



**מדיניות "דחייה קבועה" של קבלת תרומת דם מגברים
שקיימו יחסי מין עם גברים – שמירה על בריאות הציבור
או הפליה פסולה?
Léger v **Ministre des Affaires Sociales**
בעקבות החלטת בית הדין האירופי לצדק בבקשת**

עדי ניב-יגודה* אסף וייס**

א. מבוא. ב. תרומות דם – המקרה הישראלי. ג. איכות ובטיחות
מנות הדם. ד. מדיניות "דחייה קבועה" כמדיניות פוגענית.
ה. מידתיות מדיניות הדחייה הקבועה. ו. מדיניות הדחייה הקבועה
ושאלון תורם הדם – כלים יעילים? ז. השאלון ככלי מתאים לאיתור
גורמי סיכון. ח. סיכום.

א. מבוא

מדיניות איסור גורף לקבל תרומת דם מגברים שקיימו יחסי מין עם גברים, עשויה להיות
מוצדקת במצבים מסוימים ובמדינות שבהן לא ניתן להגן על בריאות הציבור באמצעים
יעילים יותר ופוגעניים פחות. כך קבע בית הדין האירופי לצדק (Court of Justice of the
European Union) בפרשת Léger v Ministre des Affaires Sociales.¹

* עדי ניב-יגודה, עורך דין ומרצה למשפט רפואי בבית הספר לרפואה באוניברסיטת תל-אביב
ובפקולטות למשפטים; יועץ למוסדות בריאות בנושאים מדיקו-לגליים ומדיניות בריאות;
בעל משרד עורכי דין.
** אסף וייס, עורך דין ויועץ בכיר לשרת הבריאות לשעבר ח"כ יעל גרמן, ומי שהיה אמון
מטעמה על ליווי עבודת הוועדה לבחינת מדיניות תרומות דם.
תודתנו לפרופ' ארנה בן-נפתלי ולמר אלעד שרעבי על הערותיהם המועילות.
¹ Case C-528/13, *Geoffrey Léger v. Ministre des Affaires Sociales* [2015] ECR 288
(להלן: "חוות הדעת").



מדיניות "דחייה קבועה" של קבלת תרומת דם מגברים שקיימו יחסי מין עם גברים – שמירה על בריאות הציבור או הפליה פסולה?

במרכז הפרשה ניצב סירוב רופא מטעם ארגון שירותי הדם של צרפת, לקבל תרומת דם מגבר שקיים יחסי מין עם גבר אחר. סירוב זה משקף את מדיניות הבריאות המעוגנת בדירקטיבה האירופית ביחס לתרומות דם,² ובכלל זאת גם תנאי הסף שבהם נדרשים לעמוד תורמי דם.³ כחלק מהליך בקרה וסינון המפורט בדירקטיבה, כל תורם פוטנציאלי נדרש למלא שאלון רפואי שמתחקה אחר ההיסטוריה הרפואית שלו, כמו גם אחר גורמי סיכון למחלות מידבקות.⁴ עוד נכתב בדירקטיבה כי אחד הקריטריונים לדחייה גורפת של תורמים פוטנציאליים, הוא התנהגות מינית שמגדילה את פוטנציאל הסיכון למקבלי תרומות הדם.⁵ אנשים שמעצם השתייכותם הקבוצתית מזוהים כבעלי סיכון להיות נשאים של מחוללי מחלות מידבקות, ובפרט הפטיטיס B, הפטיטיס C ונגיף ה-HIV. ובענייננו, המיקוד הוא בגברים שמקיימים יחסי מין עם גברים. יש לציין, במדינות אירופה קיימת שונות בהגדרה הלשונית של רמת הסיכון, וזאת באופן שמשפיע בפועל גם על הפרקטיקה הנוהגת (דחייה קבועה או זמנית). השונות מתקיימת בין 'סיכון', שאזי הסירוב לקבל מנת דם עשוי להיות זמני, ובין 'סיכון גבוה', שאזי הסירוב לקבל מנת דם מאדם המשתייך לקבוצה זו הוא קבוע וגורף.⁶ נוכח האמור לעיל, ובעקבות דחיית בקשתו לתרום דם, פנה העותר לבית המשפט המנהלי בשטרסבורג (Administrative Court, Strasbourg) בטענה שמדובר במדיניות מפלה הפוגעת בעקרון השוויון. נוכח

2 COMMISSION DIRECTIVE 2004/33/EC of 22 March 2004 (להלן: "הדירקטיבה").
3 ANEX III – Eligibility criteria for donors of whole blood and blood components, שם, בעמ' 31.
4 ANNEX II – Information Requirements, part B – Information to be obtained from donors by blood establishments at every donation, שם, בעמ' 29.
5 "Sexual behavior – Persons whose sexual behaviour puts them at high risk of acquiring severe infectious diseases that can be transmitted by blood" שם, בעמ' 32.
6 ראו ס' 32 ל"חוות הדעת", לעיל ה"ש 1: "In the French version of those provisions, permanent deferral from blood donation provided for in point 2.1 and temporary deferral in point 2.2.2 both apply to persons whose sexual behaviour puts them at 'risk' of acquiring severe infectious diseases that can be transmitted by blood. In that language version, the level of risk justifying the permanent deferral from blood donation is therefore exactly the same as that applicable to temporary deferral. However, in some language versions of point 2.1 of Annex III to Directive 2004/33, while temporary deferral requires the presence of a 'risk', permanent deferral requires a 'high risk'. That is the case, in particular, in the Danish ('stor risiko'), Estonian (kõrgendatud ohtu'), English ('high risk'), Italian ('alto rischio'), Dutch ('groot risico'), Polish ('wysokie ryzyko') and Portuguese ('grande risco') versions of those provisions."



הטענה שיש במדיניות הבריאות משום פגיעה בזכויות האדם, החליט בית המשפט המנהלי להפנות את הסוגיה גם לבחינתו של בית הדין האירופי לצדק. בחוות דעתו מיום 29.4.2015 מתווה בית הדין האירופי לצדק את הדרך לבחינת מדיניות הבריאות הנוהגת בצרפת, כמו גם ביתר מדינות האיחוד האירופאי, תוך שהוא מבחין בין שני מישורים שונים אך שלובים – המישור הרפואי (בריאות הציבור) והמישור המשפטי.

בשלב הראשון כבסיס לדיון, מנחה בית הדין לבחון על סמך תשתית הנתונים האפידמיולוגיים הקיימת בצרפת, אם הנתונים העדכניים מצדיקים את יישום המדיניות האירופית שבדיקטיבה בתחומי המדינה ותומכים בה. קרי, האם הנתונים העדכניים מאשרים כי בצרפת קיימת כיום שכיחות גבוהה של מחלות זיהומיות בקרב גברים שקיימו יחסי מין עם גברים, עד כדי הגדרתם כ-'קבוצת סיכון גבוה' ושליה קבועה וגורפת של האפשרות לתרום דם. בשלב השני, על רקע הידע הרפואי ותשתית הנתונים הספציפית בצרפת, פונה בית הדין לבחינה משפטית של הסוגיה. בחינה שבמרכזה השאלה האם נקיטת מדיניות של דחייה קבוצתית קבועה וגורפת עולה בקנה אחד עם זכויות היסוד במדינות האיחוד האירופי. או שמא יישום מדיניות זו מהווה אפליה פסולה ופגיעה בשוויון, גם כשהנתונים מעידים על שכיחות גבוהה של מחלות זיהומיות בקרב גברים שקיימו יחסי מין עם גברים. מדיניות בריאות שאם האמצעים ליישומה עולים כדי פגיעה ו/או אפליה, שאז ראוי כי ההגנה על בריאות הציבור תעשה באמצעים אחרים, פוגעניים פחות. אמצעי ממין זה הוא, למשל, שימוש בטכניקה המשלבת שאלון וראיון אישי, שמטרתה להתחקות אחר התנהגות מינית מסוכנת של האדם המסוים המבקש לתרום דם, או עריכת בדיקות משוכללות שבכוחן לאתר נוכחות נגיפים גם בתקופת 'החלון'.⁷

בנוסף, בית הדין לצדק בחוות דעתו, מתייחס לשונות בהגדרת הסיכון ולקריטריונים שעל בסיסם קיימת ההבחנה בין 'דחייה זמנית' לבין 'דחייה קבועה'. לגישת בית הדין לצדק, נוכח עוצמת הפגיעה הגלומה בדחיית קבע, לא ניתן להסתפק ב'סיכון' בלבד, ויש לבחון אם הסיכון הנובע מקבלת תרומת דם מגבר שקיים יחסי מין עם גבר, עולה כדי 'סיכון גבוה'. שאז, מטעמים של שמירה על בריאות ציבור מקבלי מנות הדם, ככל שהנתונים העדכניים מצביעים על סיכון גבוה, כך ניתן יהיה לראות בדחיית קבע אמצעי שפגיעתו מידתית.⁸

⁷ ראו בהמשך הסבר על "תקופת החלון".

⁸ ראו בסיכום "חוות הדעת", לעיל ה"ש 1: "Point 2.1 of Annex III to Commission Directive 2004/33/EC of 22 March 2004 implementing Directive 2002/98/EC of the European Parliament and of the Council as regards certain technical requirements for



מדיניות "דחייה קבועה" של קבלת תרומת דם מגברים שקיימו יחסי מין עם גברים – שמירה על בריאות הציבור או הפליה פסולה?

הגם שאין בחוות דעתו של בית הדין לצדק כדי לחייב או להנחות את מערכת הבריאות בישראל, ראוי לבחון אם שירותי בנק הדם בישראל נוקטים באמצעים מידתיים, קרי – שמירת בריאות הציבור לצד פגיעה מינימלית בפרט המשתייך לקבוצת סיכון מוגדרת ומזוהה. ואולם, בהארה זו נבקש לטעון כי מדיניות "דחייה קבועה" של תרומות דם הננקטת כלפי קהילת ה-MSM בישראל היא כוללנית, גורפת ולא מידתית. מדיניות שבמתכונתה הנוכחית היא תורמת לתחושות השפלה לצד יצירה וליכוי של סטיגמות חברתיות וסטריאוטיפים, ומנגד אינה מגשימה בהכרח את מטרתה – שמירה על הבריאות הציבור. חיזוק לעמדה זו ניתן למצוא גם ממדיניות הבריאות והפרקטיקה הנוהגת במדינות המערב, וזאת כפי שיוצג בהארה זו.

ב. תרומות דם – המקרה הישראלי

שירותי בנק הדם בישראל מופעלים על ידי מגן דוד אדום (להלן – "מד"א"). למד"א כגוף שהוקם מכוח חוק⁹, הסמכות הייחודית ואחראיות על שירותי הדם, החל מארגון וניהול התרומות דם, דרך עיבוד מנות הדם ובדיקתן, ועד אספקה של מנות דם ורכיביו לבתי החולים.¹⁰ בישראל רשאי לתרום דם כל אדם בריא בגילאי 18–80, ובלבד שהוא עונה על הקריטריונים שנקבעו בנהלי משרד הבריאות. כל תרומת דם עוברת סדרה של בדיקות מתקדמות לאיתור מחלות זיהומיות, ובהן: הפטיטיס B ו-C, עגבת, HIV ועוד. בדומה לדירקטיבה האירופאית, גם בישראל נקבע מגוון סייגים והגבלות ביחס לתורמי דם פוטנציאליים, וזאת במטרה להגן על בריאות הציבור. אחת ההגבלות קובעת כי אסור לעשות שימוש במנת דם אם: "התורם מקיים אורח חיים העלול להגביר את הסיכון

blood and blood components must be interpreted as meaning that the criterion for permanent deferral from blood donation in that provision relating to sexual behaviour covers the situation in which a Member State, having regard to the prevailing situation there, provides for a permanent contraindication to blood donation for men who have had sexual relations with other men where it is established, on the basis of current medical, scientific and epidemiological knowledge and data, that such sexual behaviour puts those persons at a high risk of acquiring severe infectious diseases and that, with due regard to the principle of proportionality, there are no effective techniques for detecting those infectious diseases or, in the absence of such techniques, any less onerous methods than such a counter indication for ensuring a high level of health protection of the recipients. It is for the referring court to determine whether, in the Member State concerned, those conditions are met

חוק מגן דוד אדום, התש"י-1950.

חוזר מינהל רפואה 69/2002, נהלים להפעלת בנק דם ומתן עירוי דם (16.12.2002).

9

10



למקבלי הדם כמו שימוש תוך ורידי/הסנפה סמים, קיום יחסי מין עבור תשלום, קיום יחסי מין בין גברים לאחר שנת 1977" (הדגשה אינה במקור).¹¹ הגבלה עליה הוחלט בוועדה המייעצת לרפואת עירוים במשרד הבריאות, ושעוגנה בנהלי משרד הבריאות.¹² לצד ההתוויה שמכוחה נאסר לעשות שימוש בתרומת דם מגברים שקיימו יחסי מין עם גברים, וכפירוט נוסף להתוויה זו, נכתב כי "הנהלים הקובעים את מדיניות התרומת הדם בישראל, לפיהם עובדים בשירותי הדם של מד"א, נקבעים ע"י משרד הבריאות, בהסתמך על המלצותיה של וועדת מומחים מקצועית בנושא רפואת עירוים. הם מבוססים על נהלים והנחיות הקיימים בארצות המפותחות בעולם, ושנקבעים שם ע"י גופים כמו ה-FDA והרשויות האירופאיות. מטרתם לסייע למערכת הבריאות לעשות ככל שביכולתה כדי לצמצם סיכונים הנובעים משימוש במנות שעלולות לגרום לנזק בריאותי חמור למקבלי הדם. גם הבדיקות המתקדמות ביותר שמבוצעות, בישראל ובעולם, לכל מנת דם במטרה לזהות מחלות שעלולות לעבור בעירווי (ובמיוחד דלקת כבד נגיפית ו-HIV אינן מסוגלות לזהות תורם שנמצא ב"תקופת החלון", שהיא התקופה ממועד ההדבקה ועד לזיהוי קיום הנגיפים בדם. הסיכון שיתרם מנה כזו גבוה יותר בקרב אוכלוסיות ופרטים שנמצאות בסיכון גבוה להידבקות, כאוכלוסיית הגברים המקיימים יחסי מין עם גברים. היות ומכל מנת דם מכינים 3 מרכיבים, הניתנים ל-3 חולים שונים, הפוטנציאל לנזק הוא משמעותי ביותר. לא ניתן יהיה להצדיק, בשום פנים ואופן, כלפי החולים שנפגעו, את השימוש במנות דם נגועות אם יסתבר שהמערכת לא נקטה בכל אמצעי הזהירות המקובלים בעולם למניעת ההדבקה".¹³

במקרים רבים, כורח המציאות הוא שמקבל מנת הדם אינו מהווה חלק מהליך ההחלטה על החדרת עירווי הדם לגופו, החלטה שבגינה מקבל עירווי הדם עלול להיות חשוף לנזק כרוני לבריאותו או אפילו לכזה המסכן חיים. עובדה זו לבדה מחייבת את הגורם אשר עושה שימוש במנת הדם, לשמור על יתר זהירות בכל הנוגע להליך קבלת תרומות דם ושימוש במנות דם.

עם זאת יש לציין, כי ככל שאדם ביצע פנייה יזומה אל בנק הדם ודיווח שהאפשרות לתרום דם נשללה ממנו על רקע קיום יחסי מין עם גבר אחר, זכאותו לביטוח דם תישמר, וזאת כמקובל בישראל לציבור תורמי הדם.

¹¹ שאלון תורמי דם, מק"ט 044-0-5366, גרסה 07.13 (להלן: "שאלון תורם הדם"), זמין להורדה באתר מד"א בקישור <http://www.mdais.org/364> (סעיף 30.5).

¹² חוזר מנהל רפואה 40/2002, מצבים בהם לא ניתן להשתמש במנות דם שנתרמו לעירווי (18.8.2002).

¹³ "מי יכול / לא יכול לתרום דם" אתר מד"א 9.11.2014 www.mdais.org/364.



מדיניות "דחייה קבועה" של קבלת תרומת דם מגברים שקיימו יחסי מין עם גברים – שמירה על בריאות הציבור או הפליה פסולה?

ג. איכות ובטיחות מנות הדם

כאמור, תרומות הדם בישראל מבוצעות בהתאם לנוהלי משרד הבריאות הנכתבים בהמלצת הוועדה המייעצת למשרד הבריאות בנושא רפואת עירוויים.¹⁴ בדומה למדינות רבות בעולם, גם בישראל מקיימים הגורמים האמונים על שירותי הדם מנגנון שמטרתו להבטיח את איכות מנות הדם ובטיחותן. מנגנון זה בנוי ממספר שלבים המתמקדים, בין השאר, במטרות הבאות: (1) הבטחת בריאותו של התורם – שלבים שנועדו לסנן תורמים שמתן תרומת דם עלול לסכן את בריאותם; (2) בטיחות הצוותים שעובדים עם מנות הדם – מנגנוני בטיחות שנועדו להגן על סגלי הרפואה שבאים במגע עם מנת הדם, כגון: המתרימים, צוותי המעבדה והרופאים שמחזירים את מנת הדם לנתרם; (3) בטיחות הנתרם – אמצעים שנועדו לשמור על בטיחות הנתרם מחשש למחלות מידבקות או משימוש לא מושכל במנת דם (מתן עירוי דם ללא הצדקה או באופן שעלול לפגוע במקבל מנת הדם).

המנגנון הרב שלבי נבנה, בין השאר, בשל העובדה שהבדיקות לזיהוי מחלות מידבקות במנות דם אינן בטוחות לחלוטין ולכל אחת מהבדיקות קיימת סטיית תקן של טעויות אפשריות. כך לדוגמה בדיקה לזיהוי נוכחות נגיף מסוים עלולה לספק תוצאה חיובית לנוכחותו כשבפועל הוא אינו נוכח במנת הדם (falls positive), ולהיפך. טעויות בתוצאות בדיקה עלולות להיגרם בשל מגוון סיבות וגורמים, ובין היתר גם כתוצאה מטעות אנוש של עובדי מעבדה (סימון שגוי של דגימות וכד'). תוצאות שגויות מסוג זה מחייבות במידה רבה לקיים מנגנוני גיבוי נוספים שמסייעים בצמצום הסיכון ממנת הדם. סיבה נוספת לבניית מנגנון רב שלבי היא קיומה של "תקופת חלון", שמשפיעה על היכולת לאתר נגיפים בחלק ממנות הדם. "תקופת החלון" היא פרק זמן שבו בדיקות המעבדה אינן מסוגלות לזהות נוכחות של נגיף או נוגדן למחלה מסוימת. המשמעות היא שאם אדם נמצא ב"תקופת החלון", בדיקת המעבדה עלולה שלא לזהות את נוכחות הנגיף. בפועל הבדיקה תספק תוצאה שלילית לנוכחות הנגיף, ואילו הנגיף נמצא במנת הדם ועלול להדביק את מקבל המנה. "תקופת חלון" זו משתנה בין נגיפים שונים ובין בדיקות שונות. דוגמה טובה לכך היא הבדיקות לזיהוי נוכחות נגיף ה-HIV. כל מנת דם נבדקת בשתי בדיקות שונות לזיהוי נוכחות נגיף ה-HIV: NAT (1) – "תקופת חלון" של מספר ימים; (2) ELISA – "תקופת חלון" של מספר שבועות. השימוש בשתי הבדיקות מחלק את פרק הזמן לשלוש תקופות: הראשונה, "תקופת החלון" של בדיקת ה-NAT –

¹⁴ חוזר מינהל רפואה 69/2002, לעיל ה"ש 11.



הבדיקות לא מספקות מידע לגבי תקופה זו ולא יזהו נוכחות של נגיף ה-HIV בדם. **השנייה**, גבול "תקופת החלון" של ה-NAT וגבול "תקופת החלון" של ה-ELISA – תקופה שבה רק בדיקת ה-NAT מסוגלת לזהות את נוכחות הנגיף. **השלישית**, לאחר "תקופת החלון" של ה-ELISA – תקופה שבה שתי הבדיקות בוחנות את נוכחות הנגיף. כאן המקום להדגיש, התקופה המסוכנת ביותר היא התקופה הראשונה שבה אין שום אינדיקציה לגבי נוכחות נגיף ה-HIV. בתקופה השלישית מבוצעות למעשה שתי בדיקות וכל אחת מספקת גיבוי לטעויות אפשריות בבדיקה השנייה.

נוכח זאת, ולאור הרצון לצמצם את פוטנציאל הסיכון גם ביחס לתקופת הזמן הראשונה, נעשה שימוש בכלי נוסף – **שאלון תורם דם**. מטרת השאלון היא לזהות ולסנן גורמי סיכון או תורמים בעלי פוטנציאל גבוה יותר להיות נשאים של מחוללי מחלות מידבקות. שאלון שמיישם את מדיניות הבריאות הנוהגת בישראל, לפיה חל איסור גורף וקבוע לקבל תרומת דם מגברים שקיימו יחסי עם גברים, מאז שנת 1977.

האיסור הגורף לקבל תרומות דם, לצד שימוש בשאלון "תורם הדם", מביא ל**פגיעה קשה בפרט המשתיך לקבוצת ה-MSM (Men having Sex with Men)**. איסור שכזה מתייג את הפרט כ"בעל סיכון" רק על בסיס השתייכותו הקבוצתית. פגיעה זו עלולה גם להוביל לתחושת ניכור והשפלה תוך הנצחת דעות קדומות חברתיות. כמו כן, עולה שאלת **עמידתם של מדיניות הדחייה הקבועה ושאלון "תורם הדם" במבחן המידתיות** ובפרט בעמידת מדיניות הדחייה הקבועה במבחן המידתיות הצר ובמבחן היעילות, ובעמידה של שאלון תורם הדם במבחן הקשר הרציונאלי ובמבחן האמצעי שפגיעתו פחותה.¹⁵

ד. מדיניות "דחייה קבועה" כמדיניות פוגענית

בדומה לקבוע בדירקטיבה האירופית בנוגע לתרומות דם, גם בישראל, כחלק מרצון להבטיח את איכות מנת הדם ובטיחותה, קיימת מדיניות בריאות שמבחינה בין "דחייה קבועה" – במסגרתה חל איסור לתרום דם לצמיתות. לדוגמה, איסור התרמת גברים שקיימו יחסי מין עם גברים מאז שנת 1977, או אנשים שנולדו במדינה אנדמית – ובין "דחייה זמנית" – לדוגמה, אדם אשר קיים יחסי מין עם אדם המצוי בקבוצת סיכון, שאז ייאסר עליו לתרום דם במשך שנה שלמה.

¹⁵ ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995); אהרן ברק **מידתיות במשפט** (2010); ברק מדינה "על 'פגיעה' בזכות החוקתית ועל 'תכלית ראויה'" **משפט ועסקים** טו 283, 281 (2012).



מדיניות "דחייה קבועה" של קבלת תרומת דם מגברים שקיימו יחסי מין עם גברים – שמירה על בריאות הציבור או הפליה פסולה?

נדמה כי יש במדיניות הדחייה הקבועה והגורפת משום פגיעה בפרט המשתייך לקבוצה הנדחית, פגיעה שמקורה בסיווג ותיוג אדם כבעל סיכון רק על בסיס השתייכותו הקבוצתית ובהתעלם מנתוניו האישיים. הלכה למעשה, נדמה כי המדיניות הנוהגת בישראל מיישמת קביעת פרופיל סיכון המושתת על מאפיינים כלליים, ומבוסס על נטייה מינית.¹⁶

תיוג זה מלווה בתחושות קשות של ניכור והשפלה לצד הנצחת סטיגמות חברתיות וסטריאוטיפים, תחושות שיכולות ותתעצמנה נוכח ההקשר החברתי הקיים בין נטייה מינית ובין נגיף ה-HIV.¹⁷ יש לציין שהגם שלשון הסעיף בשאלון מתייחסת לאקט מיני בין שני גברים, ולא לנטייה המינית, הכוונה והקשר ברורים וחזקים. קשר זה מזין לא פעם תופעות של דמוניזציה ושנאה,¹⁸ ומחזק נקיטת יחס חברתי וממסדי שונה כלפי הומוסקסואלים, וזאת רק בשל נטייתם המינית. כאן המקום להדגיש, אחת הסכנות מסימון ותיוג אנשים על בסיס סטטיסטי או אפידמיולוגי תוך הגדרתם כ'קבוצת סיכון', נובעת מפרטנציאל חציית גבולות הצורך הרפואי, וחלחול התווית לתחומי חיים אחרים. תווית בעלת ניחוח מדעי או רפואי, שמזינה דעות קדומות ותפיסות חברתיות פסולות.

¹⁶ טענות דומות עלו גם בבג"ץ 4797/07 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' רשות שדות התעופה (פורסם בנבו, 10.3.2015), שם נטען: "החלת פרופיל סיכון על אזרחי ישראל, באופן שיצדיק עריכת בדיקה ביטחונית מחמירה יותר גם בהעדר מידע קונקרטי לגבי אותו אזרח, מעוררת קושי רב. ספק בעינינו אם שימוש בפרופיל סיכון המושתת על מאפיינים גורפים וכוללניים, ואשר נסמך על השתייכות הנוסע לקבוצת אוכלוסייה מסוימת כמאפיין בלעדי – הוא לגיטימי [...] אכן, הגם שאין לאדם זכות קנויה לכך שלא יעבור בידוק בטחוני בשדה התעופה, זכותו שבידוק שכזה יוחל עליו באופן שוויוני בהיותו מבוסס על קריטריונים שווים ואחידים. אין חולק כי מאז החלה התופעה של פיגועי טרור רחבי היקף ועוצמה, תלויה ועומדת במדינות רבות שאלת הלגיטימיות של קביעת פרופילים של גורמי סיכון פוטנציאליים על-פי תיוג המבוסס על מוצא או על רכיב אתני. התיוג מעורר, כמובן, קושי מיוחד כאשר מדובר באזרחי המדינה אשר יש לכבד את היותם שווי זכויות. גם במקרה שלפנינו, הגם שהבידוק המחמיר אינו חל על כל אזרחיה הערבים של המדינה הרי קיומן של אמות מידה גורפות וכוללניות בהערכת סיכון פוטנציאלי, ככל שאלה אמנם הנסיבות העובדתיות ואיננו מכריעים בכך, מעורר קושי המצדיק דיון מעמיק יותר על בסיס נתונים רלוונטיים".

¹⁷ עדי ניב-יגודה "לנפץ את הסטיגמה – HIV וזכויות אדם" המשפט ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 5, 27 (2014).

¹⁸ Sander Gilman, *AIDS and Syphilis: The iconography of Disease*, in *AIDS: CULTURAL ANALYSIS, CULTURAL ACTIVISM* 90 (Douglas Crimp ed., 1988); Steven Epstein, *Moral Contagion and the Medicalization of gay Identity: AIDS in historical perspective*, 9 RESEARCH IN LAW, DEVIANCE AND SOCIAL CONTROL 3 (1988)



תפיסות, שכאמור, מעצימות ומנציחות סטיגמות חברתיות, תוך ביסוס פרקטיקה של אפליה ופגיעה ממשית בזכויות אדם ללא הצדקה ממשית.¹⁹ במקרים מסוימים עלולה הפגיעה לעלות לכדי פגיעה בזכויות חוקתיות המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.²⁰ מכאן, שכל פגיעה בזכות יסוד נדרשת לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה,²¹ ושאותה יש לבחון, בין היתר לאור מבחני המידתיות, ובהם: מבחן הקשר הרציונאלי; מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; מבחן המידתיות במובן הצר.²² אי עמידה באחד משלושת מבחני המידתיות תוביל למסקנה כי האמצעי שנקט אינו מידתי ובכך עלול להימצא גם כבלתי-חוקתי.²³

ה. מידתיות מדיניות הדחייה הקבועה

מבחן המשנה השלישי של המידתיות – המידתיות **במובן הצר** – מבקש לבחון את "קיומו של יחס מידתי בין התועלת החברתית הגלומה בהגשמת החוק לבין הנזק אשר עלול להיגרם לזכות המוגנת".²⁴ המבחן מתמקד בתוספת השולית המתווספת לתועלת החברתית ובנזק העלול להיגרם בשל כך לזכות החוקתית.²⁵ בהתאם לדרישות המבחן יש לשאול, אם תוספת הביטחון לבריאות הציבור מהחלת מדיניות דחייה קבועה וגורפת מקיימת יחס מידתי למול הפגיעה בפרטים המרכיבים את 'קבוצת הסיכון', במקרה דנן, קבוצת ה-MSM.

מדיניות הדחייה הקבועה של תרומות דם מגברים שקיימו יחסי מין בין גברים מאז 1977 נועדה, כאמור, להקטין את הסיכון שמנת דם הניתנת לנתרם תכיל נגיפים שעלולים להדביקו במחלה, ועל ידי כך להגביר את בטיחות מנות הדם ולשמור על בריאות הציבור. עם זאת, מדובר במדיניות גורפת הכוללת בתוכה גברים אשר ייתכן ואינם מהווים סכנה לבריאות הציבור או למצער, מהווים סיכון נמוך יותר. כך, לדוגמה, גברים שבמשך שנים רבות לא קיימו יחסי מין עם גבר אחר או אפילו גברים אשר נבדקו מספר

¹⁹ Gregory M. Herek, John P. Capitanio & Keith F. Widaman, *HIV – Related Stigma and Knowledge in the United States: Prevalence and Trends, 1991–1999*, 92 AM J PUBLIC HEALTH 371 (2002).

²⁰ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

²¹ ס' 8, שם.

²² ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגרל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).

²³ שם.

²⁴ בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת, פס' 17 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 15.4.2015).

²⁵ שם; כמו כן, ראו ברק, לעיל ה"ש 15, בעמ' 419.



מדיניות "דחייה קבועה" של קבלת תרומת דם מגברים שקיימו יחסי מין עם גברים – שמירה על בריאות הציבור או הפליה פסולה?

פעמים בתקופה משמעותית לפני תרומת הדם. ככל שהסיכון מגברים אלו להדבקה ב-HIV, הוא נמוך מגברים אחרים אשר מקיימים יחסי מין בין גברים באופן קבוע, עולה השאלה אם התוספת לבטיחות תרומות הדם היא משמעותית. ככל שהתשובה היא שלילית, ייתכן והתוספת השולית המתקבלת מהחלת מדיניות קבועה וגורפת, היא נמוכה ולא עומדת בתנאי המבחן. אם כן, ראוי לבחון אם ניתן לפלח את קבוצת ה-MSM לקבוצות משנה ולהסיר את האיסור מקבוצות משנה המהוות סיכון נמוך לבטיחות מנות הדם.

1. מדיניות הדחייה הקבועה ושאלון "תורם הדם" – כלים יעילים?

במבחן הקשר הרציונאלי נדרש כי האמצעי שבו נעשה שימוש יגשים את המטרה שלשמה נועד.²⁶ האמצעי צריך להוביל באופן רציונאלי למטרה ולהביא לתוצאה המבוקשת. אם האמצעי אינו מגשים את מטרת ההגבלה, השימוש באותו אמצעי לא יעמוד בתנאי המבחן ויימצא כלא מידתי.²⁷ בשלב זה בית המשפט אינו בודק אם האמצעי שנבחר הוא האמצעי היחיד שיש ביכולתו להוביל באופן רציונאלי למטרה, אלא אך ורק אם יש בו כדי להגשימה. יש לציין, קיומם של אמצעים אחרים המגשימים את המטרה, אשר יכולים להיות פוגעניים יותר או פחות, אינו משפיע על תוצאות הבדיקה החוקתית במסגרת מבחן הקשר הרציונאלי, אלא רלוונטיים למבחן המידתיות השני – מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה.²⁸ כמו כן, בשלב זה גם אין דרישה להוכיח כי האיסור מגשים את מטרתו במלואה.²⁹ בית המשפט אינו נדרש לבחון אם יש בכוחו של האמצעי הנבחר כדי להוביל לתוצאה מלאה, אלא מסתפק בהגשמה חלקית של המטרה ו"בלבד שחלקיות זו אינה שולית או זניחה".³⁰

על פניו, נראה כי יש באיסור על קבוצות סיכון לתרום דם, על מנת להוביל באופן רציונאלי לתכלית של שמירה על בריאות הציבור. נקודת המוצא היא שצמצום מתן

26 שם, בעמ' 373.

27 שם, בעמ' 374.

28 מפאת קוצר היריעה, במאמר זה בחרנו שלא לעסוק במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה בנושא תרומות דם. לדעתנו ניתוח מבחן המשנה השני של המידתיות, מחייב בדיקה מקצועית לגבי שינויים בהסתברות סיכון מנות הדם בשימוש באמצעים חלופיים, כגון: תשאל אישי בכל תרומת דם, שינוי נוסח השאלה (לדוגמה: "האם קיימת יחסי לא מוגנים"), החלת מדיניות דחייה זמנית וכד'.

29 ברק, לעיל ה"ש 23, בעמ' 377.

30 שם.



תרומות דם מחברי קבוצות סיכון יצמצם את ההסתברות שייעשה שימוש במנת דם מידבקה, צמצום שעשוי להגדיל את טווח הבטיחות של מנות הדם ואת השמירה על בריאות הציבור. כאמור, נדמה, לכאורה, כי כל עוד מדובר בסיכון שאינו שולי או זניח, האיסור המוחלט על חברי קבוצת סיכון לתרום דם, יכול לעמוד בתנאי המבחן. עם זאת, הארה זו זה אינה עוסקת בשאלה הפשטנית "האם יש באיסור על חברי קבוצת סיכון לתרום דם כדי להגשים את המטרה של שמירה על בריאות הציבור?". בחינה זו היא כללית מדי, מתעלמת מתוכן שאלון תורם הדם ומניסוח כל שאלה באופן פרטני, ולדעתנו שגויה. הטעם לכך הוא שהסתכלות פשטנית עלולה להכשיר שאלות שכשלעצמן אינן מובילות להגשמת המטרה, ושבמקרים מסוימים, כפי שיוצג בהמשך, אף עלולות להגביר את פוטנציאל הסיכון לתרומת דם נגועה. מכאן, ועל מנת לבחון באופן ראוי את מידתיות מדיניות הדחייה הקבועה של תרומות דם מ-MSM, נבקש לבחון אם השימוש בשאלון "תורם הדם" ככלי לאיתור גורמי סיכון, אכן מוביל באופן רציונאלי לצמצום תרומות דם נגועות.

ז. השאלון ככלי מתאים לאיתור גורמי סיכון

מדיניות הדחייה הקבועה מוגשמת באמצעות שאלון "תורם הדם", ותלויה בהצהרתו של אדם על כך שאחד מסעיפי איסור תרומת הדם חל עליו. במסגרת שאלון "תורם הדם", ישנה התייחסות למספר קבוצות סיכון. כאמור, קבוצות סיכון שהוגדרו על רקע נתונים סטטיסטיים ואפידמיולוגיים, ושכעניין של מדיניות נאסר עליהן לתרום דם (בין אם באופן קבוע ובין אם באופן זמני).

צמצום תרומת דם מקבוצת ה-MSM תלוי במידה רבה בהיענות של הקבוצה להשיב באופן אמין לנוסח השאלה ולשתף פעולה עם מתירמי הדם (Compliance). היענות לשאלון היא עניין מורכב מאוד ותלויה במשתנים רבים כגון: מידת ההבנה של השאלה על ידי המשיב, הידע המקדים של הנשאל, מידת האמון שהנשאל רוכש לשאלון ומידת החשיבות שהנשאל רוכש לשאלון. כאמור, במקרה שבו הנשאל אינו יכול או אינו מעוניין להשיב באופן אמין על השאלון, נפגעת יעילותו של השאלון והוא אינו מסוגל להגשים את מטרתו. שימוש בכל שאלון מעלה בעייתיות לגבי מידת ההיענות של נשאלים להשיב באופן כנה על השאלות המוצגות בפניהם. עם זאת, תחת ההנחה שאדם אינו רוצה לסכן אדם אחר באופן מודע, אפשר לראות בשאלון, בין היתר, גם כלי להסברה ולאזהרה. כך לדוגמה אדם שלא ידע שקבוצת ה-MSM היא קבוצת סיכון, יכול לזהות עצמו באותה קבוצה ולבחור שלא להמשיך עם הליך תרומת הדם. במטרה לאתר תורמים פוטנציאליים המשתייכים לקבוצות סיכון, גובשו בשאלון סדרה של שאלות אשר ניתן לחלק לשני סוגים עיקריים: (1) שאלות אשר מבוססות על



מדיניות "דחייה קבועה" של קבלת תרומת דם מגברים שקיימו יחסי מין עם גברים – שמירה על בריאות הציבור או הפליה פסולה?

נתונים עובדתיים יבשים; (2) שאלות המתייחסות לפעולות שבוצעו על ידי הנשאל ולהתנהגותו. במקרים בהם ישנה בעיה בניסוח השאלה (טעות, ניסוח שאינו מדויק כגון ניסוח שעלול להטעות את התורם ולגרום לו לתרום ללא ידיעה שהוא חבר בקבוצת סיכון לתרומות דם), הדבר עשוי להשפיע על מידת יכולתו של הנשאל להשיב במדויק על השאלון. במקרים אחרים, ניסוח לא מדויק עלול להדיר או לפגוע בפרטים המבקשים לתרום דם, משום שהוא מתייג אותם כמשתייכים ל'קבוצת סיכון'. יש להדגיש שחשיבות ניסוח השאלה מתעצמת במיוחד במקרים שבהם לא ניתן לבדוק את נכונות תשובות הנשאל (או שנדרשים משאבים רבים על מנת לוודא את נכונותן). כך לדוגמה מקרים שבהם אדם מעיד על תחושות אישיות כגון: "חשתי שלא בטוב ב-3 הימים האחרונים"; "קבלתי תשלום עבור יחסי מין" או "שהייה בבריטניה בפרק זמן מצטבר של 6 חודשים בין השנים 1980-1996 או קבלת עירוני דם/ניתוח בבריטניה מאז 1980".³¹ שאלות מסוג זה תלויות אך ורק באמינות תורם הדם, כשבפועל מידת נכונותו להשיב על השאלות במדויק משפיעה ישירות על יעילותן.

במקרה של האיסור על קבוצת ה-MSM לתרום דם מדובר אף בבעייתיות כפולה: (1) חסם חיצוני או פנימי שמשפיע על אמינות התשובות בשאלון – מצד אחד החשש מפני חשיפת הנטייה המינית, ומהצד האחר קושי בהכרה ובקבלה עצמית. כך לדוגמה, תרומות דם רבות נאספות במסגרת מבצעי התרמה בצבא כשהחיילים תורמים דם יחדיו. מכאן, חייל הנמצא "בארון" יתקשה להשיב בחיוב על השאלה האמורה, שכן הדבר עלול להביא ל"חשיפתו" בפני שאר החיילים, חבריו ומפקדיו. במקרה שכזה החייל עלול למצוא עצמו משקר במילוי השאלון, אך ורק במטרה שלא לחשוף את נטייתו המינית. לחילופין, אדם שטרם התגבשה אצלו ההכרה והקבלה העצמית בנוגע לנטייתו המינית, עשוי להימנע מלתייג עצמו או לתעד את התנהגותו המינית; (2) תפיסה שהמדיניות מפלה ללא הצדקה – לאורך השנים מדינות מערביות רבות שינו את מדיניות תרומת הדם שלהן, תוך ביטול המדיניות הקבועה הגורפת, ומעבר למדיניות דחייה זמנית המאפשרת לתרום דם במקרים מסוימים.³² שינוי זה התרחש בעקבות יותר ויותר מחקרים שהעידו כי

³¹ "שאלון תורם הדם", לעיל ה"ש 11, בחלק ב.

³² Revised Recommendations for Reducing the Risk of Human Immunodeficiency Virus Transmission by Blood and Blood Products - Draft Guidance for Industry 5/2015 Clive R. Seed, Philip ; (חודשים) 12 ארה"ב (המלצת ה - FDA לאשר תקופת דחייה של 12 חודשים); Kieley, Mathew Law & Anthony J. Keller, *No Evidence of a Significantly Increased Risk of Transfusion-Transmitted Human Immunodeficiency Virus Infection in Australia Subsequent to Implementing a 12-Month Deferral for Men who have had Sex with Men*, 50 TRANSFUSION 2722-2730 (2010) בריטניה (תקופת דחייה 12



אין ראיות לסיכון משמעותי מוגבר לאחר תקופת דחייה של 12 חודשים.³³ שינוי מדיניות הדחייה הקבועה לדחייה זמנית ומוגבלת במדינות רבות בעולם הוא שמעצים במידה מסוימת את התחושה האישית של הפרט, שהמדיניות הנוהגת בישראל אינה מבוססת על החלטות מקצועיות, וכי בבסיסה טעמים הומופוביים. תחושה זו ניצבת בבסיס עמדה אישית של התורם, לפיה אין סיבה רפואית או מדעית אמיתית לתייג עצמו כקבוצת סיכון, או לשלול ממנו את האפשרות לתרום דם. מכאן, כאשר אדם מאמין שהשאלה מנוסחת שלא במקצועיות ומפלה ללא הצדקה, הוא עלול לזלזל בשאלון ולהשיב תשובה שקרית. מידת חוסר האמון ביחס לקביעתו של הממסד עלולה להשפיע על ההיענות להשיב על השאלון נכונה, ומנביעה חשש ממשי שהדבר עלול לגרום לגברים מקבוצת ה-MSM לתרום דם למרות האיסור. כאמור, ערעור אמון חלקים בציבור במדיניות המקצועית, וגיבוש תפיסה כי מדובר במדיניות המונעת משיקולים זרים ומפלים, עלולה להגביר את הסיכון לבריאות הציבור במספר אופנים: (1) תרומת דם כאקט של מחאה נגד התייג והשייך הקבוצתי – יכול שיש מי מבין חברי קבוצת הסיכון אשר המוטיבציה שלו לתרום דם מושפעת מעצם תפיסתו את המדיניות כמפלה, וזאת במקביל לעמדה אישית שמנת הדם שלהם אינה מסכנת את בריאות הציבור; (2) תרומת דם על ידי MSM המוגדרים כ'קבוצת סיכון' ושאינם תופשים עצמם כקבוצת סיכון – ככל שאדם תופס את האיסור לתרום דם כאיסור שאינו נשען על תשתית מקצועית, כך עלולה לרדת מידת ההיענות שלו להשיב נכונה על שאלון תורם הדם. לדוגמה, אדם אשר מקיים קשר זוגי חד-מיני מונוגמי, או אדם שקיים יחסי מין מוגנים עם גבר יומיים לפני תרומת הדם, עלולים להתעלם מהאיסור מתוך תפיסה שהשאלון מבוסס על שיקולים הומופוביים מפלים.

אף שמבחן הקשר הרציונאלי מתבסס על ניסיון החיים והשכל הישר,³⁴ ישנם מקרים שבהם נדרשות עובדות בשביל לבחון את התאמת האמצעי למטרה.³⁵ כאשר ניתן לבדוק

חודשים); אוסטרליה (תקופת דחייה – 12 חודשים); ניו זילנד (תקופת דחייה – 12 חודשים); צ'כיה (תקופת דחייה – 12 חודשים); שוודיה (תקופת דחייה – 12 חודשים); הונגריה (תקופת דחייה – 12 חודשים); יפן (תקופת דחייה – 12 חודשים).

33 Lucky TTA, Seed CR, Waller D, Lee JF, McDonald A, Wand H, Wroth S, Keller AJ, Pink J, Wilson DP, *Understanding Noncompliance with Selective Donor Deferral Criteria for High-Risk Behaviors in Australian Blood Donors*, TRANSFUSION 54 (2014) 1739–1749.

34 בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא (1) 619, פס' 58 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006).

35 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס (3) 463, פס' 19 לפסק דינו של השופט לוי (2005).



מדיניות "דחייה קבועה" של קבלת תרומת דם מגברים שקיימו יחסי מין עם גברים – שמירה על בריאות הציבור או הפליה פסולה?

את יעילות מדיניות הדחייה הקבועה לאורך הזמן, יש לבחון את מבחן הקשר הרציונאלי כ"ענין מעשי, הנבחן בתוצאות הגשמתו".³⁶ ככל שבבדיקה זו יתברר כי המדיניות אינה מובילה לצמצום הסיכון לקבלת תרומות דם נגועות ואף ייתכן שמובילה לסכנה לבריאות הציבור, יכול שהדבר ישפיע על יכולתה לעמוד במבחן הקשר הרציונאלי.³⁷ בפרשת התנועה לאיכות השלטון בחן בג"ץ את חוקתיותו של חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, מספר שנים לאחר חקיקתו. בפרשה זו ציין הנשיא ברק כי: "בחנינה (מראש) זו אינה מספיקה. כאשר התכלית המונחת ביסוד חוק היא להביא לשינוי חברתי, אשר התרחשותו אינה אך הערכה תיאורתית אלא נבחנת במבחן החיים, יש לבחון את התאמת האמצעים שנבחרו להגשמת מטרה זו במבחן התוצאה".³⁸

ח. סיכום

נוכח האמור לעיל, נדמה כי מדיניות הדחייה הקבועה של תרומות דם הננקטת כלפי קהילת ה-MSM היא כוללנית וגורפת ומשכך אף גורמת לתחושות השפלה לצד יצירה וליבוי של סטיגמות חברתיות וסטריאוטיפים. מדיניות גורפת ופוגענית אשר קובעת פרופיל סיכון בהתבסס על נטייתו המינית של הפרט והשתייכותו הקבוצתית. פגיעה קשה זו מחייבת את משרד הבריאות ואת שירותי הדם של מד"א לנקוט במדיניות זהירה ואחראית הן לטובת בריאות הציבור, והן כלפי הפרטים בחברה. מדיניות שתקיים יחס מידתי ומאוזן בין הפגיעה הפרטנית בחברי הקבוצה לבין תוספת הבטיחות המושגת. יכול שבעניין זה ראוי שגם מדינת ישראל תאמץ, בדומה למדינות מערביות רבות אחרות, מדיניות של דחייה מוגבלת (12 חודשים).³⁹ יכול שדווקא שינוי מדיניות תרומת הדם מ"דחייה קבועה" (שעולה להיתפס כ"לא מקצועית והומופובית") למדיניות "דחייה זמנית" (שיכולה להיתפס כ"מקצועית יותר") דווקא תעלה את בטיחות מנות הדם וזאת על ידי הגברת ההיענות למענה כן לשאלון תורם הדם והפנמת האיסור לתרום דם בתקופות מסוימות עקב תקופת החלון. כמו כן, הארה זו מבקשת לתהות גם על יעילות מדיניות הדחייה הקבועה של קבוצת ה-MSM באופן תוצאתי. כיום מוגשמת המדיניות באמצעות שאלון "תורם הדם"

³⁶ עניין התנועה לאיכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 34, פס' 63 לפסק דינו של הנשיא ברק.
³⁷ ברק, לעיל ה"ש 15, בעמ' 384.
³⁸ שם, פס' 64 לפסק דינו של הנשיא ברק.
³⁹ לעיל ה"ש 32.



המבוסס על היענותו של המשיב. כפי שפורט לעיל, ראוי שמשרד הבריאות יבצע סקר עומק משמעותי ומבוסס אשר יבחן את מידת ההיענות לשאלון, ואת תרומתו היחסית. ככל שיתגלה שאכן ההיענות למדיניות ומהימנותה הן נמוכות, ישנה חשיבות גבוהה ומידית לזהות את הגורמים שמובילים לתוצאה זו. ייתכן שבכוחו של מעבר ממדיניות דחייה קבועה למדיניות דחייה מוגבלת לצד נקיטת צעדים להגברת אמון המשיבים בשאלון ובמסד, להגשים את המטרה: שמירה על איכות מנות הדם ובטיחותן. מדיניות מאוזנת ואחראית אותה יתפשו הנשאלים כמקצועית יותר, כזו שתגביר את מידת ההיענות, המהימנות והשמירה על בטיחות מנות הדם.