koncentrál, amelynek az MSM-populáció ki van téve. Bár a tartós kizárást lényegében az a kockázat igazolja, amellyel a recipiens az „ablakperiódus” alatt szembesül, rámutatok, hogy a francia kormány jelezte, hogy a hosszabb időszakot – amely a HIV 2 vírusra vonatkozik – 22 napra becsülik. Márpedig, ha nem tévedek, a vér megőrzésének maximális ideje körülbelül 45 nap. A tesztelés előtt az MSM-populációtól származó vér következetes karanténba helyezése ezen időtartamra objektíve olyan megoldás lehetne, amely lehetővé teszi a követett cél legjobb elérését.

57. A kérdést előterjesztő bíróságnak ily módon azt kell megvizsgálnia, hogy egy ilyen karantén gazdaságilag elfogadható és tudományosan kivihető-e valamennyi vérkomponens vagy azok egy része tekintetében. Meg kell vizsgálnia többek között azt, hogy mindez nem ártalmas-e a transzfúziós lánc megfelelő működésére. Ennek érdekében támaszkodhat például az Olivier Véran francia képviselő által a szociális és egészségügyi miniszter részére 2013-ban tett, a vérágazat helyzetéről szóló jelentés (a továbbiakban: Véran-jelentés) következtetéseire, amelyek szerint „a szakértők egyetértenek abban, hogy a plazma következetes karanténba helyezése, a virológiai szűréssel együtt lehetővé tenné a vírusok átviteléhez kapcsolódó valamennyi kockázat semlegesítését”[64]. A recipiensek egészségnek védelme szempontjából optimális lenne egy ilyen megoldás: egyrészt lehetővé teszi az adott esetben az MSM-populáció tagjait érintő hátrányos megkülönböztetés érzéséhez – olyan érzésről van szó, amely adott esetben arra késztetheti őket, hogy ne válaszoljanak őszintén a kérdőívre – kapcsolódó problémák leküzdését, másrészt pedig valamennyi véradással szemben azonos bánásmódot alkalmaz, azáltal, hogy a tesztelés előtt hagyja eltelni azt az időszakot, amely alatt a vírus nem deríthető fel, ilyen módon jelentősen megközelítve a nullaszintű kockázatot. Rámutatok, hogy a francia kormány észrevételei, noha későbbiek, mint e jelentés, nem utalnak az utóbbira.

61 — Spanyolország és Olaszország csak átmeneti kizárást ír elő több szexuális partner vagy partnercsere esetén, függetlenül az érintett kapcsolat jellegétől (a jogszabálynak az Emberi Jogok Európai Bírósága előtt folyamatban lévő eljárás során bekövetkezett változása lehetővé tette utóbbi számára, hogy elkerülje a homoszexuálisok véradásból való kizárásának az emberi jogok és alapvető szabadások védelméről szóló európai egyezménnyel való összeegyeztethetőségének vizsgálatát: lásd EJEB, 2002. október 15-i Tosto kontra Olaszország ítélet, 49821/99. sz. keresetlevél); Szlovákia (ahogy az a 2009. február 17-i E-0910/09. sz. parlamenti kérdésből kitűnik), illetve Finnország és az Egyesült Királyság pedig 12 hónapos önmegtartóztatást ír elő azon férfiak számára, akik szexuális kapcsolatban álltak más férfival.

62 — Ha tartjuk magunkat a francia kormány által szolgáltatott adatokhoz, amelyeket láthatóan megerősít a 2004. április 21-i 851/2004 európai parlamenti és tanácsi rendelet (HL L 142., 1. o.; magyar nyelvű különkiadás 15. fejezet, 8. kötet, 346. o.) által létrehozott Európai Betegségmegelőzési és Járványvédelmi Központ „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” című különjelentése is (lásd különösen: a 4., 5. oldal, valamint a 2. melléklet).

63 — Franciaország kontra Bizottság ítélet (C-601/11. P, EU:C:2013:465, 136. pont).

64 — Lásd: az említett jelentés 35. o.

58. Ezenkívül fennáll bizonyos kétség a tartós kizárás koherens jellegét illetően. A miniszteri rendelet által rögzített tartós ellenjavallat alkalmazásában, azt a fent hivatkozott kérdőívvel együtt értelmezve,[65] az a tény, hogy egy férfi életében legalább egyszer – akár tíz évvel korábban – szexuális kapcsolatban állt egy másik férfival, a véradásból való tartós kizárását eredményezi. Ebből azt a következtetést kell levonni, hogy a kockázatos viselkedés aktualitása közömbös, noha, mivel minden levett vért tesztelnek HIV-re, valójában az ablakperiódus a legkritikusabb időszak, amely a legnagyobb kockázatnak teszi ki a recipienseket.[66] Márpedig, újfent, amennyiben az ablakperiódus jelenti az elsődleges indokot, akkor elképzelhető, hogy egy átmeneti kizárás, amelyet az utolsó szexuális kapcsolat időpontjának függvényében állapítanak meg, megfelelőbbnek bizonyulhat.

59. Ugyanebben a gondolatmenetben megvizsgálhatjuk azokat az okokat, amelyek miatt nincs konkrét ellenjavallat az olyan nők vonatkozásában, akiknek partnere az MSM-populációhoz tartozik. Egyebekben az olyan személy, akinek partnere szeropozitív, négy hónapos átmeneti ellenjavallat alá tartozik. Egyfelől elképzelhető, hogy egy ilyen pár fokozott óvatosságot tanúsít, másrészt úgy is lehet tekinteni, hogy ilyen esetben a kockázatnak kitettség valós, míg az MSM-populációnál a követett gyakorlat egyedi vizsgálata nélkül kevésbé tűnik biztosnak. Össze kell vetni az olyan férfi helyzetét is, aki élete során egyszer, vagy alkalmilag védekezés mellett homoszexuális kapcsolatot létesített – ő véglegesen ki van zárva – az olyan heteroszexuális személy helyzetével, akik rendszeresen létesít védekezés nélkül szexuális kapcsolatokat, és aki ennek ellenére csak átmeneti kizárás alá esik: önmagában az MSM-populációhoz tartozás ilyen esetben igazolhatja a végleges kizárást?

60. A statisztikákra visszatérve kiemelem, hogy 2011-ben 2400 MSM-populációhoz tartozó személy tudta meg, hogy szeropozitív. Ugyanebben az évben 3500 személy fertőződött meg heteroszexuális kapcsolatokban, akik közül 2400 külföldön született heteroszexuális személy.[67] A kérdést előterjesztő bíróságnak meg kell próbálnia megvilágítani azokat az indokokat, amely miatt a donorok e kategóriája az alapeljárásban szereplő miniszteri rendelet alapján nem esik semmilyen ellenjavallat alá.[68]

61. Végül, és talán mindenekelőtt, a kérdőívet át lehetne alakítani úgy, hogy alkalmas legyen a kockázatos viselkedések azonosítására az MSM-populáción belül, ahogy azt láthatóan kielégítően megteszi a donorpopuláció maradék részét illetően. A célzottabb kérdések – az utolsó szexuális kapcsolat óta eltelt időszakot, a partnerek számát, kapcsolatok jellegét, a kapcsolatok védekezéses jellegét, az éjszakai szórakozóhelyek látogatását illetően – már nem egy szexuális irányultság azonosítását tennék lehetővé, hanem ellenkezőleg, azon kockázati szint értékelését, amelyet az egyes donorok saját szexuális viselkedésük folytán egyénileg képviselnek.[69]

62. A fentiekből az következik, hogy a kérdést előterjesztő bíróságnak meg kell győződnie arról, hogy azáltal, hogy tartós jelleggel kizárta a véradásból azokat a férfiakat, akik férfival szexuális kapcsolatban álltak vagy állnak, a francia kormány a közegészség védelme terén a tagállamok számára hagyományosan elismert mérlegelési mozgástérrel oly módon élt-e, amely összeegyeztethető a szexuális irányultságon alapuló hátrányos megkülönböztetés tilalmával, konkrétabban pedig az arányosság elvével. Annak vizsgálata során, hogy a végleges kizáró intézkedés nem megy túl a recipiensek egészsége védelmének jogszerű célja eléréséhez szükséges mértéken, a kérdést előterjesztő bíróságnak meg kell bizonyosodnia először arról, hogy Franciaország Bíróságnak bemutatott

65 — Lásd: a jelen indítvány 9. pontja.

66 — Az Európa Tanács Miniszteri Bizottsága R(95) 14. számú ajánlásának 20. cikke azt mondja ki, hogy „[a]z esettől függően tartós vagy átmeneti kizárást az olyan kategóriákhoz tartozó személyek tekintetében kellene kimondani, akik kórtörténetük, illetve *jelenlegi* tevékenységeik vagy viselkedésük alapján a fertőző betegségek átvitelének kockázatát hordozzák” (kiemelés tőlem).

67 — Forrás: a francia egészségügyi felügyeleti központ fent hivatkozott grafikonja a felfedezett HIV-szeropozitív esetek számáról fertőzési módonként és születési országonként a 2003. és 2011. év között. Lényegében a szubszaharai Afrikában született személyekről (77%) és nőkről (58%) van szó.

68 — Egyértelmű, hogy mivel az MSM-populáció számszerűleg jóval kisebb, mint a heteroszexuális populáció, a fertőzési ráta arányosan sokkal magasabb e populációnál, és ezt nem is akarom itt vitatni. Ugyanakkor az is tagadhatatlan, hogy a külföldön született heteroszexuális személyek olyan kategóriát jelentenek, amely arányosan különös mértékben ki van téve a HIV megszerzése kockázatának, anélkül hogy tekintetükben a miniszteri rendelet különös óvintézkedést írna elő.

69 — E tekintetben megjegyzem, hogy itt egy a fent hivatkozott Véran-jelentésben is megjelenő ajánlásról van szó: lásd: az említett jelentés, 36. o.

epidemiológiai helyzete megbízható, reprezentatív és friss statisztikákon alapul, másodszor pedig arról, hogy a tudományos ismeretek jelen állása szerint a transzfúziós lánc túlzott korlátozása nélkül nem lehetséges a véradásoknak az ablakperiódus lejártáig való karanténba helyezésére irányuló intézkedések meghozatala. Végül, a kérdést előterjesztő bíróságnak meg kell keresnie azokat az esetleges okokat, amely miatt az egyéni kockázatvállalás mértékének értékelése – az esetlegesen átalakított kérdőív, valamint az annak kiderítésére irányuló, az egészségügyi személyzet által folytatott egyéni elbeszélgetés révén, hogy a potenciális donor „kockázatos" szexuális viselkedést követ-e –, noha a lakosság többi része esetében lehetséges, nem bizonyul megfelelőnek arra, hogy kielégítő védelmet biztosítson a recipiensek számára az olyan férfiaktól származó véradást illetően, akik szexuális kapcsolatban álltak vagy állnak egy másik férfival.

V – Végkövetkeztetések

63. A fenti megfontolások összességére figyelemmel azt javaslom, hogy a Bíróság a következőképpen válaszolja meg a tribunal administratif de Strasbourg által feltett kérdést:

„A 2002/98/EK európai parlamenti és tanácsi irányelvnek az emberi vérre és vérkomponensekre vonatkozó egyes technikai követelmények tekintetében történő végrehajtásáról szóló, 2004. március 22-i 2004/33/EK bizottsági irányelv III. mellékletének 2.1. pontját úgy kell értelmezni, hogy egy férfi esetében pusztán az a körülmény, hogy szexuális kapcsolatban állt vagy áll egy másik férfival, önmagában kizárólag nem jelent olyan szexuális viselkedést (szokásokat), amely nagy kockázattal jár súlyos, vérrel átvihető fertőző betegségek megszerzéséhez.

A kérdést előterjesztő bíróságnak meg kell győződnie arról, hogy azáltal, hogy tartós jelleggel kizárta a véradásból azokat a férfiakat, akik férfival szexuális kapcsolatban álltak vagy állnak, a francia kormány a közegészség védelme terén a tagállamok számára hagyományosan elismert mérlegelési mozgástérrel oly módon élt-e, amely összeegyeztethető a szexuális irányultságon alapuló hátrányos megkülönböztetés tilalmával, konkrétabban pedig az arányosság elvével.

Annak vizsgálata során, hogy a végleges kizáró intézkedés nem megy túl a recipiensek egészsége védelmének jogszerű célja eléréséhez szükséges mértéken, a kérdést előterjesztő bíróságnak meg kell bizonyosodnia először arról, hogy Franciaország Bíróságnak bemutatott epidemiológiai helyzete megbízható, reprezentatív és friss statisztikákon alapul, másodszor pedig arról, hogy a tudományos ismeretek jelen állása szerint a transzfúziós lánc túlzott korlátozása nélkül nem lehetséges a véradásoknak az ablakperiódus lejártáig való karanténba helyezésére irányuló intézkedések meghozatala. Végül, a kérdést előterjesztő bíróságnak meg kell keresnie azokat az esetleges okokat, amely miatt az egyéni kockázatvállalás mértékének értékelése – az esetlegesen átalakított kérdőív, valamint az annak kiderítésére irányuló, az egészségügyi személyzet által folytatott egyéni elbeszélgetés révén, hogy a potenciális donor »kockázatos« szexuális viselkedést követ-e –, noha a lakosság többi része esetében lehetséges, nem bizonyul megfelelőnek arra, hogy kielégítő védelmet biztosítson a recipiensek számára az olyan férfiaktól származó véradást illetően, akik szexuális kapcsolatban álltak vagy állnak egy másik férfival."