

**L'EUROPA DEI DIRITTI: COMMENTO BREVE ALLA SENTENZA  
DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA  
SULLA DONAZIONE DEL SANGUE DA PARTE DEI GAY**

*Rosario Fiore\**

**Corte di Giustizia dell'Unione Europea (quarta sezione), 29 aprile 2015**  
causa C-528/13

*Il punto 2.1 dell'allegato III della direttiva 2004/33/CE della Commissione, del 22 marzo 2004, che applica la direttiva 2002/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a taluni requisiti tecnici del sangue e degli emocomponenti, deve essere interpretato nel senso che il criterio di esclusione permanente dalla donazione di sangue di cui a tale disposizione e relativo al comportamento sessuale ricomprende l'ipotesi in cui uno Stato membro, considerata la situazione in esso esistente, preveda una controindicazione permanente alla donazione di sangue per gli uomini che hanno avuto rapporti sessuali con una persona dello stesso sesso, laddove sia dimostrato, sulla base delle conoscenze e dei dati medici, scientifici ed epidemiologici attuali, che un simile comportamento sessuale espone dette persone ad un alto rischio di contrarre gravi malattie infettive trasmissibili col sangue e che, nel rispetto del principio di proporzionalità, non esistono tecniche efficaci di individuazione di queste malattie infettive o, in difetto di tali tecniche, metodi meno restrittivi rispetto ad una siffatta controindicazione per garantire un livello elevato di protezione della salute dei riceventi. Spetta al giudice nazionale verificare se, nello Stato membro di cui trattasi, tali condizioni siano rispettate.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il fatto. – 3. Il rinvio pregiudiziale. – 4. Il quadro normativo di riferimento. – 5. Il principio di proporzionalità e la limitazione dei diritti fondamentali dell'uomo. – 6. Conclusioni.

1. – La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha affermato, nella sentenza di cui alla causa C-528/13 del 29 aprile 2015<sup>1</sup>, che è possibile limita-

\* Cultore di Diritto Sociale dell'Unione Europea e di Diritto Internazionale all'Università degli Studi di Palermo. Segretario generale dell'Istituto Mediterraneo studi internazionali, Palermo.

<sup>1</sup> Per il testo integrale v. [www.giureta.unipa.it/Causa\\_C-528-13.pdf](http://www.giureta.unipa.it/Causa_C-528-13.pdf).



re, se non addirittura escludere, la donazione del sangue da parte di soggetti omosessuali.

È una sentenza che certamente farà molto discutere, sia da un punto di vista giuridico che politico.

In questa breve nota a commento, mi limiterò ad esaminare gli aspetti giuridici salienti, con particolare riferimento al *principio di proporzionalità* e alla conseguente sua applicazione nella limitazione dei diritti fondamentali riconosciuti dall'Unione Europea.

2. – Il 29 aprile 2009 un medico dell'Istituto ematologico francese «EFS», ha rifiutato la donazione di sangue da parte di un cittadino francese, poiché quest'ultimo era omosessuale e il diritto francese esclude dalla donazione di sangue, in maniera permanente, gli uomini che hanno avuto o hanno rapporti sessuali con altri uomini.

Di fronte a questo diniego, il cittadino francese ha contestato tale decisione rivolgendosi al giudice amministrativo di Strasburgo, il quale, a sua volta, si è rivolto alla Corte di giustizia chiedendo, in particolare, se ai sensi dell'allegato III della direttiva 2004/33, la circostanza che un uomo abbia rapporti omosessuali configuri, di per sé, un comportamento sessuale che espone al rischio di contrarre gravi malattie infettive trasmissibili col sangue e che giustifica un'esclusione permanente dalla donazione di sangue per i soggetti che abbiano avuto un siffatto comportamento sessuale, oppure se tale circostanza possa semplicemente costituire, in funzione delle circostanze proprie del caso concreto, un comportamento sessuale che espone al rischio di contrarre gravi malattie infettive trasmissibili col sangue e che giustifica un'esclusione temporanea dalla donazione di sangue per un determinato periodo di tempo dopo la cessazione del comportamento a rischio.

3. – Come chiarito dalla stessa Corte di Giustizia al punto 1) della sentenza resa, “la domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione del punto 2.1 dell'allegato III della direttiva 2004/33/CE della Commissione, del 22 marzo 2004, che applica la direttiva 2002/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a taluni requisiti tecnici del sangue e degli emocomponenti”.

Preliminarmente, occorre dunque cennare, seppur brevemente, all'istituto del cd *rinvio pregiudiziale*, previsto dall'art. 267 del T.F.U.E., che dà al giudice nazionale la facoltà (obbligo, se trattasi di giudice di ultima istanza, come può essere la Corte di Cassazione nel nostro ordinamento) di "chiedere alla Corte di Giustizia una pronuncia sull'interpretazione ovvero sulla validità di una norma dell'Unione quando siffatta pronuncia sia necessaria per risolvere la controversia di cui è stato investito"<sup>2</sup>.

Ciò al fine di rendere una interpretazione ed una applicazione del diritto dell'Unione che sia uniforme in tutti i Paesi membri, atteso che alla Corte di Giustizia spetta l'ultima parola in ordine all'interpretazione del diritto dell'Unione, con una competenza che può considerarsi esclusiva.

È, infatti, evidente ed ormai pacifico che – al di là della tradizionale affermazione per cui «nell'ambito dell'art. 234 CE la Corte non può pronunciarsi sull'interpretazione di disposizioni di legge o di regolamento nazionali né sulla conformità di tali disposizioni al diritto comunitario», ma solo limitarsi a «fornire al giudice nazionale gli elementi di interpretazione attinenti al diritto comunitario che gli permetteranno di risolvere il problema giuridico che gli è stato sottoposto»<sup>3</sup> – spesso il supremo giudice comunitario opera, di fatto,

<sup>2</sup> Cfr. G. Tesaro, *Diritto dell'Unione Europea*, Sesta Edizione, 310 ss. Sul rinvio pregiudiziale, in generale, v. A. Tizzano - S. Fortunato, *La tutela dei diritti*, in A. Tizzano, *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2006, 1271 ss.; A. Adinolfi, *L'accertamento in via pregiudiziale della validità di atti comunitari*, Milano, 1997; G. Raiti, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003; P. Biavati, *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano, 2005, 403 ss.; M. Borraccetti - M. C. Reale, *Da giudice a giudice: il dialogo tra giudice italiano e Corte di Giustizia delle Comunità europee*, Milano, 2008; B. Nascimbene, *Il giudice nazionale ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 1667; M. Condinanzi - R. Mastroianni, *Il rinvio pregiudiziale*, in *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, 186 ss. Di recente, A. Franchi, *Commento all'art. 267*, in *Codice dell'Unione europea*, diretto da C. Curti Gialdino, Napoli, 2012, 1926 ss.; N. Pignatelli, *L'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale tra primato del diritto comunitario e autonomia processuale degli Stati*, in *Foro it.*, 2012, III, 367; A. Ruggeri, *Rinvio pregiudiziale mancato e (im)possibile violazione della Cedu (a margine del caso Ullens de Schooten e Rezabek c. Belgio)*, in [www.european-rights.eu](http://www.european-rights.eu); R. Mastroianni, *Rinvio pregiudiziale mosso vincente del diritto UE*, in *Guida al diritto il sole24ore*, 2012, 2, 30; D. U. Galetta, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE ed obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale: una rilettura nell'ottica del rapporto di cooperazione (leale) fra giudici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 2, 431 ss.; M. Melloni, *I requisiti formali delle decisioni di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea* e D.P. Domenicucci, *Circa il meccanismo del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea*, entrambi in *Foro it.*, 2011, IV, 461; A. Briguglio, *Pregiudizialità comunitaria*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1997, XXIII.

<sup>3</sup> Si veda, *ex plurimis*, sentenza 23 gennaio 2003, Makedoniko Metro (causa C-57/01), punto 55.

quello che in dottrina è stato definito come una «forma di sindacato occulto sulle legislazioni nazionali»<sup>4</sup>, pronunciandosi più o meno direttamente sulla compatibilità tra una certa disciplina nazionale – in particolare, quella vigente nel Paese membro cui appartiene il giudice che ha sollevato la questione – e quella comunitaria di cui ha contestualmente chiarito il senso e la portata.

L'evocata duplicità di funzioni trova la propria unità di fondo, il proprio comune denominatore, nel perseguimento di un unico fine, vale a dire la garanzia dell'uniforme applicazione del diritto comunitario nel territorio degli Stati membri.

La Corte di Giustizia lo ha affermato a più riprese: «*Le competenze attribuite alla Corte dall'art. 177 [oggi art. 267 TFUE] hanno essenzialmente lo scopo di garantire l'applicazione uniforme del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali. Quest'applicazione uniforme è necessaria non solo quando il giudice nazionale sia in presenza di una norma di diritto comunitario il cui senso e la cui portata abbiano bisogno di essere precisati, ma del pari quando esso si trovi di fronte ad una contestazione relativa alla validità di un atto delle istituzioni*»<sup>5</sup>.

Vale la pena, inoltre, ricordare che la sentenza *interpretativa* della Corte pronunciata su rinvio pregiudiziale vincola con tutta evidenza il giudice *a quo*, che dunque è tenuto a fare applicazione della norma dell'Unione così come interpretata dalla Corte<sup>6</sup>.

Tuttavia, come ha più volte evidenziato la nostra Corte Costituzionale<sup>7</sup>, la sentenza interpretativa della Corte di Giustizia può e all'occorrenza deve essere considerata anche al di fuori del contesto processuale che l'ha provocata, proprio perché si pronuncia su punti di diritto; dal che deriva, che altri giudici, nonché le amministrazioni nazionali, saranno tenuti a fare applicazione delle norme così come interpretate dalla Corte, senza necessità di alcun procedimento deliberatorio<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Così R. Calvano, *La Corte di giustizia e la Costituzione europea*, Padova, 2004, 244 ss.

<sup>5</sup> Cfr., *ex plurimis*, sentenza 13 maggio 1981, International Chemical Corporation (causa C-66/80), punti 11-12.

<sup>6</sup> In tal senso, Benedetti, 52/76, Sentenza 3 Febbraio 1977, Racc.p.163.

<sup>7</sup> Corte Cost., sent. 23 Aprile 1985 n. 113; Corte Cost. Sent. 18 Aprile 1991, n. 168; Corte Cost. Sent. 13 luglio 2007, n. 284.

<sup>8</sup> In tal senso, D.P. Domenicucci, *op. cit.*, così si esprime: «*L'efficacia delle pronunce pregiudiziali non è condizionata ad alcun meccanismo deliberatorio. In assenza di precisazioni del Trattato al riguardo, essa va esaminata sotto un duplice profilo: i) a livello endoprocessuale, con riferimento cioè al medesimo giudizio nel quale è stata sollevata la questione ed ai suoi eventuali gradi successivi; ii) a livello extraprocessuale,*

Si è correttamente osservato, in conclusione, che tale disciplina, come più in generale l'art.267 TFUE, conferma il peculiare valore “vincolante” delle sentenze rese dalla Corte di giustizia, evocando il principio dello *stare decisis* di matrice anglosassone<sup>9</sup>.

4. – Fatta questa brevissima ma doverosa premessa, possiamo adesso esaminare il quadro normativo rilevante ai fini della decisione della Corte di Giustizia.

L'esame riguarda, in particolare, la direttiva 2004/33/CE della Commissione, che applica, a sua volta, la direttiva 2002/98/CE del Parlamento e del Consiglio, relativa a taluni requisiti tecnici del sangue e degli emocomponenti.

Sul punto, vale la pena sottolineare che entrambe, cioè sia la “direttiva madre” del Parlamento e del Consiglio che la “direttiva figlia” o “attuativa” della Commissione sono state recepite, integralmente, dal nostro ordinamento: in particolare la direttiva 2002/98/CE è stata recepita dal D.Lgs. 261/2007 recante il titolo *Revisione del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 191, recante attuazione della direttiva 2002/98/CE che stabilisce norme di qualità e di sicurezza per la raccolta, il controllo, la lavorazione, la conservazione e la distribuzione del sangue umano e dei suoi componenti*; la direttiva 2004/33/CE è stata a sua volta recepita dal Decreto Ministero Salute 3 marzo 2005.

L'articolo 4 della direttiva 2004/33/CE, rubricato “Idoneità dei donatori” prevede che *“I centri ematologici garantiscono che i donatori di sangue intero e di emocomponenti soddisfino i criteri di idoneità stabiliti dall'allegato III”*.

Al punto 2.1 del citato Allegato III, sono indicati i criteri di esclusione permanente di donazioni allogeniche, e tra questi è chiaramente indicato anche il *“comportamento sessuale” di quelle “persone il cui comportamento sessuale le espone ad alto rischio di contrarre gravi malattie infettive trasmissibili col sangue”*.

---

*vale a dire nei confronti di tutti gli altri processi nazionali in cui trovi applicazione la normativa dell'Unione esaminata dalla Corte. Sotto il primo profilo, è pacifico che la sentenza spieghi la sua efficacia vincolando in maniera assoluta il giudice a quo (nonché le altre giurisdizioni eventualmente chiamate a conoscere del medesimo litigio, in caso di appello o di ricorso per cassazione) ed in via mediata anche le parti. In tal caso l'unica possibilità per il giudice a quo è di adire nuovamente la Corte per chiedere ulteriori chiarimenti, per sottoporle una nuova questione di diritto o nuovi elementi di valutazione suscettibili di indurla a risolvere diversamente una questione già sollevata, ma non per contestare la validità della sentenza”*.

<sup>9</sup> Tra gli altri, cfr. V. Nucera, *Sentenze pregiudiziali della Corte di Giustizia e ordinamento tributario interno*, Padova, 2009, 99 ss.

Così come l'Italia, anche la Francia ha puntualmente recepito le suindicate direttive e pertanto la normativa francese considera il rapporto sessuale tra uomini come una presunzione assoluta di esposizione a un rischio elevato, indipendentemente dalle condizioni e dalla frequenza dei rapporti o delle pratiche osservate.

La Corte premette che l'esclusione permanente dalla donazione di sangue prevista al punto 2.1 dell'allegato III della direttiva in esame riguarda le persone il cui comportamento sessuale le esponga ad un «alto rischio» di contrarre gravi malattie infettive trasmissibili col sangue, mentre l'esclusione temporanea dalla donazione di sangue si riferisce ad un rischio di livello minore. Quindi, per quanto riguarda la valutazione dell'esistenza di un rischio elevato di contrarre gravi malattie infettive trasmissibili col sangue, occorre prendere in considerazione la situazione epidemiologica in Francia, la quale presenterebbe un carattere specifico, secondo quanto affermato dal governo francese e dalla Commissione che, si legge nella sentenza a commento, *“fanno riferimento ai dati forniti dall'Institut de veille sanitaire français (Istituto francese di vigilanza sanitaria). Da tali dati si evincerebbe che la quasi totalità dei contagi da HIV, nel periodo compreso tra il 2003 e il 2008, è dovuta ad un rapporto sessuale e che gli uomini che hanno relazioni sessuali con persone del loro stesso sesso rappresentano la popolazione più colpita, corrispondente al 48% dei nuovi contagi. Nel corso dello stesso periodo, sebbene l'incidenza globale dell'infezione da HIV si sia ridotta, segnatamente per quanto riguarda i rapporti eterosessuali, essa non sarebbe diminuita per gli uomini che hanno relazioni sessuali con persone del loro stesso sesso. Inoltre, questi ultimi rappresentavano, sempre avuto riguardo al medesimo arco di tempo, la popolazione più colpita dal contagio da HIV, con un tasso annuo di incidenza dell'1%, che sarebbe 200 volte superiore a quello della popolazione eterosessuale francese.*

*La Commissione si riferisce altresì ad una relazione stesa dal Centro Europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie, istituito dal regolamento (CE) n.851/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004 (GU L142, pag.1). Secondo tale relazione, intitolata «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», pubblicata nell'ottobre del 2013, è in Francia che l'incidenza di HIV all'interno della categoria degli uomini che hanno avuto rapporti sessuali con persone del loro stesso*

nesso sarebbe la più elevata tra tutti gli Stati oggetto dello studio”<sup>10</sup>.

5. – Ma il punto di diritto di maggiore interesse affermato dalla Corte di Giustizia è che la limitazione ai diritti fondamentali deve rispondere al *principio di proporzionalità*.

In linea generale occorre dire che, in dottrina<sup>11</sup>, concordemente è stato evidenziato che il citato principio di proporzionalità impone che l'azione dell'Unione non deve eccedere quanto necessario al raggiungimento degli obiettivi del Trattato.

Alquanto significativa è, a mio avviso, la posizione di L. Daniele che, efficacemente, distingue il principio di proporzionalità di cui all'articolo 5, par. 4, T.U.E. e quello, omonimo, elaborato in via giurisprudenziale dalla Corte di Giustizia ed incluso tra i principi generali del diritto comunitario: “ *in realtà, il principio generale di proporzionalità si è inizialmente affermato come strumento di protezione dei singoli nei confronti delle istituzioni nazionali, quando queste ultime agiscono in un settore rientrante nel campo di applicazione dei trattati. Il principio esige infatti che i sacrifici e le limitazioni di libertà imposti ai singoli non eccedano quanto necessario per il raggiungimento degli scopi pubblici ed in particolare a) siano idonei a raggiungere l'obiettivo perseguito eb) siano necessari a questo fine, evitando di imporre ai privati sacrifici superflui*”<sup>12</sup>.

In buona sostanza, mentre il principio di proporzionalità di cui all'art. 5, par. 4 T.U.E. riguarda il riparto di competenze tra Unione Europea e Stati membri ed è un principio a garanzia di questi ultimi, il principio generale omonimo invece riguarda gli individui ed è a garanzia di quest'ultimi: il primo possiamo considerarlo come una specifica applicazione del secondo.

Nel caso di specie la Corte, applicando il principio generale di proporzionalità sopra evidenziato, ha pertanto statuito che il giudice nazionale dovrà verificare, in primo luogo, l'affidabilità dei dati forniti dall' Istituto francese di

<sup>10</sup> Cfr. i punti 42 e 43 della sentenza in commento.

<sup>11</sup> Tra tutti, si segnalano: G. Tesaro, *op.cit.*; M. Lugato, *Principio di proporzionalità ed invalidità di atti comunitari nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, DCSI, 1991; U. Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione Europea*, III Ed., Bari, 2013; E. Cannizzaro, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000; M.C. Ciciiriello, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999; L. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea. Sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze*. IV Ed., Milano 2010.

<sup>12</sup> L. Daniele, *op. cit.*, 378 ss.

vigilanza sanitaria e la loro rilevanza. Se il giudice dovesse concludere che le autorità nazionali hanno potuto ragionevolmente considerare che in Francia esista un alto rischio di contrarre gravi malattie infettive trasmissibili col sangue, nel caso di un uomo che abbia avuto rapporti sessuali con un altro uomo, occorre verificare se, e a quali condizioni, una controindicazione permanente alla donazione di sangue, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, possa essere conforme ai diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento giuridico dell'UE, tra cui il divieto, sotto qualsiasi forma, di discriminazione fondata, in particolare, sull'orientamento sessuale, previsto dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali. L'art. 52 della stessa Carta stabilisce che eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà devono essere previste dalla legge e inoltre, che nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'UE o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

Sul punto, mi limito ad alcune brevi considerazioni.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000, c.d. Carta di Nizza<sup>13</sup>, istituisce un catalogo di diritti fondamentali – per la verità non troppo dissimile rispetto a quello contenuto nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 (d'ora in avanti: CEDU) –, e che a questo si richiama in vari punti<sup>14</sup>.

Come giustamente osservato da G. Pino, “*la Corte di Giustizia, nel vigilare sull'esecuzione dei Trattati e sulla corretta applicazione del diritto comunitario, deve effettivamente tenere in considerazione («è tenuta ad ispirarsi»), ed eventualmente assicurare un qualche grado di tutela, ai diritti fondamentali quali riconosciuti dalle tradizioni costituzionali degli stati membri, o dalla CEDU, ciò, comunque, assicurando anche un grado di compatibilità tra la tutela dei diritti fondamentali e gli obiettivi della Comunità europea*”<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Vale la pena di ricordare che con il Trattato di Lisbona del 2009, la Carta di Nizza ha avuto riconosciuto un valore vincolante con lo stesso rango dei Trattati U.E.

<sup>14</sup> Si veda in proposito A. Pace, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, 193-207 ss.

<sup>15</sup> G. Pino, *La «lotta per i diritti fondamentali» in Europa. Integrazione europea, diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, in *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, a cura di I. Trujillo e F. Viola, Bologna, 2007, 109-14 ss.

Quando poi sono in gioco diritti fondamentali che tra loro possono confliggere ovvero quando è necessario operare un “bilanciamento” tra i diritti fondamentali con gli obiettivi dell’Unione, la Corte di Giustizia può fare ricorso, per l’appunto, al principio di proporzionalità, in guisa del quale, per quanto assolute possano essere le proclamazioni dei diritti fondamentali in testi costituzionali o in convenzioni internazionali, viene garantito il giusto, corretto e ragionevole contemperamento e bilanciamento dell’intero ordinamento giuridico, che così armonizzato, può anche talvolta richiedere il sacrificio di talun diritto in favore di un altro diritto<sup>16</sup>.

Ed è sempre lo stesso A. ad affermare che “*il principio di proporzionalità si colloca al centro della strategia argomentativa perseguita dalla Corte al fine di rendere compatibile il riconoscimento dei diritti fondamentali con gli obiettivi della Comunità europea. Come è noto, infatti, da almeno tre decenni la Corte di Giustizia afferma costantemente che i diritti fondamentali non sono «prerogative assolute», ma devono essere contemperati con altre esigenze, in particolare con gli obiettivi di un’organizzazione comune di mercato; il metro di questo contemperamento è il criterio di proporzionalità*”<sup>17</sup>.

Tornando alla sentenza in commento, la Corte osserva che la direttiva 2004/33 attua la direttiva 2002/98, la quale ha come obiettivo la protezione della sanità pubblica. Nel caso di specie, l’esclusione permanente dalla donazione di sangue è volta a ridurre al minimo il rischio di trasmissione di una malattia infettiva ai riceventi, perseguendo così l’obiettivo generale di garantire un livello elevato di protezione della salute umana, che costituisce una finalità riconosciuta dall’Unione all’art. 152 CE e all’art. 35 della Carta.

Facendo leva sul principio di proporzionalità, secondo la giurisprudenza della Corte<sup>18</sup>, le misure previste dalla normativa nazionale non devono eccedere i limiti di ciò che è appropriato e necessario al conseguimento degli obiettivi legittimamente perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere alla meno restrittiva tra esse e che gli inconvenienti causati non devono essere esorbitanti rispetto agli obiettivi perseguiti.

<sup>16</sup> Sul punto, si segnala B. Celano, *Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello stato costituzionale di diritto*, in *Filosofia politica*, 2005, 427-441 ss.

<sup>17</sup> G. Pino, *op. cit.*

<sup>18</sup> V. sentenze ERG e a., C 379/08 e C 380/08, EU:C:2010:127, punto 86; Urbán, C 210/10, EU:C:2012:64, punto 24, nonché Texdata Software, C 418/11, EU:C:2013:588, punto 52.

Riprendendo la formula dell'articolo 5 del TCE, la Corte di giustizia ha affermato, in altre pronunce, che al fine di stabilire se una norma di diritto comunitario sia conforme al principio di proporzionalità, si deve accertare se i mezzi da essa contemplati siano idonei a conseguire lo scopo perseguito e non eccedano quanto è necessario per raggiungere detto scopo<sup>19</sup>.

Nel caso oggetto della pronuncia, questo principio è rispettato solo se un elevato livello di protezione della salute dei riceventi non possa essere garantito mediante tecniche efficaci di ricerca dell'HIV e meno restrittive rispetto al divieto permanente della donazione di sangue per tutta la categoria costituita dagli uomini che hanno avuto rapporti omosessuali.

In altri termini, occorre dimostrare che non sono disponibili metodi meno restrittivi dell'esclusione degli omosessuali. Pertanto, il giudice nazionale deve verificare se i progressi della scienza o della tecnica sanitaria, considerando in particolare i costi di una sistematica messa in quarantena delle donazioni provenienti dagli uomini che abbiano avuto rapporti sessuali con persone del loro stesso sesso o quelli di una ricerca sistematica dell'HIV per tutte le donazioni di sangue, consentano di garantire un livello elevato di protezione della salute dei riceventi, senza che l'onere che ne consegue sia esorbitante rispetto agli obiettivi di protezione della salute perseguiti. Quindi, se allo stato attuale della scienza, non esistano tecniche rispondenti alle condizioni per evitare la trasmissione ai riceventi di tale virus, una controindicazione permanente alla donazione di sangue per tutta la categoria costituita dagli uomini che abbiano avuto rapporti omosessuali è proporzionata solo nell'ipotesi in cui non esistano metodi meno restrittivi per garantire un livello elevato di protezione della salute dei riceventi.

A tal fine, al giudice del rinvio spetta verificare se il questionario e l'intervista personale a cura del personale sanitario, previsti dall'allegato II, parte B, punto 2, della direttiva 2004/33, possano consentire di identificare in modo più preciso i comportamenti che presentano un rischio per la salute dei riceventi, al fine di stabilire una controindicazione meno restrittiva rispetto ad una controindicazione permanente per tutta la categoria costituita dagli uomini che hanno avuto rapporti sessuali con una persona dello stesso sesso. In

---

<sup>19</sup> V., in particolare, sentenza 9 novembre 1995, causa C-426/93, Germania/Consiglio dell'Unione europea

conclusione, secondo la Corte, l'esclusione permanente dalla donazione di sangue per uomini che abbiano avuto rapporti omosessuali può, alla luce della situazione in Francia, essere giustificata. Ciò in quanto è dimostrato, sulla base delle conoscenze e dei dati medici, scientifici ed epidemiologici attuali, che il comportamento sessuale omosessuale espone tali persone ad un alto rischio di contrarre gravi malattie infettive trasmissibili col sangue e che, nel rispetto del principio di proporzionalità, non esistono tecniche efficaci di individuazione di queste malattie infettive o, in difetto di tali tecniche, metodi meno restrittivi rispetto ad una siffatta controindicazione per garantire un livello elevato di protezione della salute dei riceventi.

6. – Mi sia consentito, in conclusione, esprimere delle considerazioni di ordine giuridico-filosofico, che la lettura della sentenza in commento, mi spinge a fare in materia di diritti umani, oggi tanto conclamati.

Ci hanno insegnato e noi continuiamo ad insegnarlo alle giovani generazioni, che nella storia dell'evoluzione dei diritti umani, il Novecento è stato “*l'età dei diritti*” – utilizzando una espressione tanto cara a Norberto Bobbio<sup>20</sup> – che si protrae ed amplia in questo nuovo millennio, con la fase attuale di “specializzazione” o di “terza generazione” dei diritti<sup>21</sup>.

Ed essendo “*l'età dei diritti*” una tappa importante nel progresso morale dell'umanità, e che ha il suo fondamento nella Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948, occorre chiedersi, assieme al filosofo del diritto A. Schiavello, se oggi non stiamo vivendo una “crisi” dell'età dei diritti.

In particolare, considerato ormai superato (*rectius*: dato per superato!) il tema del fondamento, giuridico e filosofico, dei diritti umani, tra cui, alla luce della sentenza in commento, il diritto alla non discriminazione sessuale, bisogna interrogarsi, allora, sulla eccessiva indeterminatezza e vaghezza del linguaggio dei diritti umani: interrogativo quanto mai attuale in ordine al significato del diritto di non discriminazione sessuale.

Scrivo al riguardo Schiavello<sup>22</sup>: “*Innanzitutto, il linguaggio dei diritti è indeterminato in quanto vago e generico; di conseguenza, l'attività interpretativa*

<sup>20</sup> N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1989.

<sup>21</sup> C. Focarelli, *Lezioni di Diritto Internazionale*, I, Padova, 2008, 342 ss.

<sup>22</sup> A. Schiavello, *La fine dell'età dei diritti*, in *Etica & Politica / Ethics & Politics*, XV, 2013, 1, 120-145 ss.

*volta a individuare il significato o il contenuto dei diritti è caratterizzata da una discrezionalità molto ampia. Decidere di attribuire ad una disposizione che esprime un diritto un significato piuttosto che un altro richiede che ci si impegni in un'attività di tipo argomentativo-giustificativa che difficilmente può eludere la questione filosofica del fondamento. In secondo luogo, i diritti sono molti e, nel corso degli anni, con il proliferare delle dichiarazioni dei diritti, sono divenuti sempre di più. Ciò implica la possibilità di antinomie (se non in astratto, almeno in concreto) tra i diritti rivendicati da individui diversi. La molteplicità dei diritti produce dei problemi: quale diritto deve prevalere (a seguito di un bilanciamento)? Quale è il corretto temperamento (ove possibile) dei diritti in conflitto? Anche in questo caso, il problema del fondamento è ineludibile”.*

Nel risolvere l'antinomia tra diritto alla salute pubblica e diritto alla non discriminazione sessuale, la Corte ha applicato un principio – quello della proporzionalità – che ha imposto una scelta tra diritti fondamentali contrapposti; nel bilanciamento della scelta, il diritto alla non discriminazione sessuale, è stato sacrificato per garantire una armonizzazione bilanciata e ragionevole dell'intero ordinamento giuridico, senza che ciò induca a gridare allo scandalo, perché non vi è stato nulla di scandaloso né di discriminatorio da parte della Corte di Giustizia, se non l'aver, con una argomentazione logico-giuridica ineccepibile, applicato i principi dell'ordinamento “comunitario”.

Detto ciò, tuttavia, rimane, immutato, l'interrogativo sul fondamento filosofico-giuridico di tale decisione.

E nel pormi anch'io questo interrogativo, mi è venuto alla mente un altro autorevole filosofo del diritto palermitano, F. Viola, il quale sostiene che i diritti umani non sono diritti naturali, bensì diritti morali positivizzati: in particolare, secondo l'A., mentre i diritti naturali sono diritti soggettivi individuali che attengono alla sfera politica, i diritti umani invece sono una connessione tra un diritto morale e un qualsivoglia processo di positivizzazione<sup>23</sup>.

Affermare ciò, ossia che la morale è parte del diritto positivo, mi porta alla mente le famose parole di Immanuel Kant, il quale, nella sua *Critica alla ragion pratica*, così conclude: “Due cose riempiono l'animo di ammirazione e venerazione sempre nuova e crescente, quanto più spesso e più a lungo la riflessione si occupa di esse: *il cielo stellato sopra di me, e la legge morale in me*”.

Con tutto ciò che, di positivo o negativo, può derivarne!

<sup>23</sup> F. Viola, *I diritti umani alla prova del diritto naturale*, in *Persona y Derecho*, 1990, 101-128 ss.