Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da
Gennaro Terracciano, Stefano Toschei,
Mauro Orefice e Domenico Mutino

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Coordinamento
L. Ferrara, F. Rota, V. Sarcone

FASCICOLO N. 5-6/2015

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Enrico Carloni, Francesco Castiello, Salvatore Cimini, Caterina Cittadino, Gianfranco D'Alessio, Ruggiero Di Pace, Francesca Gagliarducci, Gianluca Gardini, Stefano Gattamelata, Maurizio Greco, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Francesco Saverio Marini, Gerardo Mastrandrea, Pierluigi Matera, Francesco Merloni, Riccardo Nobile, Luca Palamara, Giuseppe Palma, Germana Panzironi, Simonetta Pasqua, Filippo Patroni Griffi, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Umberto Realfonzo, Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Federico Titomanlio, Alessandro Tomassetti, Antonio Uricchio, Italo Volpe.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Masimo Pellingra, Carlo Rizzo, Stenio Salzano, Ferruccio Sbarbaro, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Angelo Vitale, Virginio Vitullo.

Commento a Corte di Giustizia UE, Sez. IV, sentenza 29 aprile 2015, Geoffrey Léger contro Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes et Etablissement français du sang, C-528/13

di Martina Menghi

Sommario

1. Introduzione; 2. I fatti; 2.1. La questione pregiudiziale; 3. L'"alto rischio": espressione delle divergenze linguistiche; 3.1. Diverse versioni di una medesima direttiva; 3.2. La discrezionalità degli Stati nella definizione di "alto rischio"; 4. L'approccio ai diritti fondamentali della CGUE: elementi di continuità; 4.1. Un approccio autonomo; 4.2. Un approccio tradizionale; 4.3. Un approccio prudente;

1. Introduzione

Il 29 aprile 2015 la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (in seguito la "Corte di Giustizia", la "CGUE" o semplicemente la "Corte") ha emanato la sentenza C-528/13[1] (in seguito "sentenza Léger"), precisando il contenuto della direttiva 2004/33/CE, relativa ai criteri di idoneità dei donatori di sangue. Il rinvio pregiudiziale è stato effettuato in occasione di una causa tra un cittadino francese, Geoffrey Léger, ed il Ministero della salute del suo stato di origine, che ha adottato, nel 2009, un decreto[2] con il quale vengono stabiliti i criteri di selezione dei donatori di sangue, escludendo in maniera permanente gli omosessuali di sesso maschile.

Quello dei diritti degli omosessuali è un tema attuale ed in costante evoluzione che provoca intense reazioni e vivaci dibattiti: si pensi al recentissimo referendum in Irlanda[3], o ancora all'introduzione del matrimonio omosessuale proprio in Francia, nel 2013[4]. Inoltre proprio recentemente il Parlamento Europeo ha mostrato la propria sensibilità alla questione, adottando una risoluzione in cui si parla esplicitamente, per la prima volta, delle famiglie gay.[5]

La Corte adotta un atteggiamento blando nei confronti della Francia, i suoi toni sono tutt'altro che severi; il messaggio tuttavia è chiaro: il diritto dell'Unione Europea (in seguito "UE" o "Unione"), impedisce ad uno Stato membro di escludere in maniera permanente dalla donazione del sangue un uomo per il solo fatto che questi abbia avuto rapporti omosessuali. La sentenza è particolarmente interessante sotto diversi profili; innanzitutto per quanto riguarda la questione delle divergenze linguistiche, che è particolarmente spinosa nell'ordinamento giuridico dell'Unione, il quale ha ben 24 lingue ufficiali (I). Inoltre merita attenzione l'esame effettuato dalla Corte sotto il profilo dei diritti fondamentali, che, senza mostrarsi innovativo rispetto alla giurisprudenza precedente, rivela delle caratteristiche e delle problematiche tipiche del contenzioso relativo ai diritti umani nell'ordinamento giuridico dell'Unione (II).

2. I fatti

Il sig. Léger desidera effettuare una donazione di sangue, pertanto si reca, nel 2009, presso un punto di prelievo nella cittadina francese di Metz. Il 29 aprile dello stesso anno (esattamente 6 anni prima della pubblicazione di questa sentenza), il medico responsabile della raccolta gli rifiuta la donazione, adducendo come motivo il fatto che il sig. Léger aveva avuto una relazione sessuale con una persona dello stesso sesso. La decisione apparirebbe in principio legittima sulla base del diritto nazionale: si fonda in effetti su un decreto, adottato pochi mesi prima dal Ministero della salute, con il quale vengono fissati i criteri di selezione dei donatori di sangue. Il sig. Léger contesta tale decisione con un ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo di Strasburgo, facendo valere che il decreto viola la direttiva 2004/33/CE, la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (in seguito la "CEDU" oppure la "Convenzione")[6], nonché il principio di uguaglianza.

[1] CGUE, Sez. IV, 29 aprile 2015, *Geoffrey Léger contro Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes et Etablissement français du sang*, C-528/13.

[2] *Arrêté du 12 janvier 2009 fixant les critères de sélection des donneurs de sang, JORF n.015, page 1067, texte n.23*.

[3] L'Irlanda è diventato il primo paese al mondo ad introdurre i matrimoni gay tramite referendum, il 22 maggio scorso.

[4] *Loi n. 2013-404, du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, JORF n. 114, page 8253, texte n.3.*

[5] Proposta di Risoluzione del Parlamento Europeo sulla strategia dell'Unione Europea per la parità tra donne e uomini dopo il 2015, (2014/2152(INI)).

[6] Interessante anticipare che il riferimento alla CEDU è presente nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale

2.1. La questione pregiudiziale

Il tribunale amministrativo chiede dunque alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sulla compatibilità delle disposizioni nazionali con il diritto dell'UE. E' compatibile con la direttiva 2004/33/CE une legislazione nazionale che prevede una esclusione permanente dalla donazione del sangue uomini che abbiano avuto rapporti sessuali con persone dello stesso sesso?

3. L'"alto rischio": espressione delle divergenze linguistiche

Occorre sottolineare, in via preliminare, le divergenze che sussistono tra le varie versioni della direttiva in esame. In effetti la versione francese presenta delle specificità (3.1). In un secondo momento è necessario interrogarsi altresì sull'interpretazione che gli Stati membri debbano attribuire all'aggettivo "alto" riferito al rischio di contrarre malattie sessualmente trasmissibili (3.2).

3.1. Diverse versioni di una medesima direttiva

Innanzi tutto viene rilevata dalla Corte l'esistenza di talune divergenze tra le diverse versioni linguistiche delle disposizioni della direttiva oggetto di contestazione. Il tema "lingua e diritto" rappresenta senza dubbio una problematica classica dell'Unione Europea, su cui si è lungamente scritto e discusso.[7] I problemi di interpretazione legati alle traduzioni sono purtroppo piuttosto frequenti, e danno luogo ad ambiguità ed inconvenienti giuridici che il giudice ha il compito di sciogliere. Nella fattispecie la versione francese della direttiva 2004/33/CE non distingue tra mero "rischio" ed "alto rischio", criterio fondamentale su cui si basa la distinzione tra esclusione "temporanea" ed esclusione "permanente" dalla donazione del sangue.

Certo, non si potrà fare a meno di notare che anche quando si distingue esplicitamente tra "alto rischio" e mero "rischio" dei dubbi interpretativi possono persistere, trattandosi di sfumature non scientificamente delineate. Insomma, i dubbi persistono poiché la linea di demarcazione tra un semplice rischio ed un rischio alto non è del tutto evidente. Senza dubbio si può astrattamente distinguere tra attività umane che comportano rischi più o meno elevati, in cui pertanto gli strumenti legislativi possono facilmente operare una netta distinzione tra diverse sfumature oggettive. Si pensi, ad esempio, alla normativa italiana in materia di incendi sul luogo di lavoro, che opera una distinzione tra aziende le cui attività presentano un rischio basso, medio o alto.[8]

Tuttavia nel contesto in esame si tratta in particolare di rischi originati da comportamenti sessuali, il che complica notevolmente la distinzione tra i vari livelli di rischio: come distinguere sulla base di criteri oggettivi ciò che implica *un alto rischio* di contrarre una malattia sessualmente trasmissibile da ciò che implica semplicemente *un rischio* di contagio? In effetti appare innegabilmente di estrema difficoltà per l'interprete immaginare il confine tra rischi e rischi alti di contrarre malattie sessualmente trasmissibili. Al tempo stesso non si potrà fare a meno di notare che una certa ambiguità di fondo caratterizza il testo della direttiva già di per sé, laddove è la direttiva stessa che impone agli Stati membri di fondarsi su questa distinzione, senza fornirne una definizione.

Mengozzi (§13), ma non compare nella sentenza della Corte. Questo aspetto formerà l'oggetto di una analisi più approfondita nel corso di questo articolo (si rinvia alla sezione intitolata "Un approccio autonomo").

[7] Si veda nella dottrina per esempio R. Sacco, *Language and Law*, in *Ordinary Language and Legal Language*, a cura di Barbara Pozzo, ed. Giuffré, Milano, 2005, *passim*.

[8] D.M. n. 64 del del 10/03/1998 (G.U. 7/04/1998, n.91), Criteri generali di sicurezza antincendio e per la gestione dell'emergenza nei luoghi di lavoro.

Ad ogni modo la Corte fa valere che, secondo una giurisprudenza costante[9], in caso di divergenze linguistiche tra le varie versioni di una disposizione del diritto dell'Unione, occorre interpretare detta disposizione *"in funzione dell'economia generale e delle finalità della normativa di cui fa parte"*.[10] Il governo francese si oppone a tale approccio poiché condurrebbe ad una *"riduzione al minimo del rischio e l'attuazione di parametri elevati di sicurezza e di qualità"*.[11] Ma la Corte non segue quest'argomentazione: occorre tener conto dell'economia generale e delle finalità della direttiva, e per farlo non ci si può fondare su una sola versione linguistica, a cui non deve essere attribuito alcun carattere prioritario rispetto alle altre formulazioni.

3.2. La discrezionalità degli Stati nella definizione di "alto rischio"

Poiché nella direttiva ci si riferisce ad un "alto rischio" tale da consentire l'esclusione permanente dalla donazione del sangue di certi soggetti, in maniera generica ma senza specificarne il significato, gli Stati membri godono di un certo margine di discrezionalità nel poter definire quali comportamenti siano da ritenere altamente rischiosi e quali no.

Il cuore dell'analisi corrisponde al seguente interrogativo: la circostanza per un uomo di avere rapporti sessuali con un altro uomo configura un comportamento ad alto rischio di contrarre gravi malattie infettive, ai sensi della direttiva 2004/33/CE, tale da giustificare una esclusione permanente? In caso di risposta negativa occorre dunque verificare se uno Stato membro, nell'esercizio del potere discrezionale tradizionalmente riconosciutogli in materia di sanità pubblica, possa adottare una misura protettiva più rigorosa.

Occorre dunque verificare se nel caso di specie la Francia, nell'escludere gli omosessuali di sesso maschile dalla donazione di sangue, sia andata troppo lontana o abbia rispettato il diritto dell'UE. Il governo francese fa valere che gli Stati membri hanno la facoltà di applicare misure di protezione più rigorose rispetto a quelle adottate dall'Unione, purché tali misure siano conformi alle disposizioni del Trattato. Poiché la protezione della salute umana occupa un ruolo centrale tra gli interessi protetti dall'Unione, nulla osterebbe in principio a che uno Stato possa stabilire una esclusione permanente degli omosessuali di sesso maschile dalla donazione; questa esclusione appare fondata sulla scelta dello Stato di garantire un livello di protezione il più elevato possibile, tutelando da eventuali rischi di trasmissione di malattie tramite trasfusioni. Inoltre un'altra argomentazione, sostenuta sia dal governo francese che dalla Commissione, è quella della specificità della situazione nazionale: occorrerebbe tener conto della particolare situazione epidemiologica della Francia. In effetti emerge da dati statistici dell'Istituto di vigilanza sanitaria, che la quasi totalità di contagi di HIV nel periodo 2003-2008 in Francia è dovuta a rapporti omosessuali tra uomini (48% dei contagi). In sostanza, si afferma in un certo senso che, secondo dati statistici, il rischio di contrarre HIV tra omosessuali in questo Stato sarebbe di fatto più alto che altrove. La Corte si mostra estremamente prudente con questa argomentazione e non prende alcuna posizione in materia. E' il giudice nazionale che dovrà valutare se alla luce delle conoscenze mediche, scientifiche ed epidemiologiche disponibili, tali dati siano affidabili nonché rilevanti.

[9] CGCE, Sez. VI, 27 marzo, 1990, *Milk Marketing Board of England and Wales contro Cricket St. Thomas Estate*, C-372/88; CGUE, Sez. VIII, 15 novembre 2012, *SIA Kurcums Metal contro Valsts ieņēmumu dienests*, C-558/11; CGUE, Sez. VII, 10 luglio 2014, *Procedimento penale a carico di Lars Ivansson e altri*, C-307/13.

[10] Sentenza *Léger*, §35.

[11] §18 delle Conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi nella causa *Léger*, presentate il 17 luglio 2014.

4. L'approccio ai diritti fondamentali della CGUE: elementi di continuità

Affrontando la questione dei diritti fondamentali, la Corte di Giustizia conferma una tendenza che è stata sottolineata a più riprese nella dottrina, ovvero una volontà di attribuire carattere *autonomo* alla protezione di tali diritti nell'ordinamento dell'UE (4.1). L'approccio non può certo definirsi innovativo rispetto alla giurisprudenza precedente (4.2). Infine, non si può fare a meno di notare che la Corte adotta un atteggiamento piuttosto prudente nei confronti della Francia (4.3.).

4.1. Un approccio autonomo

Più volte è stato osservato nella dottrina[12] che la CGUE ha sviluppato la tendenza a ricorrere ad un approccio autonomo nella protezione dei diritti fondamentali. In sostanza questo vuol dire che la Corte mira a sottolineare che l'UE ha un apparato normativo sufficiente a garantire la protezione di questi diritti, non vi è dunque necessità di ricorrere a strumenti "esterni", come appunto la Convenzione[13]. Non si può comunque fare a meno di notare che in varie sentenze la Corte abbia richiamato la CEDU e la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo (in seguito la "Corte EDU" o la "Corte di Strasburgo") come strumenti principali di riferimento.[14] L'analisi delle sentenze in materia di diritti fondamentali fa emergere un atteggiamento della Corte oscillante tra due fuochi, la giurisprudenza in effetti non è molto lineare, per certi versi un po' imprevedibile. Può considerarsi illustrativo in questo senso il fatto che l'Avv. Generale Mengozzi nelle sue conclusioni fa riferimento alla CEDU[15], poiché il ricorrente nella causa principale, il sig. Léger, aveva appunto invocato il non rispetto di quest'ultima da parte della normativa nazionale. Eppure la Corte nel pronunciarsi non nomina mai la CEDU, bensì si riferisce soltanto alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (in seguito la "Carta")[16] come a dimostrare che non ve ne è bisogno: d'altronde per garantire la protezione dei diritti nell'Unione basta la Carta! Questo atteggiamento non rappresenta di certo una novità, già in altre cause lo stesso schema si era presentato.[17]

D'altronde proprio recentemente la CGUE si è pronunciata negativamente adottando il parere 2/13 del 18 dicembre 2014[18] quanto alla adesione dell'UE alla Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo: che questo confermi in qualche modo la volontà di andare nel senso dell' "autonomizzazione" della protezione dei diritti fondamentali nell'Unione? La questione rimane aperta. Quel che è certo è che nella sentenza in

[12] C. Vial, R. Tinière, *L'autonomie du système de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne en question*, in *La protection des droits fondamentaux dans l'Union Européenne – Entre évolution et permanence*, a cura di F. Picod, ed. Bruylant, Bruxelles, 2015 ; J. Callewaert, *L'adhésion de l'Union Européenne à la Convention Européenne des droits de l'Homme : une question de cohérence,* in *Cahiers du droit international et européen*, Louvain, 2013, n.3.

[13] Anche se tutti i 28 Stati membri de l'UE sono parti contraenti, nonché membri del Consiglio d'Europa, la Convenzione resta un trattato internazionale.

[14] CGUE, (grande sezione) 17 febbraio 2009, *Meki Elgafaji e Noor Elgafaji contro Staatssecretaris van Justitie,* C-465/07, §28; CGUE, (seconda sezione), 22 dicembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein contro Landeshauptmann von Wien*, C-208/09 ; CGUE, (grande sezione), 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke GbR (C-92/09) e Hartmut Eifert (C-93/09) contro Land Hessen*.

[15] Conclusioni dell'Avv. Generale, §13.

[16] Carta 18 dicembre 2000. Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (*Gazzetta Ufficiale CE* n. 364 del 18 dicembre 2000).

[17] CGUE, (grande sezione), 5 settembre 2012, *Bundesrepublik Deutschland contro Y (*C-71/11*) e Z (*C-99/11*). « On relèvera l'absence de référence à la jurisprudence de la CEDH, comme si la CJUE entendait poursuivre un processus d'autonomisation à l'égard de la CEDH au regard de l'interprétation des droits fondamentaux. (…) Le mutisme est d'autant moins anodin que l'avocat général Bot justifiait sa prise de position en s'appuyant sur certaines affaires portées devant le prétoire strasbourgeois* » (F. Gazin, Europe, novembre 2012, p. 23-24).

[18] Parere della Corte in seduta plenaria, del 18 dicembre 2014, emesso ai sensi dell'art.218, paragrafo 11, TFUE.

esame la Corte adotta un approccio tipico del contenzioso dei diritti fondamentali. Un modo di ragionare classico, non particolarmente originale.

4.2. Un approccio tradizionale

Una discriminazione si configura sulla base del decreto ministeriale: la normativa è atta a comportare, nei confronti delle persone omosessuali, una discriminazione fondata sul loro orientamento sessuale.

Anche in caso di "circostanze eccezionali", ovvero anche volendo considerare la "specificità" della situazione francese, come suggeriscono il governo e la Commissione, resta il fatto che i diritti fondamentali debbono essere rispettati. Dunque a prescindere dalla specificità della situazione nazionale, anche qualora il giudice nazionale abbia constatato che effettivamente in Francia esiste un alto rischio di contrarre malattie trasmissibili col sangue nel caso di un uomo che abbia avuto rapporti sessuali con un altro uomo, questo non basterebbe a giustificare la discriminazione che si è instaurata a causa del decreto ministeriale. Occorre comunque verificare la compatibilità con i diritti fondamentali riconosciuti dal diritto dell'Unione Europea. La Carta dei diritti fondamentali si applica agli Stati esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. La legislazione in esame, pur non essendo formalmente la trasposizione nazionale della direttiva 2004/33/CE, è adottata in applicazione del diritto dell'Unione, com'è dimostrato dal suo preambolo, in cui il decreto ministeriale fa espressamente riferimento a detta direttiva. Di conseguenza occorre rispettare le disposizioni della Carta ed in particolare l'art. 21, che vieta le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale, in applicazione del principio generale di non discriminazione. E' senza ombra di dubbio che il decreto ministeriale del 2009 sia discriminatorio. Pertanto, esso limita un diritto fondamentale garantito dal diritto dell'Unione: quello di non subire discriminazioni, in particolare sulla base dell'orientamento sessuale.

La Corte procede secondo il suo approccio tradizionale nell'applicazione del cd. "test di proporzionalità"[19]: questo esame è una tappa imprescindibile, non circoscritta alla materia dei diritti fondamentali, che la Corte applica quando esamina la compatibilità delle misure nazionali con il diritto dell'Unione. [20]

La Corte applica dunque l'art. 52§1 della Carta Europea dei diritti fondamentali dell'UE, che stabilisce le condizioni necessarie per ammettere delle limitazioni alle disposizioni della Carta. Certamente agli osservatori più arguti non sfuggirà che tale disposizione, appare in un certo senso recepire il metodo tradizionale elaborato dalla Corte di Strasburgo quando si tratta di verificare la compatibilità con la CEDU del diritto nazionale, o perlomeno ispirarsi a tale metodo di indagine. In effetti la Corte EDU ha affermato in varie sentenze[21] la necessità, per ammettere una limitazione alla Convenzione, di una "base legale", l'esigenza di protezione di uno "scopo legittimo", nonché del rispetto del "principio di proporzionalità". Il che si traduce con un ragionamento articolato in tre tappe:

---

[19] Per un'analisi più approfondita si rinvia a T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford: OUP, 2006, seconda ed., p. 196.

[20] CJUE, 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard contro Consiglio dell' Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, C-55/94.

[21] Si pensi per esempio alla sentenza CEDU (Plenaria), *Dudgeon contro Regno Unito*, 22 ottobre 1981, 7525/76, §53. Anche questa sentenza riguarda una legislazione discriminatoria nei confronti degli omosessuali; CEDU (Camera), *Inze contro Austria*, 28 ottobre 1987, 8698/79, §41; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Plenaria), *Norris contro Irlanda*, 26 ottobre 1988, 8225/78, §40-41;
Certo, i *modus operandi* della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea non coincidono, in particolare riguardo al principio di proporzionalità. Per un'analisi più approfondita delle differenze che intercorrono tra le due si rinvia a G. Raimondi, *Diritti fondamentali e libertà economiche: l'esperienza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 2, p. 428-429.

1. La limitazione del diritto fondamentale in questione è prevista dalla legge?
2. Detta limitazione persegue una finalità di interesse generale?
3. E' rispettato il principio di proporzionalità?

A priori la CGUE considera che l'ingerenza in questione (il fatto che il diritto francese vieti in maniera permanente la donazione di sangue agli uomini omosessuali) apparirebbe giustificata: la protezione della sanità pubblica rientra senza dubbio tra gli interessi meritevoli di tutela riconosciuti dall'Unione, in particolare si rinvia all'art. 168 TFUE (ex art. 152 TCE), il quale stabilisce al primo comma che *"Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana"*. Come spesso accade[22], lo scoglio più grande con cui scontrarsi è così rappresentato dal principio di proporzionalità. Effettivamente la Corte quasi sistematicamente si guarda bene dal sanzionare gli Stati membri sul piano delle finalità da essi perseguite. Al contrario, lascia un ampio margine di interpretazione quando si tratta di ciò che rientra nella definizione di interesse generale. Di conseguenza il terreno su cui la Corte sanziona gli Stati è proprio quello della proporzionalità.

Nella fattispecie, tale principio viene rispettato solo se un altrettanto elevato livello di protezione della salute non può essere garantito per mezzo di tecniche meno restrittive ed efficaci di ricerca dell'HIV. Spetta ovviamente al giudice nazionale di verificare se, tenuto conto dei progressi della scienza o della tecnica sanitaria, sia possibile garantire un elevato livello di protezione dei riceventi bisognosi di sangue, senza che l'onere sia eccessivo rispetto all'obbiettivo perseguito. In sostanza per la Corte *"una controindicazione permanente alla donazione di sangue per tutta la categoria degli uomini che abbiano avuto rapporti sessuali con una persona dello stesso sesso è proporzionata solo nell'ipotesi in cui non esistano metodi meno restrittivi per garantire un livello elevato di protezione della salute dei riceventi"*.[23] D'altronde, pur se non detto esplicitamente, il cd. "periodo finestra", ossia un arco di tempo successivo al contagio di un'infezione virale durante il quale i marcatori biologici rimangono negativi malgrado l'infezione del donatore, si applica ugualmente agli eterosessuali che abbiano avuto rapporti non protetti.

4.3. Un approccio prudente

Come risaputo, la pronunzia della Corte resa su rinvio pregiudiziale non fornisce una soluzione al giudice nazionale per risolvere il caso di specie, bensì è volta a chiarire il contenuto e l'interpretazione delle norme dell'UE. La Corte di giustizia si pronuncia in seguito unicamente sugli elementi costitutivi del rinvio pregiudiziale dei quali è investita. La giurisdizione nazio-

[22] Si noti che questo atteggiamento "permissivo" quanto alle finalità perseguite è osservabile non soltanto in materia di diritti fondamentali, ma anche quando vi sono in causa le libertà di circolazione. La giurisprudenza rilevante in questo senso è molto nutrita, si pensi per esempio a CGUE, 20 febbraio 1979, *Rewe-Zentral AG contro Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, C-120/78, conosciuta anche semplicemente sotto l'appellativo *"Cassis de Dijon"*; La Corte di giustizia riconosce la legittimità degli obiettivi invocati dal governo tedesco, quali la protezione della salute dei consumatori; eppure, lascia chiaramente intendere che esistono metodi meno invasivi rispetto alla legislazione nazionale per raggiungere le stesse finalità. Più recentemente si pensi alla causa CGUE, 2 dicembre 2010, *Ker-Optika bt contro ÀNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézete*, C-108/09, in cui, proprio come nella causa *Léger*, la Corte è confrontata con l'obiettivo di protezione della sanità, senza dubbio legittimo: *"(L)a giustificazione invocata dal governo ungherese verte sulla necessità di garantire la tutela della salute […]. Tale giustificazione risponde […] riconosciute dall'art. 36 TFUE, le quali possono giustificare un ostacolo alla libera circolazione delle merci. Di conseguenza, si deve esaminare se la normativa di cui trattasi nella causa principale sia idonea a garantire l'obiettivo perseguito in tal modo"* (§59-60); l'analisi della Corte la porterà a concludere che nella fattispecie il principio di proporzionalità non viene rispettato nonostante la legittimità dell'obiettivo perseguito.

[23] §65.

nale domina quindi la controversia principale: *"Quando, nell'ambito concreto di una controversia vertente avanti un giudice nazionale, la Corte dà un'interpretazione del Trattato, essa si limita a trarre dalla lettera e dallo spirito di questo il significato delle norme comunitarie, mentre l'applicazione alla fattispecie delle norme così interpretate rimane riservata al giudice nazionale"*.[24]
Eppure, nonostante questa premessa, la Corte in varie sentenze si è spinta sempre più lontano, talora addirittura suggerendo in maniera inequivocabile la soluzione da adottare nel caso concreto al giudice nazionale.[25] Invece in questa causa la Corte ha scelto di restare nei limiti del rinvio pregiudiziale, senza fornire una soluzione "orientata" verso la soluzione concreta.

Come motivare questa atteggiamento così cauto nei confronti della Francia? Forse perché sia la Commissione sia il governo francese nelle deposizioni scritte depositate davanti alla Corte hanno fatto valere la compatibilità del decreto ministeriale con il diritto dell'Unione?

La Corte, pur lasciando trapelare il non rispetto del principio di proporzionalità, e di conseguenza la incompatibilità delle legislazione nazionale con il diritto dell'UE, si mantiene molto cauta nei confronti della Francia. Di certo le motivazioni di una tale prudenza non possono essere ricercate sul terreno puramente tecnico-giuridico, ma assumono inevitabilmente delle forti sfumature dal carattere politico.

In sostanza, in questa causa la Corte non dà prova di grande audacia sul terreno dei diritti fondamentali. Questa sentenza non fornisce un grande contributo a sciogliere il complesso nodo dei rapporti tra la Corte di Giustizia e la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Si tratta comunque di un lungo processo che non può risolversi da un momento all'altro ma che richiede una lunga e complessa evoluzione. Senza dubbio però questa sentenza non lascia un segno particolare nell'articolazione di questa "coesistenza" nell'ordinamento dell'Unione Europea!

---

[24] CGUE, 27 marzo 1963, *Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV contro Amministrazione olandese delle imposte*, cause riunite 28 a 30-62.

[25] Si veda per esempio in questo senso la sentenza *Rottmann* (CGUE, grande sezione, 2 marzo 210, *Janko Rottman contro Freistaat Bayern*, C-135/08), in cui, pur senza affermarlo esplicitamente, la CGUE lascia ben intendere che sarebbe contrario al diritto dell'UE, privare un cittadino europeo della nazionalità di uno Stato membro, nel caso in cui la privazione di tale cittadinanza abbia come effetto la perdita per costui della cittadinanza europea!
Oppure si veda anche la sentenza CGUE, 2 dicembre 2010, *Ker-Optika*, (prec.), in cui la Corte afferma esplicitamente che la normativa ungherese *"prevedendo un divieto di vendita di lenti a contatto via Internet, non può essere considerata proporzionata all'obiettivo di tutela della sanità pubblica"* (§76).