



OSSERVATORIO SUL DIRITTO DELLA BIOETICA N. 2/2015

1. ORIENTAMENTO SESSUALE VS. COMPORTAMENTO SESSUALE: IL DIVIETO DI DONARE IL SANGUE PER I *MEN WHO HAVE SEX WITH MEN**

1. *Introduzione*

Con [sentenza del 29 aprile 2015](#), resa nel caso *Léger*, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha risposto al quesito sollevato in via pregiudiziale dal *Tribunal administratif* di Strasburgo, affermando che la causa di esclusione permanente dalla donazione di sangue, fondata sul «comportamento sessuale» di cui alla direttiva della Commissione n. 2004/33/CE, può comprendere, a determinate condizioni, anche l'orientamento sessuale dei potenziali donatori.

La pronuncia della Corte di giustizia (unitamente alle divergenti [conclusioni](#) presentate dall'Avvocato generale il 17 luglio 2014) si inserisce nel dibattito scientifico, bioetico e biogiuridico concernente il fondamento e la liceità del divieto di donare il sangue che alcuni Paesi europei impongono agli omosessuali e bisessuali maschi (di seguito indicati come *men who have sex with men*-MSM). La *ratio* del divieto in parola può essere ricondotta all'esigenza di garantire prioritariamente ed in via precauzionale alti *standard* di qualità e di sicurezza in materia di raccolta, conservazione e distribuzione del sangue, escludendo dalla donazione le categorie di persone considerate più esposte al rischio di contrarre e, conseguentemente, di trasmettere determinate malattie infettive (lo *Human Immunodeficiency Virus*-HIV e l'epatite C, ad esempio). Emblematica, nel senso indicato, è la normativa introdotta da diversi Paesi europei durante l'epidemia di AIDS causata dall'HIV e diffusasi – prevalentemente tra persone omosessuali di sesso maschile – nei primi anni Ottanta, in un momento in cui non si possedevano le conoscenze scientifiche necessarie per comprendere l'origine e gli sviluppi di una malattia che, soprattutto sul piano mediatico, finì per essere considerata, di fatto, identificativa di un determinato orientamento sessuale. Ma ciò che lascia perplessi è che i successivi progressi della biologia, che hanno permesso di individuare le modalità di trasmissione dell'HIV e di comprendere che la diffusione del *virus* in questione non era circoscritta agli MSM, non hanno tuttavia comportato, in alcuni dei Paesi interessati, l'abrogazione del divieto di donare il sangue imposto nel frattempo agli MSM, confermando la strisciante dicotomia tra scienza e divulgazione scientifica.

Altri Paesi hanno ritenuto di apparire progressisti in materia sostituendo al divieto in parola un “periodo di sospensione” (*deferral period*) durante il quale agli MSM è richiesto di astenersi dall'attività sessuale: è questo il caso, tra gli altri, del Regno Unito, dove il *deferral*

period è stabilito in un anno (anche se nel Paese in questione gli orientamenti non sono univoci, tenuto conto del fatto che in Inghilterra, Scozia e Galles il divieto di donazione è stato abrogato e sostituito, fin dal 2011, dal *deferral period* di dodici mesi, mentre in Irlanda del Nord esso è, per il momento, ancora vigente: cfr. in tal senso, *High Court of Justice, Northern Ireland, Queen's Bench Division, JR65's Application [2013], NIQB 101*). Nella stessa direzione si indirizzano gli orientamenti normativi di Paesi extraeuropei, come l'Australia (dove il *deferral period* è addirittura di cinque anni) e gli Stati Uniti d'America, dove la *Food and Drug Administration* (FDA) ha proposto di sostituire il divieto di donazione, stabilito dalla normativa statunitense fin dal 1983, con un *deferral period* di dodici mesi (cfr. la *Draft Guidance* della FDA del dicembre 2014, ironicamente definita “*Celibacy Challenge*” da una campagna promossa dalle organizzazioni che promuovono i diritti di *Lesbian Gay Bisexual Transsexual Intersexual-LGBTI*).

In realtà, le normative fondate sul *deferral period* continuano a discriminare i potenziali donatori di sangue in base al mero orientamento – e non al comportamento – sessuale: basti pensare che un analogo periodo “di castità” (o, se si vuole, “precauzionale”) non è richiesto ai donatori eterosessuali. Inoltre, il criterio del *deferral period* contiene in sé un’ambiguità concettuale e pratica, tenuto conto della difficoltà di accertare, valutare e registrare l’effettiva astensione dall’attività sessuale nel periodo “di castità” imposto dalla normativa.

Queste ed altre criticità costituiscono peraltro lo sfondo di una più ampia problematica caratterizzata dalla difficoltà di individuare un denominatore comune in grado di permettere l’armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri dell’Unione, come evidenziano i problemi interpretativi ed applicativi suscitati dalla citata direttiva della Commissione n. 2004/33/CE, del 22 marzo 2004, che applica la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2002/98/CE, del 27 gennaio 2003 relativa a taluni requisiti tecnici del sangue e degli emocomponenti.

2. *Comportamento ed orientamento sessuale di fronte alla Corte di giustizia: la causa C-528/13, Geoffrey Léger/Ministre des affaires sociales et de la santé e Établissement français du sang*

La problematica in esame ha formato oggetto della domanda pregiudiziale presentata dal *Tribunal administratif* di Strasburgo, che, l’8 ottobre 2013, ha sospeso il procedimento avviato da un cittadino francese contro il decreto del *Ministre de la santé et des sports*, del 12 gennaio 2009, che negava al ricorrente, in quanto omosessuale, la possibilità di donare il sangue (causa C-528/13, *Geoffrey Léger/Ministre des affaires sociales et de la santé e Établissement français du sang*).

Come già segnalato, la materia è disciplinata dalla direttiva della Commissione n. 2004/33/CE ed in particolare dall’allegato III, intitolato «criteri di idoneità dei donatori di sangue intero e di emocomponenti», che stabilisce i requisiti tecnici in materia di raccolta e di controllo del sangue. Ai fini delle donazioni allogeniche, l’allegato in questione distingue cause di esclusione permanente da cause di esclusione temporanea. Tra le cause di esclusione permanente, di cui al punto 2.1 dell’allegato III, figura il «comportamento sessuale», che la direttiva riferisce alle «persone il cui comportamento sessuale le espone ad alto rischio di contrarre gravi malattie infettive trasmissibili con il sangue». Tra le cause di esclusione temporanea, di cui al punto 2.2.2 dell’allegato III, figura, invece, la «esposizione a rischio di contrarre un’infezione trasmissibile per trasfusione», che concerne, secondo la direttiva, le «persone il cui comportamento o attività sessuale» sono considerati a rischio.

*I paragrafi 1 e 4 sono stati redatti da Luca Marini e i paragrafi 2 e 3 da Isabella Aprea

L'esclusione temporanea decorre dalla cessazione del comportamento a rischio «per un periodo determinato dalla malattia in questione e dalla disponibilità di adeguati esami di controllo» (cfr. ancora il punto 2.2.2 dell'allegato III).

Al riguardo, occorre anzitutto sottolineare che la formula utilizzata dalla direttiva n. 2004/33/CE per definire il comportamento determinante la causa di esclusione permanente, di cui al punto 2.1 dell'allegato III («comportamento sessuale»), rischia di sovrapporsi fino a confondersi con quella utilizzata per designare il comportamento che costituisce la causa di esclusione temporanea definita dal punto 2.2.2 dello stesso allegato («comportamento o attività sessuale»). La confusione è alimentata dalle diverse versioni linguistiche del testo della direttiva n. 2004/33/CE, che inevitabilmente influiscono sul contenuto delle disposizioni considerate e che finiscono per inficiare la chiara ed uniforme interpretazione delle suddette cause di esclusione. Infatti, la versione in lingua francese della direttiva n. 2004/33/CE definisce il «comportamento sessuale» di cui al punto 2.1 dell'allegato III, nei seguenti termini: *«sujets dont le comportement sexuel les expose au risque de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang»*; e definisce il «comportamento o attività sessuale» di cui al punto 2.2.2 dell'allegato III, nei seguenti termini: *«individus dont le comportement sexuel ou l'activité professionnelle les expose au risque de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang»*. È evidente che, nel testo in lingua francese, il “rischio”, cui fa riferimento sia il punto 2.1 che il punto 2.2.2 dell'allegato III, non viene qualificato in termini di gravità, contrariamente a quanto si riscontra nelle versioni in lingua inglese ed in lingua italiana. In particolare, nella versione inglese, il punto 2.1 dell'allegato III fa esplicito riferimento ad un rischio di livello elevato (*«persons whose sexual behaviour puts them at high risk of acquiring severe infectious diseases that can be transmitted by blood»*), mentre il punto 2.2.2 dello stesso allegato individua un semplice rischio (*«persons whose behaviour or activity places them at risk of acquiring infectious diseases that may be transmitted by blood»*).

Tenuto anche conto di queste divergenze, il *Tribunal administratif* ha sospeso il procedimento e ha chiesto alla Corte di giustizia se, ai sensi dell'allegato III della direttiva n. 2004/33/CE, la circostanza che un uomo abbia rapporti sessuali con un altro uomo configuri di per sé un comportamento sessuale che espone ad un elevato rischio di contrarre gravi malattie infettive trasmissibili con il sangue, tale da giustificare un'esclusione permanente dalla donazione di sangue, oppure se detta circostanza possa giustificare un'esclusione temporanea dalla donazione medesima.

Come opportunamente evidenziato dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni, «è evidente che il legislatore non può aver inteso prevedere che un comportamento definito negli stessi termini potesse costituire l'oggetto di un'esclusione nel contempo permanente e temporanea» (cfr. il par. 25 delle conclusioni). Secondo l'Avvocato generale, inoltre, la distonia interpretativa, causata dalle diverse versioni linguistiche della direttiva n. 2004/33/CE, va risolta alla luce degli obiettivi che l'atto si prefigge. Come si evince dall'intestazione e dal preambolo, infatti, la direttiva n. 2004/33/CE si colloca in linea con le finalità perseguite dalla direttiva n. 2002/98/CE, che si sostanziano nella necessità di garantire un elevato livello di tutela della salute umana (cfr. i considerando n. 1 e 2 e gli artt. 4 e 6 della direttiva n. 2004/33/CE, nonché, in particolare, i considerando n. 2, 3, 4, 5 e 24 della direttiva n. 2002/98/CE). È chiaro, pertanto, che l'obiettivo principale della normativa europea in parola è quello di garantire *standard* di qualità e di sicurezza finalizzati alla prevenzione della trasmissione di malattie e che, di conseguenza, un rischio elevato dovrebbe comportare l'esclusione permanente dalla donazione di sangue, prevista al punto 2.1 dell'allegato III della direttiva n. 2004/33/CE, mentre un rischio di minore entità

*I paragrafi 1 e 4 sono stati redatti da Luca Marini e i paragrafi 2 e 3 da Isabella Aprea

dovrebbe determinare l'esclusione temporanea, di cui al punto 2.2.2 del medesimo allegato (cfr. par. 29 delle conclusioni).

Chiarita la linea di demarcazione che separa e distingue l'esclusione permanente da quella temporanea, occorre comprendere correttamente il significato dell'espressione «comportamento sessuale» di cui al punto 2.1 dell'allegato III della direttiva n. 2004/33/CE, tenuto conto del fatto che detto comportamento, esponendo la persona considerata ad un rischio elevato di infezione, ne determina l'esclusione permanente dalle donazioni di sangue. In proposito è significativo riportare alcuni passaggi delle conclusioni dell'Avvocato generale, il quale, prendendo le mosse dal significato letterale dell'espressione considerata, afferma come «il comportamento definisce la maniera in cui un individuo si comporta, il suo modo di agire; si tratta di tutte le sue reazioni, vale a dire della sua condotta. La nozione di comportamento induce, a priori, una valutazione soggettiva e il comportamento sessuale sarebbe dunque definito dalle abitudini e dalle pratiche sessuali del singolo interessato, vale a dire dalle condizioni concrete in cui il rapporto sessuale o i rapporti sessuali in parola sono stati consumati» (cfr. il par. 32 delle conclusioni). Diversamente da quanto rilevato dall'Avvocato generale, il divieto imposto dal decreto ministeriale francese agli MSM sembra essere formulato per colpire un determinato orientamento sessuale, piuttosto che un concreto comportamento sessuale. Esso, infatti, è stato elaborato in maniera eccessivamente ampia e generica, sulla base di «una sorta di presunzione assoluta, secondo cui una relazione MSM espone necessariamente e sistematicamente ad un rischio elevato di infezione» (cfr. par. 34 delle conclusioni). Di converso, «la nozione di “comportamento sessuale” impiegata dal legislatore dell'Unione richiede l'identificazione di una condotta e di un'attitudine precise atte ad esporre il candidato alla donazione ad un rischio elevato di infezione» (cfr. par. 35 delle conclusioni).

Alla luce di queste considerazioni, l'Avvocato generale ha rilevato che il divieto sancito dalla normativa nazionale francese rischia di introdurre una discriminazione indiretta, fondata sul sesso (in quanto colpisce solo le persone di sesso maschile) e sull'orientamento sessuale (perché diretta esclusivamente ad omosessuali e bisessuali). Inoltre, l'Avvocato generale ha rilevato che, sebbene il fondamento normativo della direttiva n. 2002/98/CE (di cui la direttiva n. 2004/33/CE ha fissato i requisiti tecnici) sia costituito dall'art. 152, par. 4, lett. a), del TCE (oggi art. 168 del TFUE), secondo cui gli Stati membri possono mantenere o introdurre misure restrittive più rigorose di quelle sancite dalla direttiva stessa (cfr. il considerando n. 22, della direttiva n. 2002/98/CE), la discrezionalità riconosciuta agli Stati nella materia *de qua* incontra comunque un limite nel rispetto del diritto primario dell'Unione e, segnatamente, nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali (si noti, *ad abundantiam*, che il limite in parola è richiamato anche dall'art. 4, comma 2, della direttiva n. 2002/98/CE, laddove, nello stabilire che «la presente direttiva non impedisce ad alcuno Stato membro di mantenere in vigore o introdurre nel proprio territorio misure di protezione più rigorose», esso prescrive che le misure nazionali di protezione siano conformi al Trattato).

Infine, l'Avvocato generale ha palesato i propri dubbi sulla coerenza della normativa nazionale francese che, da una parte, esclude permanentemente gli MSM dalle donazioni di sangue e che, dall'altra, omette di individuare organiche e coerenti controindicazioni riferite ad altre situazioni che potrebbero esporre il potenziale donatore a rischi specifici (il riferimento è alla *partner* di un MSM, situazione per cui non è prevista alcuna controindicazione, nonché al donatore eterosessuale che sia solito avere rapporti a rischio, situazione per cui è invece prevista una controindicazione temporanea).

*I paragrafi 1 e 4 sono stati redatti da Luca Marini e i paragrafi 2 e 3 da Isabella Aprea

3. La sentenza della Corte di giustizia del 29 aprile 2015 nel caso *Léger*

La sentenza della Corte di giustizia fa proprie le conclusioni dell'Avvocato generale per quanto riguarda la distonia interpretativa causata dalle diverse versioni linguistiche della direttiva n. 2004/33/CE. La Corte, infatti, ha ricordato che «in caso di divergenza tra le varie versioni linguistiche di un testo del diritto dell'Unione, la disposizione di cui trattasi deve essere interpretata in funzione dell'economia generale e della finalità della normativa di cui fa parte» (cfr. par. 35 della sentenza). Nel caso di specie, le finalità della direttiva «portano ad accogliere l'interpretazione secondo cui 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 espone 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».

Diversamente, la sentenza della Corte di giustizia del 29 aprile 2015 si allontana dalle conclusioni dell'Avvocato generale per quanto concerne la valutazione della compatibilità tra la normativa francese e la direttiva europea. La Corte afferma, infatti, che il punto 2.1 dell'allegato III della direttiva n. 2004/33/CE può ricomprendere anche 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» (cfr. il dispositivo della sentenza).

Più nello specifico, la Corte di giustizia ha puntualizzato che il punto 2.1 dell'allegato III della direttiva 2004/33 «non definisce con precisione le persone o le categorie di persone interessate da tale esclusione, circostanza che lascia un margine di discrezionalità in capo agli Stati membri nell'applicazione di detta disposizione» (cfr. il par. 39 della sentenza). Spetta, quindi, allo Stato membro dimostrare che l'esclusione permanente, prescritta dal decreto ministeriale francese per gli MSM, risponda al requisito della sussistenza dell'«alto rischio» di cui al punto 2.1 dell'allegato III della direttiva e rispetti, al contempo, i diritti fondamentali sanciti dall'ordinamento dell'Unione. In questa prospettiva, secondo la Corte, assume rilevanza la situazione epidemiologica della Francia che, come affermato dal Governo francese sulla base dei dati forniti dall'*Institut de veille sanitaire français*, presenta un carattere specifico, tenuto conto del fatto che la maggior parte dei contagi da HIV negli ultimi anni sarebbe stata causata da rapporti sessuali e che gli MSM rappresenterebbero la porzione di popolazione più colpita (nell'ordine del 48%). La Corte ritiene, pertanto, che è compito del giudice del rinvio verificare la veridicità di tali dati e, di conseguenza, la loro rilevanza.

Quanto al rispetto dei diritti fondamentali sanciti dall'ordinamento dell'Unione, la Corte di giustizia ha sottolineato che il decreto ministeriale francese implica *prima facie* una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, in violazione dell'art. 21, par. 1, della

*I paragrafi 1 e 4 sono stati redatti da Luca Marini e i paragrafi 2 e 3 da Isabella Aprea

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (di seguito Carta UE), che vieta qualsiasi forma di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale. Detto articolo, infatti, «è un'espressione particolare del principio di parità di trattamento, che costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, sancito dall'articolo 20 della Carta» (cfr. par. 48 della sentenza). A parere della Corte, tuttavia, la normativa francese non mette in discussione il suddetto principio di non discriminazione in sé considerato, atteso che essa verte esclusivamente sulla necessità di tutelare la salute dei riceventi il sangue donato e che essa è finalizzata, pertanto, al perseguimento di un interesse generale (cfr. par. 54 della sentenza). Anche in questo caso, secondo la Corte, ricade sul giudice del rinvio l'onere – non indifferente – di attestare che il principio di proporzionalità di cui all'art. 52, par. 1, della Carta UE non risulti violato e che misure meno restrittive rispetto alla controindicazione permanente non permetterebbero di garantire elevati livelli di protezione dei riceventi il sangue donato, fermo restando che i *test* sierologici cui si fa riferimento «devono essere praticati secondo le procedure scientifiche e tecniche più recenti, conformemente al considerando 29 della direttiva 2002/98/CE» (cfr. par. 68 della sentenza). In caso contrario, la limitazione prescritta dalla normativa francese risulterebbe effettivamente lesiva del principio di proporzionalità ex art. 52, par. 1, della Carta UE.

4. Conclusioni

La sentenza del 29 aprile 2015 evidenzia il diverso orientamento seguito dall'Avvocato generale e dalla Corte di giustizia. Per il primo, infatti, il decreto ministeriale francese rischia di mantenere, nonostante la presenza della normativa di armonizzazione europea, una discriminazione fondata sul sesso e sull'orientamento sessuale, mentre per la Corte la disciplina posta dal decreto in parola può comunque giustificarsi alla luce della situazione particolare dello Stato considerato. Se appare comprensibile che la sentenza della Corte si preoccupi precipuamente di salvaguardare, al di là delle evidenze scientifiche, l'esigenza di assicurare *standard* elevati di qualità e di sicurezza in materia di raccolta, conservazione e distribuzione del sangue donato, è anche – e purtroppo – vero che essa, evitando, più o meno intenzionalmente, di approfondire la distinzione tra comportamento sessuale ed orientamento sessuale, si è sottratta al compito di fornire un contributo utile a garantire la necessaria interpretazione ed applicazione uniforme della normativa europea in una materia “politicamente” sensibile (e variamente sofferta o tollerata o giudicata nei diversi Stati). Sotto quest'ultimo profilo, peraltro, la sentenza della Corte rischia di sottovalutare (se non di sovvertire) gli orientamenti espressi dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 4 febbraio 2014 sulla tabella di marcia dell'UE contro l'omofobia e la discriminazione legata all'orientamento sessuale e all'identità di genere.

Anche il riferimento operato dalla Corte di giustizia alle statistiche concernenti la situazione epidemiologica francese, al fine di valutare il fondamento scientifico del divieto di donazione del sangue, non è esente da critiche, perché non mette in luce i rischi collegati e conseguenti alla scelta di fondare opzioni normative “sensibili” su dati quantitativi aggregati, caratterizzati da fisiologici margini di errore. Come già avvenuto per altre tematiche di rilevanza bioetica, la sbrigativa utilizzazione o, addirittura, la strumentalizzazione di dati scientifici divergenti o controversi è suscettibile di alimentare pseudo-dibattiti (bio)politici, sterili o autoreferenziali, e di celare, agli occhi dell'opinione pubblica, la reale natura scientifica dei problemi o, peggio ancora, la rilevanza degli interessi economici in gioco. A riprova di ciò, basti ricordare la *querelle* sul cosiddetto statuto

*I paragrafi 1 e 4 sono stati redatti da Luca Marini e i paragrafi 2 e 3 da Isabella Aprea

dell'embrione, che, specialmente in Italia, ha segnato, e segna ancora oggi, la linea di demarcazione che separa la “bioetica laica” dalla “bioetica cattolica”, lasciando del tutto ignota all'opinione pubblica la disponibilità di dati scientifici fondati, la dimensione (bio)economica delle sperimentazioni sulle cellule staminali embrionali e la funzione di mediazione propria al (bio)diritto.

LUCA MARINI
ISABELLA APREA

*I paragrafi 1 e 4 sono stati redatti da Luca Marini e i paragrafi 2 e 3 da Isabella Aprea