

Faculté de droit et de criminologie

Contre-indication au don de sang des hommes homosexuels en Belgique

Une exclusion justifiée ou une discrimination déguisée

Auteur : MERVEILLE Carla
Promoteur : VERDUSSEN Marc
Année académique 2023-2024
Master en droit à horaire décalé

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer ma profonde gratitude envers toutes les personnes qui ont contribué, de près ou de loin, à l'élaboration de ce mémoire.

Je remercie tout d'abord mon promoteur, Monsieur Marc VERDUSSEN, pour sa bienveillance et ses suggestions dans la finalisation de ce mémoire.

Je souhaite également adresser mes remerciements aux personnes suivantes :

Loréna, ma précieuse amie, pour son soutien indéfectible durant ces cinq années d'études ainsi que pour ses relectures consciencieuses.

Clémence, ma cousine, pour ses conseils avisés.

Christel, ma marraine, qui a veillé à la qualité de mes écrits.

Maître S. BEN MESSAOUD, pour sa disponibilité qui a permis de structurer les premières réflexions de ce mémoire.

Carmela, ma grand-mère, pour sa patience et son encouragement tout au long de cette aventure. Sa présence à mes côtés m'a donné la force de persévérer, même dans les moments les plus difficiles.

Enfin, j'ai une pensée particulière pour mon Papa, qui a toujours eu confiance en moi.

ABREVIATIONS

CCNE	Comité consultatif national d'éthique
CDFUE	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'homme (Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales)
CSS	Conseil supérieur de la santé
EFS	Établissement français du sang
HSH	Homme ayant ou ayant eu des relations sexuelles avec un autre homme
ID-NAT	Individual Donation Nucleic Acid Test (en français : dépistage génomique en format individuel)
ISSP	Institut scientifique de santé publique
NAT	Nucleic Acid Test (en français : dépistage génomique)
OMS	Organisation mondiale de la santé
PEP	Post-exposure prophylaxis (<i>cf.</i> TPE en français)
PrEP	Pre-exposure prophylaxis (en français : prophylaxie pré-exposition)
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPE	Traitement post-exposition (<i>cf.</i> PEP en anglais)
UE	Union européenne
VIH	Virus de l'Immunodéficience Humaine

* *

*

LEXIQUE

Dépistage génomique	Sous le nom <i>Nucleic Acid Test</i> (NAT) en anglais, il s'agit d'une technique qui analyse l'ARN du virus pour détecter sa présence dans le sang. Cette technique permet d'identifier l'infection au VIH rapidement, même avant que le corps ne produise des anticorps, réduisant ainsi la « <i>fenêtre silencieuse</i> » où le virus est présent mais non détectable par les tests conventionnels. Ce dépistage peut aussi être individuel, auquel cas on l'appelle dépistage génomique en format individuel ou <i>Individual Donation Nucleic Acid Test</i> (ID-NAT) en anglais.
Fenêtre silencieuse du VIH	Il s'agit de la période suivant une infection très récente au VIH dont la charge virale dans le sang est encore si faible que la présence du virus ne peut pas être détectée par des tests de dépistage.
Incidence d'une maladie	Il s'agit du nombre de nouveaux cas qui apparaissent dans une population donnée sur une période spécifique. Elle mesure la fréquence d'apparition de la maladie.
Période éclipse du VIH	Il s'agit des tous premiers jours suivant une infection par le VIH, lorsque le virus commence à se dupliquer dans le sang. Il est à noter que la quantité de virus doit atteindre un certain seuil pour devenir à son tour infectieux, ce qui prend dix jours en moyenne.
Prévalence d'une maladie	Il s'agit de la proportion de personnes dans une population donnée qui sont atteintes de

	cette maladie à un moment précis ou sur une période définie. Elle mesure la présence totale de la maladie, incluant à la fois les nouveaux et les anciens cas.
Traitement de prophylaxie préexposition au VIH	Sous le nom de <i>pre exposure prophylaxis</i> (PrEP) en anglais, ce traitement repose sur la prise de médicaments par des personnes non infectées par le VIH afin de prévenir l'infection. En prenant ce traitement, il est possible de réduire considérablement le risque de contracter le VIH lors de rapports sexuels ou d'autres situations à risque.
Traitement post-exposition	Sous le nom de <i>post exposure prophylaxis</i> (PEP) en anglais, il s'agit de prendre un traitement antirétroviral en urgence après un rapport sexuel non-protégé ou un accident d'exposition virale, dans le but de prévenir la transmission du VIH.

*

*

*

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION _____ 1

PARTIE 1 – LEGISLATION ET JURISPRUDENCE PERTINENTES ____ 5

Chapitre I. - Législation pertinente _____ 5

Section 1. - Directives 2002/98/CE et 2004/33/CE _____ 5

Section 2. - Le droit belge _____ 6

Section 3. – Le droit français _____ 7

Chapitre II. – L’arrêt Léger du 29 avril 2015 rendu par la Cour de justice de l’Union

européenne _____ 10

Section 1. - Les faits amenant le juge national à poser une question préjudicielle à la Cour _____ 11

Section 2. - Décision de la Cour de justice de l’Union européenne assortie de commentaires _____ 12

§1. - Premier temps : les divergences linguistiques présentes dans la directive _____ 13

§2. - Deuxième temps : les articles 21, §1^{er} et 52, §1^{er} de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne _____ 14

Section 3. – Constats découlant de l’arrêt Léger _____ 20

Chapitre III – L’arrêt n°122/2019 de la Cour constitutionnelle belge _____ 21

Section 1. - Recours en annulation des articles 8 et 9 de la loi du 11 août 2017 _____ 21

Section 2. - Arguments des parties _____ 22

Section 3. - Décision de la Cour constitutionnelle _____ 24

§1. - Objectifs poursuivis par le législateur _____ 24

§2. - Pertinence de la mesure afin d’atteindre l’objectif poursuivi par le législateur _____ 25

§3. - Proportionnalité de la mesure _____ 28

PARTIE 2 – LE CRITERE D’EXCLUSION _____ 32

Chapitre i. – Le critère d’exclusion est-il fondé sur les comportements sexuels à risque ? ____ 33

Section 1. - Le domaine de la sexualité _____ 33

§1. - Un domaine imbibé de nuances _____ 33

§2. - Orientation sexuelle, comportement sexuel et identité sexuelle _____ 34

Section 2. - Confusion des juridictions entre « groupe à risque » et « comportement à risque » _____ 36

Chapitre II. – Analyse approfondie du critère d’exclusion _____ 37

Section 1. - La question d’une potentielle discrimination est-elle légitime/pertinente ? _____ 38

§1 - Qualification de l’acte de donner son sang _____ 39

§2. - Où se trouve la discrimination ? _____ 41

§3. - Antienne en matière d’égalité et de différence ou identité de traitement _____ 42

Section 2. - Proportionnalité du critère d’exclusion _____ 44

§1. - Le contrôle de proportionnalité en matière de protection de la santé	44
A. Indices d'ordre procédural	47
B. Indices d'ordre matériel	49
C. La cohérence de la norme comme indice d'ordre transversal	50
D. Observations	51
§2. - L'existence de mesures moins contraignantes	52
A. Alternatives concrètes	54
B. Le coût	65
C. Compliance des donneurs	65
CONCLUSION	67

INTRODUCTION

Interdire aux homosexuels de rentrer dans un bar, leur refuser l'accès au cinéma ou encore les empêcher de visiter un musée. Tant de situations qui paraîtraient choquantes et intolérables dans la société d'aujourd'hui, sans qu'il n'existe pour autant un « *droit d'aller au bar* », ni un « *droit de regarder un film au cinéma* » ou un « *droit de visiter les musées* » en droit positif belge.

Mais qu'en est-il de l'exclusion temporaire au don de sang des hommes ayant ou ayant eu des relations sexuelles avec un homme¹, encore appelés HSH² ?

Au croisement entre la sécurité sanitaire et le principe de non-discrimination, l'exclusion des HSH du don de sang en Belgique demeure une question complexe et sensible.

Le don de sang est un acte de civisme destiné à sauver la vie d'un individu qui nous est inconnu. Notre intuition voudrait que la solidarité soit exercée de manière indéterminée, et que chacun se voit accorder la possibilité de donner son sang. Toutefois, l'impératif de protection de la santé publique contraint cette idée de solidarité illimitée³.

Depuis plusieurs années, les associations tentent de se faire entendre des autorités politiques afin de dénouer la situation concernant l'exclusion des HSH au don de sang. S'agissant tout d'abord d'une exclusion permanente, celle-ci est dorénavant temporaire, notamment suite à l'arrêt Léger, rendu en 2015 par la Cour de justice de l'Union européenne⁴. Mais le combat n'est pas fini pour cette catégorie d'individus exclue du don de sang et les associations la représentant. En effet, bien que le délai d'exclusion ait été réduit à quatre mois en juillet 2023⁵

¹ Cette exclusion vise également les donneurs dont le partenaire est homme ayant ou ayant eu des relations sexuelles avec un homme. Dans un souci de lisibilité et de clarté, nous parlerons d'exclusion des HSH au don de sang, mais il faut évidemment comprendre que cela englobe également la situation du donneur ayant un partenaire HSH.

² HSH est l'acronyme pour « un homme ayant eu des rapports sexuels avec un homme », employé notamment dans les travaux d'ONU Sida et d'autres ONG, ainsi que dans les travaux préparatoires en Belgique.

³ P. BELLEMANS et S. BEN MESSAOUD, « Vers un don de sang sans discrimination ? », *Le journal du Médecin*, 23 février 2023, n° 2745, page 24.

⁴ C.J.U.E., 29 avril 2015, arrêt Léger, aff. C-528/13, EU:C:2015:288 (ci-après « arrêt Léger »).

⁵ Loi du 7 juillet 2022 modifiant la loi du 5 juillet 1994 relative au sang et aux dérivés du sang d'origine humaine en ce qui concerne les critères d'exclusion au don de sang, *M.B.*, 13 octobre 2022, p. 72945 (ci-après « loi du 7 juillet 2022 »), entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2023.

en Belgique, après avoir été fixé à douze mois dans un premier temps, des incompréhensions règnent encore au regard de la législation. Celles-ci seront abordées dans le cadre de ce mémoire.

Il est évident qu'en tenant compte de l'évolution des « *bonnes mœurs* », de l'assouplissement des croyances et de l'effervescence des mentalités quant à la sexualité, certaines législations peuvent susciter des interrogations, en particulier lorsqu'elles portent atteinte à l'égalité et à la non-discrimination.

Cette nouvelle dynamique invitera discrètement les juges à faire preuve d'audace, comme l'a déjà fait la Cour européenne des droits de l'homme en élargissant l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe. Dès lors, les magistrats sont contraints de prendre en compte l'éveil des nouvelles générations et la préoccupation qu'elles ont pour ces luttes modernistes.

Il importe également de se remémorer l'esclandre sanitaire du « *sang contaminé* », qui a durement frappé la France aux alentours des années 80-90⁶, afin de ne pas négliger l'importance de la sécurité du sang collecté. La législation, et par extension les juges, devront tenter de combiner cet impératif sanitaire avec la nécessité de pouvoir subvenir aux besoins des citoyens nécessitant une transfusion sanguine, tout en évitant de basculer dans une quelconque forme de discrimination. Cela nous rappelle qu'il est constant que les droits soient débattus, évalués et comparés, ce qui demande aux autorités de jongler constamment pour trouver un équilibre⁷.

La sécurité sanitaire brouillerait-elle le principe de non-discrimination ? Est-il temps que la Belgique s'engage à faire disparaître ce critère d'exclusion des HSH du don de sang ? C'est à ces questions que ce mémoire tentera de répondre⁸.

⁶ X., « Les scandales de l'été : L'affaire du sang contaminé en France », *Paris Match*, le 02 août 2023, disponible sur <https://www.parismatch.be/actualites/sante/2023/08/02/les-scandales-de-lete-laffaire-du-sang-contamine-en-france-2YN53AWFNVCDB33KLGWGSKG7M/> (consulté le 11 août 2024) ; X., ““Le procès du sang” : l'affaire du sang contaminé en Belgique (1997) – Au nom de la loi”, *RTBF / Sonuma 1997*, archive initialement diffusée le 30 janvier 1997, disponible sur <https://www.youtube.com/watch?v=bMj5AJ8PAjQ> (consulté le 11 août 2024).

⁷ P. BELLEMANS, S. BEN MESSAOUD et P. SLEGGERS, « La proportionnalité en matière de protection de la santé, le combat d'Hermès et d'Esculape », *A.P.T.*, 2021, p. 417.

⁸ Proposition de loi modifiant la loi du 5 juillet 1994 relative au sang et aux dérivés du sang d'origine humaine en ce qui concerne les critères d'exclusion au don de sang, rapport fait au nom de la Commission de la santé et de l'égalité des chances par R. De Caluwé, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 55-2423/004, pp. 5-6.

Afin de bien cerner le sujet, la première partie abordera la législation et la jurisprudence pertinentes à travers deux arrêts majeurs. Une telle approche est essentielle pour appréhender les diverses problématiques liées à l'exclusion des HSH du don de sang.

Le premier arrêt étudié, rendu par la Cour de justice de l'Union européenne en 2015⁹, a permis une avancée en la matière en reconnaissant que la discrimination puisse être fondée sur l'orientation sexuelle, conformément à l'article 21, §1^{er} de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁰.

Le second arrêt, rendu par la Cour constitutionnelle belge en 2019¹¹, a procédé à un examen du critère d'exclusion litigieux, tout en se référant régulièrement à l'arrêt Léger de la CJUE¹².

La seconde partie se concentrera sur ce critère d'exclusion des HSH au don de sang, en effectuant une analyse approfondie des différents paramètres qui l'entourent, mais aussi au regard des principales critiques formulées dans la jurisprudence pertinente.

Le premier chapitre interrogera la légitimité du critère d'exclusion, en examinant s'il est fondé sur des comportements sexuels à risque et en abordant certaines nuances relatives au domaine de la sexualité, ainsi que la confusion faite par les juridictions entre « *groupe à risque* » et « *comportement à risque* ».

Le second chapitre tranchera la question de savoir si, finalement, la question d'une potentielle discrimination est pertinente, ce qui amènera à se questionner sur la qualification de l'acte de donner son sang : s'agit-il d'un droit, simplement de l'expression de sa solidarité ou encore d'une prérogative individuelle ?

Enfin, ce chapitre abordera la proportionnalité du critère d'exclusion, qui suscite de nombreux débats. Il examinera en premier lieu le contrôle de proportionnalité en matière de protection de la santé, avant de vérifier s'il existe des mesures moins contraignantes, qui est un élément central dans cette analyse.

⁹ Arrêt Léger précité.

¹⁰ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *J.O.U.E.*, 30 mars 2010, C 83, p. 396, art. 21.

¹¹ C. const., 26 septembre 2019, n° 122/2019, *M.B.*, 2019, p. 104626.

¹² Arrêt Léger précité.

Le panorama de ce mémoire montre qu'il se borne à analyser le critère d'exclusion des HSH du don de sang, mais seulement sous l'angle d'une potentielle discrimination à l'égard de ce groupe d'individus, et non sous l'angle de la protection de la vie privée. En outre, il est à signaler que nous n'aborderons pas la question de la discrimination des HSH en ce qui concerne le don de plasma, et que nous nous limiterons ici au seul don de « *globules rouges* », compte tenu des méthodes qui sont différentes afin de détecter la présence du VIH dans le sang.

La Belgique est souvent à l'avant-garde en matière de lutte contre les discriminations liées à l'orientation sexuelle et en faveur des droits des personnes LGBTQI+. Cependant, en matière de don de sang, notre pays accuse un retard significatif, alors qu'une série d'autres ont supprimé toute exclusion des HSH du don de sang.

Avertissement : les termes « *femme* » et « *homme* » utilisés dans le cadre de ce mémoire font référence aux caractéristiques sexuelles (biologiques) primaires et secondaires d'un individu, sauf précision contraire. Ces termes ne se réfèrent donc pas au *genre*, qui est le construit socioculturel d'un individu et non pas une donnée naturelle¹³.

* *

*

¹³ X., « Glossaire », *Genres Pluriels*, 14 décembre 2023, disponible sur <https://www.genrespluriels.be/Glossaire> (consulté le 8 août 2024) ; L. DAMAS, *Enregistrement du sexe à l'état civil : vers une sortie de la binarité*. Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2021. Prom. : M. VERDUSSEN, disponible sur <https://dial.uclouvain.be/memoire/ucl/> (consulté le 8 août 2024).

PARTIE 1 – LEGISLATION ET JURISPRUDENCE PERTINENTES

1. Afin de cerner l'évolution du droit ces dernières années et de percevoir les différents enjeux actuels en la matière, cette première partie dresse un panorama de la législation et de la jurisprudence pertinentes.

CHAPITRE I. - LÉGISLATION PERTINENTE

2. Ce chapitre a pour objectif d'introduire le lecteur à la législation monopolisée par les juges pour trancher ces questions. Les décisions jurisprudentielles pertinentes seront, quant à elles, développées aux Chapitres II et III. La Section 1 aborde pour commencer le droit de l'Union européenne, à travers deux directives. Le droit belge, traité à la Section 2, est quant à lui directement influencé par un arrêt de la Cour constitutionnelle, rendu en 2019. Enfin, le droit français sera également abordé, en ce qu'il s'appuie directement sur un arrêt de 2015 de la Cour de justice de l'Union européenne.

SECTION 1. - DIRECTIVES 2002/98/CE ET 2004/33/CE

3. Ces deux directives, relatives à l'établissement des normes de qualité et de sécurité pour la collecte, le contrôle, la transformation, la conservation et la distribution du sang humain et des composants sanguins, sont fondées sur l'article 168 du TFUE¹⁴ prônant un « *niveau élevé* » de protection de la santé humaine¹⁵.
4. Le considérant 24 de la directive 2002/98/CE¹⁶ relate que : « *le sang et les composants sanguins utilisés à des fins thérapeutiques ou dans des dispositifs médicaux devraient provenir de personnes dont l'état de santé est tel qu'aucun effet néfaste ne résultera du don* ». Il en découle

¹⁴ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée), *J.O.U.E.*, 26 octobre 2012, C 326, art. 168.

¹⁵ J.-P. MARKUS, « Don de sang par des hommes déclarant des relations sexuelles avec un autre homme : une interdiction eurocompatible ? », *J.C.P.*, n°34, 2015, p. 2259.

¹⁶ Directive 2002/98/CE du Parlement européen et du Conseil en date du 27 janvier 2003 établissant des normes de qualité et de sécurité pour la collecte, le contrôle, la transformation, la conservation et la distribution du sang humain, et des composants sanguins, et modifiant la directive 2001/83/CE, *J.O.U.E.*, 8 février 2003, L 33, p. 30 (ci-après « directive 2002/98/CE »).

que « *chaque don de sang devrait être contrôlé conformément à des règles assurant que toutes les mesures nécessaires ont été prises pour préserver la santé des personnes qui reçoivent du sang ou des composants sanguins* ».

5. L'article 19 de cette même directive prévoit que, pour établir l'admissibilité des donneurs, ces derniers doivent être interrogés. Dès lors, l'article 29, d) précise qu'il existe des « *critères d'exclusion permanente et la dérogation éventuelle* », ainsi que des « *critères d'exclusion temporaire* », mis en œuvre via une seconde directive 2004/33/CE¹⁷⁻¹⁸.

En effet, celle-ci inclut une annexe II précisant les informations que les donneurs doivent fournir avant le prélèvement de sang¹⁹. Ces renseignements sont collectés à travers un questionnaire et un entretien individuel avec un professionnel du secteur médical formé, permettant de déterminer si le prélèvement est accepté ou refusé. Ce questionnaire recense « (...) *tous les facteurs utiles susceptibles de contribuer à identifier et à exclure les personnes dont les dons pourraient présenter un risque pour leur propre santé ou pour celle d'autres personnes, par exemple le risque de transmission de maladies* »²⁰⁻²¹.

SECTION 2. - LE DROIT BELGE

6. En Belgique, le cadre législatif régissant le don de sang est principalement établi par la loi du 5 juillet 1994 relative à la collecte, à l'utilisation et à la distribution du sang humain et de ses dérivés d'origine humaine²². Cette loi vise à garantir la sécurité et la qualité des produits sanguins, tout en respectant les droits des donneurs. Dans un objectif de santé publique, la loi organise des critères d'exclusion permanente et temporaire au don de sang. Dans un premier

¹⁷ Directive 2004/33/CE de la Commission du 22 mars 2004 portant application de la directive 2002/98/CE du Parlement européen et du Conseil concernant certaines exigences techniques relatives au sang et aux composants sanguins, *J.O.U.E.*, 30 mars 2004, L 91, p. 25 (ci-après « directive 2004/33/CE »).

¹⁸ MARKUS J.-P., « Don de sang par des hommes déclarant des relations sexuelles avec un autre homme : une interdiction eurocompatible ? », *op. cit.*, p. 2259 ; Y. PELOSI, « L'exclusion permanente de tout homme hétérosexuel ou bisexuel du don de sang à l'épreuve du droit de l'Union européenne », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 01 juillet 2015, disponible sur <http://journals.openedition.org/revdh/1390> (consulté le 12 avril 2023).

¹⁹ Directive 2004/33/CE précitée, annexe II, partie B.

²⁰ *Ibidem*, point 2.

²¹ J.-P. MARKUS, « Don de sang par des hommes déclarant des relations sexuelles avec un autre homme : une interdiction eurocompatible ? », *op. cit.*, p. 2259.

²² Loi du 5 juillet 1994 relative au sang et aux dérivés du sang d'origine humaine, *M.B.*, 8 octobre 1994, p. 2562 (ci-après « loi du 5 juillet 1994 »).

temps, elle prévoyait une exclusion définitive au don de sang pour HSH, ainsi que leurs partenaires sexuels²³. Plus de vingt ans plus tard, la législation a été modifiée par une loi du 11 août 2017 portant des dispositions diverses en matière de santé²⁴ et a prévu une exclusion temporaire de douze mois à partir du dernier rapport sexuel HSH.

7. Cependant, en réponse à l'arrêt de la Cour constitutionnelle de 2019²⁵ critiquant la réglementation applicable au don de sang pour la communauté homosexuelle, une modification législative était opportune. C'est ainsi que la loi du 7 juillet 2022²⁶ a été adoptée, réduisant de douze à quatre mois la période d'exclusion pour les HSH et leurs partenaires sexuels²⁷. Ces nouvelles dispositions sont entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2023²⁸.
8. Il est à noter qu'avant la promulgation de la loi du 5 juillet 1994²⁹, le cadre législatif belge relatif au don de sang était bien moins structuré et organisé. En effet, le don de sang était principalement régi par des réglementations et des directives émanant de diverses autorités sanitaires et établissements hospitaliers. Il n'existait donc pas de législation unifiée spécifiquement dédiée à la collecte et à l'utilisation du sang humain et de ses dérivés. Dès lors, il est évident qu'avant la promulgation de ladite loi, la Belgique ne respectait pas la condition de légalité dorénavant imposée par la CJUE, telle qu'elle l'a précisément affirmé dans l'affaire Léger en 2015³⁰.

SECTION 3. – LE DROIT FRANÇAIS

9. Il apparaît opportun d'examiner plus en profondeur la législation française dans le cadre de ce mémoire, compte tenu des diverses jurisprudences qui seront ultérieurement mises en évidence.

Deux arrêtés ministériels méritent d'être cités afin de cerner adéquatement les enjeux en cause.

²³ P. BELLEMANS et S. BEN MESSAOUD, « Vers un don de sang sans discrimination ? », *op.cit.* p. 24.

²⁴ Loi du 11 août 2017 portant des dispositions diverses en matière de santé, *M.B.*, 28 août 2017, p. 81281 (ci-après « loi du 11 août 2017 »).

²⁵ C. const., 26 septembre 2019, n° 122/2019, *M.B.*, 2019, p. 104626.

²⁶ Loi du 7 juillet 2022 modifiant la loi du 5 juillet 1994 relative au sang et aux dérivés du sang d'origine humaine en ce qui concerne les critères d'exclusion au don de sang, *M.B.*, 13 octobre 2022, p. 72945.

²⁷ Projet de loi modifiant la loi du 5 juillet 1994 relative au sang et aux dérivés du sang d'origine humaine en ce qui concerne les critères d'exclusion au don de sang, texte adopté par la séance plénière et soumis à la sanction royale, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess.ord., 2021-2022, n° 55-2423/007.

²⁸ V. LAFARQUE, « Don de sang : changement en vue pour les homosexuels », *B.J.S.*, 2022/696, p. 2.

²⁹ Loi du 5 juillet 1994 précitée.

³⁰ Arrêt Léger précité, point 52.

- L'arrêté ministériel du 12 janvier 2009 fixant les critères de sélection des donneurs de sang³¹

10. Cet arrêté ministériel prolonge une circulaire de 1983 adoptée à la suite de la découverte du virus VIH³², interdisant de manière définitive le don de sang à tout HSH.

L'article L. 1211-6-1 du Code de la santé³³ dispose que « *nul ne peut être exclu du don de sang en dehors de contre-indications médicales. Nul ne peut être exclu du don de sang en raison de son orientation sexuelle (...)* ». La seconde phrase n'était pas encore en vigueur au moment des faits dans l'affaire Léger³⁴, puisqu'elle a été insérée par la LOI n°2021-1017 du 2 août 2021³⁵. Dès lors, en application dudit arrêté de 2009, les HSH font l'objet d'une contre-indication permanente au don³⁶.

Cet arrêté expose une série de contre-indications revenant à exclure du don du sang certaines personnes. Celles-ci sont décrites dans un tableau en annexe II de l'arrêté, dont les éléments pertinents sont synthétisés ci-dessous afin de bien en saisir certaines nuances :

- ***Rapport(s) sexuel(s) non protégé(s) avec un partenaire occasionnel*** : contre-indication de quatre mois après le dernier rapport sexuel non protégé ;
- ***Multi partenariat sexuel*** : plus d'un partenaire dans les quatre derniers mois : contre-indication de quatre mois après la fin de la situation de multi partenariat ;
- ***Rapports sexuels non protégés avec un nouveau partenaire depuis moins de deux mois*** : contre-indication de quatre mois après le dernier rapport sexuel non protégé ;
- ***Utilisation par voie parentérale de drogues ou de substances dopantes sans prescription*** : contre-indication permanente
- ***Homme ayant eu des rapports sexuels avec un homme*** : contre-indication permanente

³¹ Arrêté ministériel du 12 janvier 2009 fixant les critères de sélection des donneurs de sang, *J.O.R.F.*, n° 0015 du 18 janvier 2009, texte 23 sur 50.

³² Circulaire du 20 juin 1983 relative à la prévention du SIDA par la transfusion sanguine, D.G.S./3B n°569, 20 juin 1983.

³³ Article L.1211-6-1 du Code de la santé publique.

³⁴ Arrêt Léger précité. Cf. points 13 et s. de ce mémoire.

³⁵ Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique (1), *J.O.R.F.*, n°0178 du 3 août 2021.

³⁶ Y. PELOSI, « L'exclusion permanente de tout homme hétérosexuel ou bisexuel du don de sang à l'épreuve du droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 1.

Dans un arrêt inédit en date du 18 octobre 2012, la Cour administrative d'appel de Paris avait validé cette mesure³⁷. Cependant, la CJUE a été saisie sur question préjudicielle, transmise par le tribunal administratif de Strasbourg³⁸, afin de se prononcer sur la compatibilité de ces contre-indications avec la directive 2004/33/CE^{39 40}. Il s'agit de l'affaire Léger⁴¹, qui sera abordée dans le chapitre suivant.

- L'arrêté ministériel du 5 avril 2016 fixant les critères de sélection des donneurs de sang⁴²

11. Cet arrêté établit lui aussi une liste de contre-indications au don de sang. Son apport principal est qu'il vient abroger les dispositions de l'arrêté du 12 janvier 2009, qui imposaient notamment une contre-indication permanente pour les HSH, en introduisant une contre-indication de douze mois après le dernier rapport sexuel⁴³.

Son contenu a tout de même été contesté par un particulier et différentes associations⁴⁴ devant le Conseil d'État français⁴⁵, arguant que l'exclusion temporaire de douze mois violerait plusieurs dispositions, notamment l'article 21, §1^{er} de la Charte DFUE⁴⁶ ainsi que les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁷. Dans cette affaire, le Conseil d'État a rejeté les contestations, invoquant que la directive 2002/98/CE imposait aux autorités sanitaires de « *prendre toutes les mesures de précaution dans la détermination des contre-indications au don de sang afin de réduire au minimum le risque de transmission d'une maladie infectieuse* »⁴⁸, et qu'en égard à la gravité des conséquences d'une telle transmission ainsi qu'à la nécessité de préserver le lien de confiance entre donneurs et receveurs, les autorités sanitaires

³⁷ C.A.A. de Paris, 18 octobre 2012, n° 11PA02938.

³⁸ T.A. de Strasbourg, 1^{er} octobre 2013, n° 0903177.

³⁹ Directive 2004/33/CE précitée, p. 25.

⁴⁰ Y. PELOSI, « L'exclusion permanente de tout homme hétérosexuel ou bisexuel du don de sang à l'épreuve du droit de l'Union européenne », *op. cit.*

⁴¹ Arrêt Léger précité.

⁴² Arrêté ministériel du 5 avril 2016 fixant les critères de sélection des donneurs de sang, *J.O.R.F.*, n° 0085 du 10 avril 2016, texte 8 sur 54.

⁴³ T. ESCACH-DUBOURG, « La légalité de l'encadrement du don de sang des hommes homosexuels : une cohérence dans l'incohérence », note sous C.E. (français), 28 décembre, M.C., *Association Mousse et autres*, n° 400580 et 414973, *A.J.D.A.*, 2018, pp. 1281-1282.

⁴⁴ Il s'agit des associations Mousse, Stop Homophobie, Comité Idaho France et Elus locaux contre le SIDA.

⁴⁵ C.E. (français) (1^{re} – 6^e ch. réunies), *Association Mousse et autres*, 28 décembre 2017, n° 400580.

⁴⁶ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *J.O.U.E.*, 30 mars 2010, C 83, p. 396, art. 21.

⁴⁷ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, p. 5028, art. 8 et 14.

⁴⁸ C.E. (français) (1^{re} – 6^e ch. réunies), *Association Mousse et autres*, 28 décembre 2017, n° 400580, point 5.

étaient autorisées à exclure certaines personnes afin de protéger au mieux la sécurité des receveurs⁴⁹.

En l'espèce, le Conseil d'État français a, méthodiquement, appliqué la jurisprudence de la CJUE, comme en témoigne l'affaire Léger⁵⁰. Néanmoins, ces décisions sont caractérisées par une certaine confusion et incohérence. Tout d'abord, par la dissociation entre l'orientation et le comportement sexuel qui paraît curieuse, mais également par l'application du principe de l'interdiction de la discrimination qui semble discutable⁵¹.

CHAPITRE II. – L'ARRÊT LÉGER DU 29 AVRIL 2015 RENDU PAR LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE⁵²

12. L'Union européenne érige la protection de la vie et de la santé des individus au rang de ses objectifs primordiaux. Dès lors, il est envisageable d'interpréter l'arrêt Léger comme une conciliation opérée par la CJUE entre le principe de non-discrimination et le droit à la santé, voire à la vie, toutefois sous plusieurs réserves, lesquelles seront développées ci-après⁵³.

En renvoyant largement le pouvoir d'appréciation au juge national, la réponse de la Cour de Luxembourg n'aura pas permis de clore les débats. En revanche, elle a apporté des éclaircissements novateurs quant à l'interprétation des dispositions applicables. D'un part, la Cour a estimé que, même si la réglementation française réserve aux HSH et à leurs partenaires un traitement moins favorable que celui accordé aux hommes hétérosexuels, le droit de l'Union n'est pas *de facto* méconnu. D'autre part, elle demande au juge national de veiller au respect du principe de proportionnalité par cette mesure édictée par les pouvoirs publics nationaux⁵⁴.

⁴⁹ T. ESCACH-DUBOURG, « La légalité de l'encadrement du don de sang des hommes homosexuels : une cohérence dans l'incohérence », *op. cit.*, pp. 1281-1282.

⁵⁰ Arrêt Léger précité.

⁵¹ T. ESCACH-DUBOURG, « La légalité de l'encadrement du don de sang des hommes homosexuels : une cohérence dans l'incohérence », *op. cit.*, pp. 1281-1282.

⁵² Arrêt Léger précité.

⁵³ Ch. MAUBERNARD, « Le dilemme du don de sang : entre égalité des donneurs et santé des receveurs », obs. sous C.J.U.E., 29 avril 2015, aff. C-528/13, Geoffrey Léger, *Rev. trim. dr. h.*, 2016, pp. 536-537.

⁵⁴ Y. PELOSI, « L'exclusion permanente de tout homme hétérosexuel ou bisexuel du don de sang à l'épreuve du droit de l'Union européenne », *op. cit.*, pp. 1-2.

Afin de cerner au mieux le contexte entourant ce revirement jurisprudentiel important, ainsi que les avancées qui en ont émergé, un bref résumé des faits sera tracé (Section 1), suivi d'un examen de l'arrêt rendu (Section 2), ainsi qu'un développement des déductions pouvant en découler (Section 3).

SECTION 1. - LES FAITS AMENANT LE JUGE NATIONAL À POSER UNE QUESTION PRÉJUDICIELLE À LA COUR

13. En apparence, les faits revêtent un caractère technique. Il s'agit de Monsieur Geoffrey LÉGER, requérant, ayant contesté devant le tribunal administratif de Strasbourg la décision du médecin le refusant au don de sang, se fondant sur l'arrêté ministériel de 2009⁵⁵ qui exclut de manière définitive les HSH⁵⁶.

Malgré que cet arrêté traduise le résultat de débats médicaux, le tribunal d'arrondissement de Strasbourg a accepté de traiter l'affaire, démontrant une importante immixtion du juge dans les décisions médicales⁵⁷.

14. En l'espèce, le requérant conteste la décision au motif que la disposition réglementaire imposant l'exclusion permanente au don de sang des HSH est contraire à la directive 2004/33/CE⁵⁸. En raison d'un manque de limpidité dans l'annexe III de ladite directive⁵⁹, le juge administratif français a posé une question préjudicielle à la CJUE. Cette question portait notamment sur le fait de savoir si un HSH relève de la catégorie des sujets/individus ayant un comportement à risque, et sur la possibilité d'exclure de manière permanente ou temporaire du don de sang suite à ce type de comportement⁶⁰.

Par ailleurs, un examen aura lieu quant à savoir dans quelle mesure l'interdiction permanente des HSH, selon le droit français, remplit l'exigence de l'existence d'un « *risque élevé* » tel que

⁵⁵ Arrêté ministériel du 12 janvier 2009 fixant les critères de sélection des donneurs de sang, *J.O.R.F.*, n° 0015 du 18 janvier 2009, texte 23 sur 50.

⁵⁶ Cf. point 10 de ce mémoire.

⁵⁷ J.-P. MARKUS, « Don de sang par des hommes déclarant des relations sexuelles avec un autre homme : une interdiction eurocompatible ? », *op. cit.*, p. 2259.

⁵⁸ Directive 2004/33/CE précitée, p. 25.

⁵⁹ Plus particulièrement les points 2.1. et 2.2.2.

⁶⁰ C. VIAL « Cour de justice, 4^e ch. 29 avril 2015, Léger, aff. C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288 », in *Jurisprudence de la CJUE 2015* (sous la dir. de F. PICOD), 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 79-80.

mentionné au point 2.1 de l'annexe III de la directive 2004/33, tout en préservant les droits fondamentaux consacrés par l'ordre juridique de l'Union européenne, en particulier le principe de non-discrimination. Dans ce cadre, les États membres doivent veiller à ne pas adopter une interprétation des textes de droit dérivé qui se retrouverait en contradiction avec ces droits fondamentaux⁶¹⁻⁶².

SECTION 2. - DÉCISION DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE ASSORTIE DE COMMENTAIRES

15. La décision de la Cour suscite une certaine déception en ce qu'elle se borne à affirmer que les dispositions pertinentes de l'annexe III de la directive 2004/33/CE⁶³ relatives à une exclusion permanente englobent le cas prévu par la réglementation française concernant les HSH⁶⁴, sous réserve de certaines conditions que le juge national sera chargé de vérifier⁶⁵. Néanmoins, elle demeure innovante et intéressante, en ce qu'elle précise avec rigueur la manière dont le juge national doit appliquer le test de proportionnalité, afin de vérifier l'existence ou non d'une discrimination, tout en suggérant des alternatives concrètes de mesures potentiellement moins contraignantes que l'exclusion définitive des HSH au don de sang⁶⁶.

La Cour de justice analyse cette affaire en deux temps : elle se penche d'abord sur les divergences linguistiques présentes dans la directive⁶⁷ (§1), puis aborde les droits fondamentaux en se référant aux articles 21, §1^{er} et 52, §1^{er} de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁶⁸⁻⁶⁹ (§2). Ces deux étapes permettront à la Cour de

⁶¹ Voy. C.J.U.E., 26 juin 2007, arrêt *Ordre des barreaux francophones et germanophones e.a.*, aff. C-305/05, EU:C:2007:383, spé. point 20, ainsi que C.J.U.E., 6 décembre 2012, arrêt *O. e.a.*, aff. C-356/11 et C-357/11, EU:C:2012:776, spéc. point 78.

⁶² C. VIAL « Cour de justice, 4^e ch. 29 avril 2015, Léger, aff. C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288 », *op. cit.*, pp. 79-80.

⁶³ Directive 2004/33/CE précitée, p. 25.

⁶⁴ En l'espèce, l'arrêté ministériel du 12 janvier 2009 fixant les critères de sélection des donneurs de sang, *J.O.R.F.*, n° 0015 du 18 janvier 2009, texte 23 sur 50.

⁶⁵ Ch. MAUBERNARD, « Le dilemme du don de sang : entre égalité des donneurs et santé des receveurs », obs. sous C.J.U.E., 29 avril 2015, aff. C-528/13, Geoffrey Léger, *op. cit.*, p. 525.

⁶⁶ Y. PELOSI, « L'exclusion permanente de tout homme hétérosexuel ou bisexuel du don de sang à l'épreuve du droit de l'Union européenne », *op. cit.*, pp. 6-7.

⁶⁷ Arrêt Léger précité, points 31-39.

⁶⁸ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *J.O.U.E.*, 30 mars 2010, C 83, p. 396, art. 21 et 52.

⁶⁹ Arrêt Léger précité, points 40-68.

démontrer que l'exclusion définitive des HSH au don de sang ne méconnaît pas, par principe, le droit de l'Union⁷⁰.

§1. - Premier temps : les divergences linguistiques présentes dans la directive

16. La Cour fait constater que les articles 2.1 et 2.2.2 de l'annexe III de la directive 2004/33⁷¹ diffèrent selon les différentes versions linguistiques concernant le niveau de risque visé par ces dispositions⁷², celui-ci ayant un impact sur le type d'exclusion. Dans la version linguistique française, le niveau de risque justifiant l'exclusion permanente tout comme l'exclusion temporaire est exactement le même. Cependant, certaines versions linguistiques supposent un « *risque* » pour une exclusion temporaire, et un « *risque élevé* » pour une exclusion définitive⁷³, tandis que d'autres versions linguistiques supposent au contraire un « *risque élevé* » pour les deux types d'exclusion⁷⁴ (cf. annexe A).
17. Dans une telle hypothèse, la Cour rappelle sa jurisprudence⁷⁵ selon laquelle il convient de l'interpréter en fonction de l'économie générale et de la finalité de la réglementation et qu'aucune version linguistique ne saurait primer sur les autres⁷⁶. Partant, la Cour a clarifié que le sens qu'il convient de retenir des dispositions applicables en droit de l'Union⁷⁷ est celui qui, s'agissant de la finalité de la directive 2004/33⁷⁸, prône l'exclusion permanente au don de sang lorsque le risque d'une telle transmission est plus élevé.
18. Cela conduit la Cour à constater que cette imprécision quant aux personnes ou catégories de personnes cernées par ladite exclusion, met en lumière la large marge d'appréciation dont disposent les États membres.

⁷⁰ Y. PELOSI, « L'exclusion permanente de tout homme hétérosexuel ou bisexuel du don de sang à l'épreuve du droit de l'Union européenne », *op. cit.*, pp. 3-4.

⁷¹ Directive 2004/33/CE précitée, p. 25.

⁷² Arrêt Léger précité, point 31.

⁷³ Tel est le cas notamment dans les versions du point 2.1 de l'annexe III de la directive 2004/33 en langues danoise (« *stor risiko* »), estonienne (« *kõrgendatud ohtu* »), anglaise (« *high risk* »), italienne (« *alto rischio* »), néerlandaise (« *groot risico* »), polonaise (« *wysokie ryzyko* ») ou portugaise (« *grande risco* »).

⁷⁴ Les points 2.1 et 2.2.2 de l'annexe III de la directive 2004/33 dans les versions en langue espagnole (« *alto riesgo* ») et allemande (« *hohes Risiko* »).

⁷⁵ Voy. C.J.U.E., 27 mars 1990, arrêt Cricket St Thomas Estate, aff. C-372/88, EU:C:1990:140, points 18 et 19; C.J.U.E., 15 novembre 2012, arrêt SIA Kurcums Metal, aff. C-558/11, EU:C:2012:721, point 48 ; C.J.U.E., 10 juillet 2014, arrêt Lars Ivansson e.a., aff. C-307/13, EU:C:2014:2058, point 40.

⁷⁶ Y. PELOSI, « L'exclusion permanente de tout homme hétérosexuel ou bisexuel du don de sang à l'épreuve du droit de l'Union européenne », *op. cit.*, pp. 3-4.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Cf. point 4 de ce mémoire concernant le contenu du considérant 24 de la directive 2002/98/CE précitée.

19. Ce premier temps de l'analyse permet de conclure que la contre-indication permanente des HSH au don de sang ne méconnaît pas nécessairement les directives de l'Union.

*§2. - Deuxième temps : les articles 21, §1^{er} et 52, §1^{er} de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*⁷⁹

20. Après avoir éclairci les zones d'ombres de la directive, la Cour prend le soin d'examiner dans quelle mesure la contre-indication permanente prévue par le droit français applicable aux HSH se conforme à l'exigence du « *risque élevé* » visé au point 2.1 de l'annexe III de la directive 2004/33⁸⁰, tout en respectant les droits fondamentaux reconnus par l'ordre juridique de l'Union.

Lors de cette étape, la Cour divise une seconde fois son raisonnement en deux temps.

- La reconnaissance d'un argument fondé sur la spécificité nationale

21. Il n'est pas rare que la CJUE fasse explicitement référence à une spécificité nationale afin d'assouplir son degré de contrôle⁸¹⁻⁸². Partant, il revient à l'autorité nationale de veiller à l'objectivité des données et à leur véracité, permettant d'établir l'existence d'une spécificité nationale⁸³. En effet, la Cour précise qu'à cet égard, le juge national devra « *prendre en compte la situation épidémiologique en France* » et vérifier si la situation de la France présente bien un « *caractère spécifique* », de sorte qu'il pourra déterminer si, dans ce pays, un HSH est ou non soumis à un « *risque plus élevé* » que celui auquel sont soumises les personnes ayant eu d'autres comportements sexuels à risque visés par des mesures d'exclusion temporaire⁸⁴.

⁷⁹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *J.O.U.E.*, 30 mars 2010, C 83, p. 396, art. 21 et 52.

⁸⁰ Directive 2004/33/CE précitée, p. 25.

⁸¹ Voy. C.J.C.E., 14 octobre 2004, arrêt Omega Spielhallen, aff. C-36/02, EU:C:2004:614 ; *J.C.P.* G 2004, II, 10199, note J.-C. ZARKA ; C.J.C.E., 6 mars 2007, arrêt Placanica e.a., aff. C-338/04, C-359/04 et C-360/04, EU:C:2007:133.

⁸² E. DUBOUT, « Nosophobie ou homophobie ? La Cour de justice de l'Union européenne se dérobe face à l'interdiction du don de sang homosexuel en France », *J.C.P.*, éd. gén., n° 25, p. 737.

⁸³ *Ibidem* ; Y. PELOSI, « L'exclusion permanente de tout homme hétérosexuel ou bisexuel du don de sang à l'épreuve du droit de l'Union européenne », *op. cit.*

⁸⁴ Y. PELOSI, « L'exclusion permanente de tout homme hétérosexuel ou bisexuel du don de sang à l'épreuve du droit de l'Union européenne », *op. cit.*, pp. 7-8.

22. Ce raisonnement amène au constat selon lequel la Cour - sans l'admettre explicitement – applique le principe de précaution⁸⁵, même si en l'occurrence il ne touche pas la réalité du risque lui-même mais plutôt sa source⁸⁶.

La prise en compte de ces données objectives constitue un argumentaire de nature statistique. Mais celui-ci renvoie à un autre argument, de nature beaucoup plus subjective cette fois ; il s'agit du comportement sexuel des HSH qui présenterait un risque élevé de transmission de maladies graves. Ces deux argumentaires évoqués par la Cour suscitent une réelle confusion⁸⁷.

Certes, si le critère déterminant est celui des HSH parce que cette catégorie est statistiquement plus affectée que d'autres par le VIH, alors il convient de justifier ce critère uniquement sur le fondement du risque statistique⁸⁸.

En revanche, s'il est renvoyé au comportement des individus, le critère (statistique) des HSH devient caduc puisqu'un comportement à risque ne se retrouve pas mécaniquement, ni même statistiquement chez les seuls HSH⁸⁹.

23. Il y a ainsi une sérieuse confusion, dès lors que la Cour établit un lien direct, qui n'a pas lieu d'être, entre quatre notions que sont (1) le sexe, (2) l'appartenance à une catégorie particulière d'individus, (3) le comportement et (4) le risque ; de plus, on ne peut assimiler dans son ensemble une catégorie d'individus à des comportements à risques qui peuvent se retrouver cependant chez d'autres⁹⁰.

- L'exclusion ne peut être admise que sous certaines conditions, appréciées *in concreto*, par le juge national⁹¹

⁸⁵ C.J.U.E., 3 décembre 2015, arrêt PP Nature Balance Lizenz GmbH, aff. C-82/15 P, EU:C:2015:796, spéc. points 22 et 23 ; J. RIDEAU, « Ordre juridique de l'Union européenne – Sources non écrites », *JCl. Eur.*, fasc. 191, point 186.

⁸⁶ Y. PELOSI, « L'exclusion permanente de tout homme hétérosexuel ou bisexuel du don de sang à l'épreuve du droit de l'Union européenne », *op. cit.*, point 48 ; Ch. MAUBERNARD, « Le dilemme du don de sang : entre égalité des donneurs et santé des receveurs », obs. sous C.J.U.E., 29 avril 2015, aff. C-528/13, Geoffrey Léger, *op. cit.*, pp. 534-535.

⁸⁷ Ch. MAUBERNARD, « Le dilemme du don de sang : entre égalité des donneurs et santé des receveurs », obs. sous C.J.U.E., 29 avril 2015, aff. C-528/13, Geoffrey Léger, *op. cit.*, pp. 534-535.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ Ch. MAUBERNARD, « Le dilemme du don de sang : entre égalité des donneurs et santé des receveurs », obs. sous C.J.U.E., 29 avril 2015, aff. C-528/13, Geoffrey Léger, *op. cit.*, pp. 534-535.

⁹¹ Y. PELOSI, « L'exclusion permanente de tout homme hétérosexuel ou bisexuel du don de sang à l'épreuve du droit de l'Union européenne », *op. cit.*, pp 6-7.

24. Dans les cas où les données évoquées sont fiables et pertinentes et que les autorités nationales ont raisonnablement pu considérer qu'il y a un risque élevé, alors, il y a lieu de se demander si la contre-indication permanente à l'égard des HSH est conforme aux droits fondamentaux de l'Union européenne⁹².
25. En l'espèce, l'arrêté ministériel français, pris en application de la directive 2004/33, se doit de respecter en particulier l'article 21, §1^{er} de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁹³, aux termes duquel est interdite toute discrimination fondée, notamment, sur l'orientation sexuelle. La nuance étant complexe entre l'orientation sexuelle et les comportements sexuels à risque⁹⁴, il en résulte qu'il s'agit bien de l'orientation sexuelle du donneur qui est en cause dans l'arrêté ministériel français⁹⁵⁻⁹⁶. Cependant, la Cour ne souhaite pas être catégorique au point de dire qu'elle érige le droit de donner son sang en un droit fondamental. Certes, elle applique l'article 21 de la Charte DFUE⁹⁷ et place, implicitement, le don du sang sous l'empire du principe d'égalité, mais il ne saurait être considéré qu'il existe un droit fondamental à donner son sang⁹⁸⁻⁹⁹.

In casu, l'arrêté ministériel français est donc bien susceptible de comporter, à l'égard des hommes homosexuels et bisexuels, une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, au sens de l'article 21, §1^{er} de la Charte DFUE¹⁰⁰, ce qui amène la Cour à se demander si la contre-indication permanente à l'égard des HSH remplit néanmoins les conditions posées par l'article 52, §1^{er} de la Charte DFUE¹⁰¹ permettant de justifier une limitation de certains droits fondamentaux¹⁰².

26. Comme en dispose cet article et ainsi que le rappelle la Cour dans son arrêt¹⁰³ : « *toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la Charte doit être prévue par la loi et respecter*

⁹² Arrêt Léger précité, point 45.

⁹³ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *J.O.U.E.*, 30 mars 2010, C 83, p. 396, art. 21.

⁹⁴ Cf. points 69 et s. de ce mémoire.

⁹⁵ Arrêt Léger précité, point 49.

⁹⁶ C. VIAL « Cour de justice, 4^e ch. 29 avril 2015, Léger, aff. C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288 », *op. cit.*, p. 82.

⁹⁷ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *J.O.U.E.*, 30 mars 2010, C 83, p. 396, art. 21.

⁹⁸ Cf. points 84 et s. de ce mémoire « §1. – Qualification de l'acte de donner son sang ».

⁹⁹ J.-P. MARKUS, « Don de sang par des hommes déclarant des relations sexuelles avec un autre homme : une interdiction eurocompatible ? », *op. cit.*, p. 2259.

¹⁰⁰ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *J.O.U.E.*, 30 mars 2010, C 83, p. 396, art. 21.

¹⁰¹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *J.O.U.E.*, 30 mars 2010, C 83, p. 396, art. 52.

¹⁰² C. VIAL « Cour de justice, 4^e ch. 29 avril 2015, Léger, aff. C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288 », *op. cit.*, p. 82.

¹⁰³ Arrêt Léger précité, point 52.

le contenu essentiel de ces droits et de ces libertés. En outre, selon cette même disposition, dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être abordées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et des libertés d'autrui »¹⁰⁴.

En l'occurrence, la condition de légalité est remplie¹⁰⁵ puisque la mesure procède de l'arrêté du 12 janvier 2006¹⁰⁶.

Concernant le respect du contenu essentiel du principe de non-discrimination, pour cette affaire, la condition est respectée car la mesure ne remet nullement en cause le principe de non-discrimination en tant que tel¹⁰⁷.

Enfin, la condition de proportionnalité¹⁰⁸, est celle qui amène au plus grand débat. En effet, le juge luxembourgeois se borne à un contrôle assez réduit de la proportionnalité, en sollicitant du juge national qu'il s'assure que la mesure respecte bien le test central de nécessité. Afin de remplir ce test, le juge évoque qu'il ne doit pas exister de moyens moins contraignants que l'interdiction définitive au don de sang des homosexuels et bisexuels masculins permettant de garantir la santé des receveurs¹⁰⁹.

La condition selon laquelle la mesure doit répondre à l'objectif d'intérêt général s'intègre dans ce test de proportionnalité. L'arrêté de 2009¹¹⁰ a été pris sur base de la directive 2004/33¹¹¹, qui porte elle-même application de la directive 2002/98¹¹². Eu égard à la base juridique de cette dernière, à savoir l'article 168, §4, a) TFUE¹¹³, elle a donc pour objectif la protection de la santé publique. En l'espèce, l'objectif de l'exclusion permanente du don de sang visant à réduire au minimum le risque de transmission d'une maladie infectieuse grave aux receveurs, contribue à

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ Pour rappel, la Belgique n'a pas respecté cette condition pendant de nombreuses années (jusqu'à la loi du 5 juillet 1994 précitée).

¹⁰⁶ C. VIAL « Cour de justice, 4^e ch. 29 avril 2015, Léger, aff. C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288 », *op. cit.*, pp. 82-85.

¹⁰⁷ C. VIAL « Cour de justice, 4^e ch. 29 avril 2015, Léger, aff. C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288 », *op. cit.*, pp. 82-85.

¹⁰⁸ Ce pan de matière est plus amplement développé dans la « Section 2. – Proportionnalité du critère d'exclusion », points 99 et s. de ce mémoire.

¹⁰⁹ Arrêt Léger précité, point 59.

¹¹⁰ Arrêté ministériel du 12 janvier 2009 fixant les critères de sélection des donneurs de sang, *J.O.R.F.*, n° 0015 du 18 janvier 2009, texte 23 sur 50.

¹¹¹ Directive 2004/33/CE précitée.

¹¹² Directive 2002/98/CE précitée.

¹¹³ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée), *J.O.U.E.*, 26 octobre 2012, C 326, art. 168, §4, a).

l'objectif général d'assurer un niveau élevé de protection de la santé humaine, lequel constitue effectivement un objectif reconnu par l'Union à l'article 168 du TFUE¹¹⁴ ainsi qu'à l'article 35, seconde phrase, de la Charte^{115_116}.

27. Selon la Cour, la juridiction de renvoi doit veiller au respect du principe de proportionnalité, lequel devrait remplir les trois conditions cumulatives reprises ci-après¹¹⁷.

- L'existence d'un risque élevé

28. Le juge national est contraint de vérifier si, à la lumière des connaissances médicales, scientifiques et épidémiologiques actuelles, les données fournies par les institutions sont fiables et, si tel est le cas, sont toujours pertinentes.

En outre, dans l'hypothèse où ladite juridiction viendrait à conclure que les données sont fiables et pertinentes, elle devra également examiner si les autorités nationales ont raisonnablement pu considérer que le risque élevé existe en France¹¹⁸.

- L'absence de techniques efficaces de détection de maladies infectieuses

29. Il revient à s'interroger sur les capacités techniques de détection du VIH en se posant la question suivante : eu égard aux progrès de la science ou de la technique sanitaire, existe-t-il des techniques efficaces de mise en quarantaine et de détection, dont le coût ne serait pas démesuré, qui permettraient d'accepter les dons d'hommes homosexuels et bisexuels tout en veillant à la santé des receveurs ?¹¹⁹

Dès lors, le juge national doit vérifier qu'il n'existe pas, en l'état actuel des connaissances scientifiques, de techniques de détection du VIH suffisamment efficaces afin d'éviter la transmission de ce virus aux receveurs. Il doit s'assurer de l'efficacité des mesures

¹¹⁴ *Ibidem*, art. 168.

¹¹⁵ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *J.O.U.E.*, 30 mars 2010, C 83, p. 396, art. 35.

¹¹⁶ C. VIAL « Cour de justice, 4^e ch. 29 avril 2015, Léger, aff. C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288 », *op. cit.*, pp. 82-85.

¹¹⁷ C. VIAL « Cour de justice, 4^e ch. 29 avril 2015, Léger, aff. C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288 », *op. cit.*, p. 81.

¹¹⁸ C. VIAL « Cour de justice, 4^e ch. 29 avril 2015, Léger, aff. C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288 », *op. cit.*, p. 81.

¹¹⁹ Y. PELOSI, « L'exclusion permanente de tout homme hétérosexuel ou bisexuel du don de sang à l'épreuve du droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 9.

envisageables, c'est-à-dire de leur capacité à atteindre l'objectif souhaité, tout en tenant compte de leur efficience, c'est-à-dire du rapport entre les résultats atteignables et les ressources à mobiliser¹²⁰.

Dans l'hypothèse où il est répondu positivement à la première question, la discrimination en cause ne saura être admise¹²¹.

Cependant, en l'espèce et dans l'état actuel de la science au moment de rendre cet arrêt, il n'existait de tests de dépistage généralement jugés efficaces qu'à partir de quelques semaines ou quelques mois après une éventuelle contamination, soit après le passage de la « *fenêtre silencieuse* ».

- L'absence de moyens moins contraignants afin d'assurer la sécurité des receveurs

30. La première question ayant été répondue de manière négative dans l'affaire en cause, le juge national devra se poser une seconde question, qui peut se résumer comme suit : existe-t-il des méthodes qui permettraient d'assurer un niveau élevé de protection de la santé des receveurs tout en étant moins contraignantes que l'exclusion permanente de tout homme ayant eu, ne serait-ce qu'un rapport sexuel, avec un autre homme au cours de son existence ?¹²²

La réponse à cette question prête davantage à discussion face à l'apparente incohérence de la mesure particulièrement contraignante en vigueur en droit français¹²³.

Partant, il s'agit là de s'interroger sur les moyens permettant de mieux identifier les comportements à risque et d'envisager des contre-indications mieux ciblées. La Cour s'est d'ailleurs montrée relativement innovante en suggérant différentes alternatives. Elle soulève que les questionnaires devraient poser des questions portant sur le caractère protégé des rapports sexuels de chaque candidat au don de sang, sur la stabilité de la relation de la personne concernée ou encore sur le délai écoulé depuis le dernier rapport sexuel par rapport à la période de la fenêtre silencieuse. Au vu de ces propositions, il apparaît que la Cour pourrait envisager

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² *Ibidem*, pp. 9-10.

¹²³ *Ibidem*, pp. 13-14.

la possibilité de n'imposer qu'une contre-indication temporaire correspondant au délai de la fenêtre silencieuse, ou encore des contre-indications qui ne s'appliqueraient pas à l'ensemble des HSH.

En conséquence, il revenait à l'établissement français du sang (EFS) de revoir fondamentalement ses questionnaires, de sorte qu'ils ne visent plus que des comportements à risques et non des groupes humains¹²⁴.

SECTION 3. – CONSTATS DÉCOULANT DE L'ARRÊT LÉGER

31. Ces développements conduisent au constat que si le contrôle européen de proportionnalité avait été effectué de manière plus approfondie, notamment par le biais d'un test de cohérence et de systématicité de la mesure, il aurait permis de révéler l'inadéquation du dispositif litigieux. De fait, un tel contrôle permet de vérifier si le but poursuivi peut véritablement être atteint sans contradiction intrinsèque dans le raisonnement. Or, dans l'arrêté contesté, il est prévu qu'une personne hétérosexuelle qui déclare une pratique à risque est soumise à une exclusion temporaire de quatre mois. En revanche, si une personne se déclare être HSH ou avoir un partenaire HSH, elle est soumise à une exclusion définitive au don de sang¹²⁵.

Dès lors, bien que cette exclusion puisse constituer une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, l'exclusion des HSH du don de sang a été, *in abstracto*, admise par la CJUE. Cette décision n'a évidemment pas manqué de susciter de vives critiques, en ce qu'elle perpétuerait des stéréotypes concernant les pratiques sexuelles des hommes homosexuels et bisexuels. À cet égard, le seul fait de se fonder sur l'orientation sexuelle des candidats au don de sang, plutôt que sur leurs pratiques individuelles, aurait dû être sanctionné. Cependant, ce n'est pas la position qu'a retenue la CJUE. Fort heureusement, elle a tout de même encadré strictement les conditions dans lesquelles les autorités nationales peuvent appliquer une telle mesure et a confié au juge national le soin de veiller, *in concreto*, à la nécessité et à la proportionnalité de la mesure, au regard du contexte national¹²⁶.

¹²⁴ J.-P. MARKUS, « Don de sang par des hommes déclarant des relations sexuelles avec un autre homme : une interdiction eurocompatible ? », *op. cit.*, p. 2263.

¹²⁵ E. DUBOUT, « Nosophobie ou homophobie ? La Cour de justice de l'Union européenne se dérobe face à l'interdiction du don de sang homosexuel en France », *op. cit.*, p. 737.

¹²⁶ Y. PELOSI, « L'exclusion permanente de tout homme hétérosexuel ou bisexuel du don de sang à l'épreuve du droit de l'Union européenne », *op. cit.*, pp. 6-7.

CHAPITRE III – L'ARRÊT N°122/2019 DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE BELGE¹²⁷

32. Ce chapitre porte sur un arrêt rendu en 2019 par la Cour constitutionnelle belge et traite du recours en annulation de dispositions insérant des nouveaux critères d'exclusion temporaire des candidats au don de sang.

Y seront développés : le contenu du recours en annulation (Section 1), les différents arguments exposés par les parties (Section 2), ainsi que le contenu de la décision rendue par la Cour, qui s'est fortement inspirée de l'arrêt Léger rendu par la CJUE¹²⁸ (Section 3).

SECTION 1. - RECOURS EN ANNULATION DES ARTICLES 8 ET 9 DE LA LOI DU 11 AOÛT 2017¹²⁹

33. L'arrêt n° 122/2019 du 26 septembre 2019 concerne un recours en annulation des articles 8 et 9 de la loi du 11 août 2017 « *portant des dispositions diverses en matière de santé* » introduit par l'ASBL « *Arc-en-Ciel Wallonie* » et l'ASBL « *Maison Arc-en-Ciel de Liège – Alliège* ». Seul l'article 8 est pertinent dans le cadre de ce recours, celui-ci insérant de nouveaux critères d'exclusion temporaire des candidats au don de sang dans la loi du 5 juillet 1994 « *relative au sang et aux dérivés du sang d'origine humaine* »¹³⁰.

34. Les critères qui nous importent sont les suivants :

<i>Exposition au risque d'une infection transmissible par transfusion en raison du comportement sexuel du candidat au don :</i>	
<i>Personnes qui ont eu un contact sexuel avec un nouveau partenaire, qui ne fait pas partie d'un des groupes à risque suivants :</i>	<i>Exclues pendant 4 mois après le premier contact sexuel</i>

¹²⁷ C. const., 26 septembre 2019, n° 122/2019, *M.B.*, 2019, p. 104626.

¹²⁸ Arrêt Léger précité.

¹²⁹ Loi du 11 août 2017 précitée.

¹³⁰ Loi du 5 juillet 1994 relative au sang et aux dérivés du sang d'origine humaine, *M.B.*, 8 octobre 1994, p. 25624.

<i>Les hommes qui ont eu un contact sexuel avec un autre homme</i>	<i>Exclus pendant 12 mois après le dernier contact sexuel avec un autre homme</i>
<i>Exposition au risque d'une infection transmissible par transfusion en raison du comportement du partenaire sexuel du candidat au don :</i>	
<i>Le partenaire masculin a eu un contact sexuel avec un autre homme</i>	<i>Exclu pendant 12 mois après la fin de la situation</i>

Au vu de ces critères, un homme ayant eu un contact sexuel avec un autre homme conduit à l'exclure du don de sang pour une période de douze mois après le dernier contact sexuel avec cet autre homme. Il en est de même pour l'homme ou la femme ayant eu un partenaire sexuel masculin qui a eu un contact sexuel avec un autre homme. Pour rappel, avant l'introduction de l'article 8¹³¹, les HSH étaient exclus de manière permanente du don de sang.

35. En l'espèce, les parties requérantes soutiennent que les articles 8 et 9 de la loi du 11 août 2017¹³² doivent faire l'objet d'une annulation en ce qu'ils violent les articles 10 et 11 de la Constitution¹³³, lus seuls ou en combinaison avec l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme¹³⁴, avec les articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹³⁵, ainsi qu'avec la directive 2004/33/CE¹³⁶, spécialement son article 4 et son annexe III.

SECTION 2. - ARGUMENTS DES PARTIES

36. Tout d'abord, les parties requérantes avancent que la différence de traitement entre la communauté HSH et le reste de la population par une exclusion du don de sang durant une période de douze mois, est dépourvue de justification¹³⁷.
37. Elles critiquent également une identité de traitement entre les HSH ayant un comportement sexuel à risque et les HSH n'ayant aucun comportement à risque sans aucune justification

¹³¹ Loi du 11 août 2017 précitée, art. 8.

¹³² *Ibidem*, art. 8 et 9.

¹³³ Constitution coordonnée, *M.B.*, 17 février 1994, p. 4054, art. 10 et 11.

¹³⁴ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, art. 14.

¹³⁵ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *J.O.U.E.*, 30 mars 2010, C 83, p. 396, art. 20 et 21.

¹³⁶ Directive 2004/33/CE précitée.

¹³⁷ C. const., 26 septembre 2019, n° 122/2019, *M.B.*, 2019, p. 104626, point A.5.2.

raisonnable¹³⁸. Dès lors, selon elles, le législateur confond « *groupe à risques* » et « *comportement à risque* »¹³⁹ alors qu’une telle distinction permettrait d’éviter toute discrimination fondée sur l’orientation sexuelle¹⁴⁰. Faute de procéder de la sorte, le législateur a clairement exclu toute diminution du risque dans le cas des relations HSH monogames et stables.

38. Les parties requérantes ne contestent évidemment pas la légitimité du but poursuivi, tel que rappelé dans l’arrêt Léger rendu par la CJUE¹⁴¹, mais bien l’exclusion temporaire des HSH au don de sang qui crée une différence de traitement non proportionnée par rapport au reste de la population¹⁴².
39. Concernant les données rapportées par le Conseil Supérieur de la Santé¹⁴³, les parties requérantes soutiennent que ce dernier a une approche très conservatrice qui se trouve visiblement inadéquate au vu des statistiques¹⁴⁴.
40. En outre, toujours selon les parties requérantes, le législateur a refusé de tenir compte de certaines données scientifiques bien établies et se fonde sur des craintes subjectives et non avérées pour justifier la période d’exclusion de douze mois. En effet, le législateur présuppose que les renseignements auto-déclarés des HSH concernant leur comportement sexuel seraient moins fiables, mais aussi qu’une « *surmobilisation* » des HSH se présente en cas de levée totale ou partielle de l’exclusion, ce qui entraînerait un risque d’augmentation de contaminations¹⁴⁵.
41. Les parties requérantes contestent également que les dons de sang infectés entraînent un manque d’efficacité et un gaspillage des ressources, contrairement à ce que prétend l’autre partie¹⁴⁶.

¹³⁸ *Ibidem*, point A.5.2.

¹³⁹ *Ibidem*, point A.7.

¹⁴⁰ Cf. “Section 2. – Confusion des juridictions entre “groupe à risque” et “comportement à risque””, points 75 et s. de ce mémoire

¹⁴¹ Arrêt Léger précité.

¹⁴² C. const., 26 septembre 2019, n° 122/2019, *M.B.*, 2019, p. 104626, point A.6.1.

¹⁴³ Ci-après “CSS”.

¹⁴⁴ C. const., 26 septembre 2019, n° 122/2019, *M.B.*, 2019, p. 104626, point A.6.2.

¹⁴⁵ *Ibidem*, point A.6.6.

¹⁴⁶ *Ibidem*, point A.6.4.

42. Le Conseil des ministres, quant à lui, insiste sur le caractère proportionné de la mesure et sur le fait qu'il n'existe pas de droit à donner du sang¹⁴⁷.
43. Enfin, la Communauté française, en tant que partie intervenante, soutient que le législateur a une approche stigmatisante, cela étant contraire à la directive 2004/33¹⁴⁸. De plus, elle ajoute que la durée d'exclusion de douze mois est discriminatoire car il est possible de diminuer ce délai¹⁴⁹. Partant, le législateur n'a pas choisi, entre plusieurs mesures appropriées, la mesure la moins contraignante. Dans ces conditions, la mesure d'exclusion apparaît excessive, en ce que le filet de sécurité est imparfait et incertain puisqu'il se base uniquement sur des déclarations¹⁵⁰.

SECTION 3. - DÉCISION DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE

44. La Cour décide d'examiner simultanément la différence et l'identité de traitement contestées. En l'espèce, la différence de traitement repose sur un double critère¹⁵¹. Elle est, d'une part, fondée sur le sexe du candidat au don de sang ou du partenaire sexuel de celui-ci, et d'autre part, fondée sur un type déterminé de contact sexuel.
45. La Cour ne suit pas le raisonnement émis par la Communauté française et les parties requérantes quant à la distinction à effectuer entre les « *groupes à risques* » et le « *comportement sexuel* ». Selon elle, le fait pour un homme d'avoir eu un contact sexuel avec un autre homme au cours des douze derniers mois ne donne, à lui seul, pas d'indication sur l'orientation sexuelle de cet homme. Le double critère de distinction est dès lors objectif¹⁵².

§1. - Objectifs poursuivis par le législateur

46. Dans l'affaire en cause, le législateur exprime avoir poursuivi un objectif général et particulier par le biais de l'article 8 de la loi du 11 août 2017¹⁵³.

¹⁴⁷ *Ibidem*, point A.8.3.

¹⁴⁸ Directive 2004/33/CE précitée.

¹⁴⁹ Exemple : être dans une relation stable et monogame, avoir des rapports protégés, *etc.*

¹⁵⁰ C. const., 26 septembre 2019, n° 122/2019, *M.B.*, 2019, p. 104626, points A.9.1 à A.9.5.

¹⁵¹ *Ibidem*, point B.7.1.

¹⁵² *Ibidem*, point B.7.3.

¹⁵³ *Ibidem*, point B.8.1.

L'objectif général étant de garantir la qualité du sang donné, et dès lors la sécurité de la chaîne transfusionnelle dans l'intérêt de la santé publique¹⁵⁴. Il s'agit du même objectif que celui de la directive 2002/98/CE¹⁵⁵⁻¹⁵⁶.

Quant à l'objectif particulier¹⁵⁷, il consiste à aligner les critères d'exclusion du don de sang selon l'arrêt Léger de la CJUE rendu le 29 avril 2015¹⁵⁸.

Selon la Cour, de tels objectifs qui se recoupent sont dès lors légitimes¹⁵⁹.

§2. - Pertinence de la mesure afin d'atteindre l'objectif poursuivi par le législateur

47. Subséquemment, se pose la question suivante : l'exclusion temporaire des HSH du don de sang est-elle pertinente afin d'atteindre l'objectif consistant à préserver la sécurité de la chaîne transfusionnelle ?

Afin d'y répondre, la Cour s'interroge sur la qualité des données mobilisées dans la rédaction de la mesure en cause. Selon la Cour, cette mesure peut s'avérer pertinente s'il existe réellement un « *risque de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang* » au sens du point 2.2.2. de l'annexe III de la directive 2004/33/CE, tel qu'interprété par la CJUE dans son arrêt Léger¹⁶⁰.

¹⁵⁴ « Les exclusions sont fixées sur la base des connaissances médicales et scientifiques actuelles et sont proportionnelles au but recherché, notamment un don de sang sûr » (Projet de loi portant des dispositions diverses en matière de santé, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2599/001, pp. 3 et 11).

¹⁵⁵ Considérants 1, 2 et 24 de la directive 2002/98/CE précitée, et modifiant la directive 2001/83/CE, *J.O.U.E.*, 8 février 2003, L 33, p. 30.

¹⁵⁶ C. const., 26 septembre 2019, n° 122/2019, *M.B.*, 2019, p. 104626, point B.8.2.

¹⁵⁷ *Ibidem*, point B.8.3.

¹⁵⁸ « Le projet de loi actuel a également pour but de traduire l'interprétation donnée par la Cour de justice européenne aux critères d'exclusion permanente ou temporaire du don de sang repris dans la directive 2004/33/CE en droit belge. En particulier, la Cour s'est penchée dans l'affaire C-528/13 du 29 avril 2015 (...) La Cour a jugé que la directive 2004/33/CE doit être interprétée en ce sens que le critère d'exclusion permanente du don de sang n'est pas justifié si, dans le respect du principe de proportionnalité, il existe des techniques efficaces de détection de ces maladies infectieuses graves transmissibles par le sang ou, à défaut de telles techniques, des méthodes moins contraignantes qu'une telle contre-indication pour assurer un niveau élevé de protection de la santé des receveurs » (Projet de loi portant des dispositions diverses en matière de santé, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2599/001, pp. 8-9).

¹⁵⁹ C. const., 26 septembre 2019, n° 122/2019, *M.B.*, 2019, p. 104626, point B.8.4.

¹⁶⁰ *Ibidem*, point B.9.2.

Pour ce faire, la Cour doit « vérifier si, à la lumière des connaissances médicales, scientifiques et épidémiologiques actuelles, les données « relatives à la situation épidémiologique en Belgique » sont fiables et si, tel est le cas, si elles sont toujours pertinentes »¹⁶¹⁻¹⁶².

- Quant à la fiabilité des données

48. En l'espèce, les travaux préparatoires relatifs à la loi du 11 août 2017 exposent des données épidémiologiques relatives à l'« incidence » au sein du groupe des HSH et proviennent de trois sources¹⁶³⁻¹⁶⁴.

Selon la Cour, compte tenu de la compétence et de l'autorité dont jouissent ces institutions pour récolter et évaluer ces données épidémiologiques relatives aux maladies infectieuses graves transmissibles par le sang, dont le VIH, au sein du groupe des HSH, le législateur a pu raisonnablement considérer ces données comme fiables¹⁶⁵.

- Quant à la pertinence des données

49. Au sujet de la pertinence des données, la Cour évoque les deux rapports de l'ISSP de 2012 et 2014 - exposés par le Conseil des ministres - qui sont censés être encore pertinents. De plus, ces données ont également été confirmées dans l'avis n° 9291 du CSS « *Comportements sexuels à risque et don de sang. Partie I : Don de sang par les HSH* » d'octobre 2016¹⁶⁶.

- Quant à la présence d'un risque élevé dans le groupe HSH

50. Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que le législateur a raisonnablement pu considérer, sur la base de données fiables, actuelles et toujours pertinentes, que le nombre de

¹⁶¹ Nous soulignons. Arrêt Léger précité, point 44.

¹⁶² C. const., 26 septembre 2019, n° 122/2019, *M.B.*, 2019, p. 104626, point B.9.2.

¹⁶³ Ces données proviennent (1) du rapport « *Épidémiologie du SIDA et de l'infection à VIH en Belgique – Situation au 31 décembre 2014* » de l'Institut scientifique de Santé publique, aujourd'hui Sciensano, (2) d'une présentation de M. HÜBNER du Conseil supérieur de la santé lors d'une table ronde de mai 2016 et (3) du rapport « *Surveillance des infections sexuellement transmissibles dans la population générale en Belgique et dans les régions – Données de 2012* » de l'Institut scientifique de Santé publique.

¹⁶⁴ C. const., 26 septembre 2019, n° 122/2019, *M.B.*, 2019, p. 104626, point B.10.2.1.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ Conseil supérieur de la santé, avis n°9291, p. 36, disponible sur <https://www.hgr-css.be/file/download/d5ea98dd-cbd3-4175-b0e4-dcf7dd015acc/DXpjDmdwbgFWsByxEBWNPBvLzCcxfBeDIXEvUPzg3d.pdf> (consulté le 5 août 2024).

nouvelles infections par des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang, en particulier le VIH, demeure élevé au sein du groupe HSH¹⁶⁷. La condition du « *risque élevé* » telle qu'exposée dans l'arrêt Léger est ainsi remplie¹⁶⁸.

- Quant au risque résiduel d'une transmission du VIH par transfusion

51. Les travaux préparatoires abordent également le « *risque résiduel* » d'une transmission du VIH par transfusion malgré l'application de toutes les mesures de précaution pour assurer la sécurité du sang. Ce risque émane principalement du fait que l'infection au VIH présente une fenêtre silencieuse en tout début de contamination.

Ces données résultant d'une présentation réalisée par un représentant de l'ISSP en mai 2016, selon la Cour, le législateur a une nouvelle fois pu raisonnablement considérer ces données comme fiables¹⁶⁹.

- Quant au taux de prévalence du VIH dans le groupe des HSH

52. Enfin, concernant le taux de prévalence du VIH dans le groupe des HSH, c'est-à-dire le nombre de personnes porteuses du VIH, il ressort de l'avis n° 9291 du CSS d'octobre 2016 que minimum 6% des personnes HSH en Belgique sont porteuses du VIH, soit un taux 67 fois supérieur à celui de la population masculine hétérosexuelle et 40 fois plus élevé que celui de la population féminine. Selon la Cour, il résulte de ces données fiables, actuelles et toujours pertinentes, que le taux de prévalence est élevé parmi les HSH¹⁷⁰.

Partant, la Cour a estimé qu'au vu des données scientifiques, la mesure d'exclusion permet adéquatement d'atteindre l'objectif consistant à garantir « *un haut niveau de sécurité des produits sanguins* »¹⁷¹.

¹⁶⁷ C. const., 26 septembre 2019, n° 122/2019, *M.B.*, 2019, p. 104626, point B.10.2.3.

¹⁶⁸ Arrêt Léger précité, point 38.

¹⁶⁹ C. const., 26 septembre 2019, n° 122/2019, *M.B.*, 2019, p. 104626, point B.10.3.4.

¹⁷⁰ *Ibidem*, points B.10.4.1 et B.10.4.2.

¹⁷¹ *Ibidem*, point B.10.6.3.

§3. - Proportionnalité de la mesure

53. Après avoir avancé que la mesure était pertinente afin d'atteindre l'objectif du législateur, il convient encore de vérifier si l'exclusion temporaire des HSH du don de sang - par le biais des deux critères attaqués - est proportionnée à cet objectif¹⁷².

En l'espèce, la Cour constitutionnelle rappelle une nouvelle fois le contenu de l'arrêt Léger de la CJUE¹⁷³, en ce que le principe de proportionnalité implique de recourir à la mesure la moins contraignante et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés¹⁷⁴.

- Quant à la présence de techniques de dépistages permettant d'assurer la sécurité des receveurs

54. Les travaux préparatoires indiquent que le législateur a examiné plusieurs alternatives susceptibles de remplacer la mesure d'exclusion permanente des HSH du don de sang¹⁷⁵.

55. Pour commencer, il a envisagé la possibilité de supprimer toute mesure d'exclusion des HSH¹⁷⁶. Cependant, cette hypothèse a été jugée insuffisante afin de garantir un niveau élevé de protection de la santé des receveurs du sang, et ce pour deux raisons essentielles :

- Les tests qui détecteraient les pathogènes ne sont pas totalement concluants à cause de la fenêtre silencieuse¹⁷⁷ ;
- Même s'il était possible d'effectuer un test concluant afin de dépister la présence du VIH pour chaque don de sang, le système de transfusion sanguine verrait son efficacité compromise. En effet, le sang infecté ne pourrait pas être utilisé, ce qui entraînerait dès lors un gaspillage significatif des ressources¹⁷⁸.

¹⁷² *Ibidem*, point B.11.

¹⁷³ *Ibidem*, point B.12 ; Arrêt Léger précité, points 58-60 et 63-67.

¹⁷⁴ Voy. C.J.U.E., 9 mars 2010, arrêts ERG e.a., aff. C-379/08 et C-380/08, EU:C:2010:127, point 86; C.J.U.E., 9 février 2012, arrêt Urbán, aff. C-210/10, EU:C:2012:64, point 24; C.J.U.E., 26 septembre 2013, arrêt Texdata Software, aff. C-418/11, EU:C:2013:588, point 52.

¹⁷⁵ C. const., 26 septembre 2019, n° 122/2019, *M.B.*, 2019, p. 104626, point B.13.

¹⁷⁶ C. const., 26 septembre 2019, n° 122/2019, *M.B.*, 2019, p. 104626, point B.14.1.

¹⁷⁷ Projet de loi portant des dispositions diverses en matière de santé, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2599/001, p. 13.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 14.

56. De plus, selon le CSS, l'admission sans restriction des HSH au don de sang pourrait augmenter le risque résiduel. Il a ainsi conclu que les tests de dépistage, à eux seuls, seraient insuffisants au vu de la fenêtre silencieuse¹⁷⁹.

Toujours selon le CSS, ces tests de dépistage, même les plus performants, ne sont pas en mesure de contrebalancer le caractère faillible des questionnaires et entretiens préalables au don de sang qui résulte du fait que des candidats-donneurs peuvent ignorer leur propre infection récente ou ne pas en informer le médecin-préleveur, pour quelque raison que ce soit¹⁸⁰.

57. Par conséquent, le législateur a considéré que seule la combinaison des tests de dépistage d'une part, et d'un critère d'exclusion d'autre part sur base des informations communiquées via les formulaires et les entretiens préalables au don, garantit, aujourd'hui, un don de sang sûr¹⁸¹.

58. Ainsi, selon la Cour : « lorsque le législateur élabore une politique de santé publique en mettant en balance, d'un côté, l'intérêt de chacun à recevoir, lorsque son état de santé le requiert, du sang exempt de maladies infectieuses graves transmissibles par le sang et, de l'autre, celui des HSH à donner leur sang - ce qui n'est pas un droit fondamental - sans toutefois subir la moindre discrimination, il peut raisonnablement considérer, sans violer le principe d'égalité de traitement et de non-discrimination, que la protection de la santé, voire de la vie, des receveurs du sang est un intérêt si fondamental qu'il impose d'exclure toutes les options qui n'assurent pas aux receveurs un niveau suffisamment élevé de protection de leur santé »¹⁸². Partant, il s'ensuit que le législateur n'a pas fait preuve d'une prudence excessive, qui aurait entraîné une violation du principe de proportionnalité¹⁸³.

59. En outre, le critère contesté et les périodes d'exclusion qui y sont associées peuvent être ajustés par le Roi en fonction des nouvelles connaissances scientifiques et de l'évaluation visée à l'article 13, alinéa 2, de la loi du 5 juillet 1994¹⁸⁴ tel qu'il a été modifié par l'article 4 de la loi du 11 août 2017¹⁸⁵. Cette évaluation, effectuée au moins tous les deux ans, garantit que les

¹⁷⁹ C. const., 26 septembre 2019, n° 122/2019, *M.B.*, 2019, p. 104626, point B.14.3. ; Projet de loi portant des dispositions diverses en matière de santé, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2599/001, p. 80.

¹⁸⁰ C. const., 26 septembre 2019, n° 122/2019, *M.B.*, 2019, p. 104626, point B.14.4

¹⁸¹ *Ibidem* ; Projet de loi portant des dispositions diverses en matière de santé, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2599/001, p. 14.

¹⁸² C. const., 26 septembre 2019, n° 122/2019, *M.B.*, 2019, p. 104626, point B.14.5.

¹⁸³ *Ibidem*.

¹⁸⁴ Loi du 5 juillet 1994 précitée.

¹⁸⁵ Loi du 11 août 2017 précitée.

critères contestés et les périodes d'exclusions demeurent fondés sur les dernières avancées scientifiques, assurant ainsi la proportionnalité de la mesure d'exclusion¹⁸⁶.

60. Dans son arrêt, la Cour rappelle l'affaire *X et autres c. Autriche* de la Cour EDH du 19 février 2013 dans lequel elle a jugé ceci : « *Quand la marge d'appréciation laissée aux États membres est étroite, dans le cas par exemple d'une différence de traitement fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle, le principe de proportionnalité exige que la mesure soit normalement de nature à permettre la réalisation du but recherché, mais il oblige aussi à démontrer qu'il était nécessaire, pour atteindre ce but, d'exclure certaines personnes du champ d'application de la mesure dont il s'agit (Karner, précité, §41, et Kozak, précité, §99).*

*En vertu de la jurisprudence précitée, la charge de cette preuve incombe au gouvernement défendeur »*¹⁸⁷.

61. En revanche, la Cour a adopté une position différente quant aux dons de plasma, ceux-ci pouvant être sécurisés via la méthode de mise en quarantaine durant une période excédant la fenêtre silencieuse¹⁸⁸. Cette technique ne peut en revanche pas être appliquée aux globules rouges et ne sera dès lors pas développée plus en détails. Il sera cependant observé que concernant le don de plasma, l'article 8 viole les dispositions visées dans le moyen, dès lors que le Conseil des ministres n'a pas démontré qu'une filière spécifique pour la mise en quarantaine du don de plasma ne peut pas être établie en parallèle à la filière existante, qui est celle du don de plasma viro-inactivé. Il résulte de cette observation qu'il n'était pas raisonnablement justifié que les deux critères d'exclusion et leurs périodes d'exclusion respectives s'appliquent au don de plasma sécurisé par mise en quarantaine¹⁸⁹.

▪ Quant à la durée d'exclusion de douze mois

62. La question se pose encore de savoir si la durée de l'exclusion des HSH au don de sang, à savoir douze mois après le dernier contact sexuel, ne serait pas excessive¹⁹⁰.

¹⁸⁶ C. const., 26 septembre 2019, n° 122/2019, *M.B.*, 2019, p. 104626, point B.15.

¹⁸⁷ Cour eur. D.H., GC, arrêt *X. et autres c. Autriche* du 19 février 2013, <http://www.echr.coe.int> (10 avril 2024), points 140 et 141 ; C. const., 26 septembre 2019, n° 122/2019, *M.B.*, 2019, p. 104626, point B.18.5

¹⁸⁸ C. const., 26 septembre 2019, n° 122/2019, *M.B.*, 2019, p. 104626, point B.18.2.

¹⁸⁹ *Ibidem*, points B.18.6 et B.18.7.

¹⁹⁰ *Ibidem*, point B.19.1.

Bien qu'il existe des études scientifiques qui suggèrent qu'un délai d'ajournement plus court puisse ne pas entraîner une augmentation du risque résiduel de contamination des dons de sang, le législateur a raisonnablement pu considérer que ces données ne sont pas encore suffisantes pour réduire ce délai¹⁹¹.

Eu égard également à la mise en œuvre de l'évaluation biennale visée à l'article 13, alinéa 2 de la loi du 5 juillet 1994¹⁹², cela permet de garantir que les critères restent proportionnés à l'objectif qui est de maintenir la sécurité de la chaîne transfusionnelle¹⁹³.

Selon la Cour, ce délai de douze mois d'exclusion est justifié dans l'attente de nouvelles données scientifiques¹⁹⁴ permettant, le cas échéant, de retenir un délai d'exclusion plus court, qui garantirait le même niveau élevé de sécurité de la chaîne transfusionnelle. Dans l'attente de telles données, il n'est pas manifestement déraisonnable d'exclure le groupe des HSH durant douze mois au don de sang. Le législateur n'a donc pas violé le principe de proportionnalité¹⁹⁵.

▪ Quant aux HSH se trouvant dans une relation monogame stable

63. La Cour doit également vérifier s'il est raisonnablement justifié d'exclure du don de sang tous les HSH pendant une période de douze mois depuis le dernier contact sexuel, y compris les hommes se trouvant dans une relation monogame stable avec un autre homme¹⁹⁶.

Trois considérations ont amené le législateur à considérer que les HSH qui se trouvent en relation monogame stable doivent également être visés par la mesure contestée d'exclusion temporaire au don de sang¹⁹⁷ :

- Le risque de don de sang contaminé reste 55 fois plus élevé pour les HSH déclarant se trouver en relation monogame stable que pour les hétérosexuels ayant un nouveau partenaire sexuel ;
- L'entretien et le formulaire pré-don sont insuffisants ;

¹⁹¹ *Ibidem*, point B.19.5.

¹⁹² Loi du 5 juillet 1994 précitée.

¹⁹³ *Ibidem*, point B.21.1. ; Projet de loi portant des dispositions diverses en matière de santé, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2599/001, pp. 14-15.

¹⁹⁴ Dès lors, le législateur a adopté l'article 13, alinéa 2 de la loi du 5 juillet 1994 précitée.

¹⁹⁵ C. const., 26 septembre 2019, n° 122/2019, *M.B.*, 2019, p. 104626, point B.21.2.

¹⁹⁶ *Ibidem*, point B.19.1.

¹⁹⁷ *Ibidem*, point B.19.2. ; Projet de loi portant des dispositions diverses en matière de santé, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2599/001, p. 15.

- La tendance depuis les quinze dernières années est que la plupart des infections par le VIH résultent de rapports sexuels avec le partenaire principal.

Selon la Cour, sur la base de ces considérations, le législateur a raisonnablement pu considérer que les HSH se trouvant en relation monogame stable doivent être exclus du don de sang pendant une durée de douze mois depuis le dernier contact sexuel en question¹⁹⁸.

- Quant à la différenciation qui devrait potentiellement être faite entre les comportements sexuels HSH qui s'avèrent risqués et les non risqués

64. Concernant l'argument des parties requérantes et de la Communauté française, selon lequel la mesure critiquée d'exclusion temporaire est disproportionnée, puisque le législateur n'a pas différencié les comportements sexuels des HSH selon qu'ils présentent, ou non, un risque de transmission d'une maladie infectieuse grave par le sang.

Selon la Cour, il n'est pas manifestement déraisonnable que, lorsque le législateur réglemente l'accès au don de sang, il détermine les personnes qui en sont exclues de manière temporaire ou permanente avec un certain degré de généralité, en se référant, pour ce faire, à des catégories de personnes prédéfinies. Mais encore faut-il, comme c'est le cas en l'espèce, que ces catégories de personnes soient établies sur la base de données scientifiques actuelles, fiables et pertinentes¹⁹⁹.

PARTIE 2 – LE CRITERE D'EXCLUSION

65. La première partie de ce mémoire a procédé à la mise en lumière du critère d'exclusion au sein de la législation et la jurisprudence, ainsi que de divers arguments tant en faveur qu'en défaveur de celui-ci.

La seconde partie procèdera à l'analyse du critère d'exclusion mais sous des angles légèrement différents. Il conviendra tout d'abord d'analyser si ledit critère est fondé sur des comportements

¹⁹⁸ C. const., 26 septembre 2019, n° 122/2019, *M.B.*, 2019, p. 104626, point B.19.5.

¹⁹⁹ *Ibidem*, point B.20.3.

sexuels à risque ou non (Chapitre I), cette question étant fondamentale afin de pouvoir procéder à une analyse approfondie du critère (Chapitre II).

CHAPITRE I. – LE CRITÈRE D’EXCLUSION EST-IL FONDÉ SUR LES COMPORTEMENTS SEXUELS À RISQUE ?

66. Répondre à la question soulevée dans ce chapitre semble crucial dans la perspective de procéder à un examen constructif et fiable de la proportionnalité du critère d’exclusion, mais aussi de déterminer le caractère discriminatoire ou non de la contre-indication à l’égard des HSH.

La réponse à cette question n’est pas aisée. En effet, la frontière entre l’orientation sexuelle et le comportement sexuel a toujours été ténue²⁰⁰, à tel point qu’il apparaît impossible de les dissocier²⁰¹ mais qu’il convient tout de même de pouvoir identifier les nuances de différenciations entre les deux.

SECTION 1. - LE DOMAINE DE LA SEXUALITÉ

§1. - Un domaine imbibé de nuances

67. C’est un fait établi que la sexualité revêt une certaine complexité et ne peut être réduite à une « loi universelle »²⁰². En effet, les rapports à la sexualité sont marqués par l’intimité et la subjectivité. Pour certains, les pratiques sexuelles sont intrinsèquement liées à l’orientation sexuelle, tandis que pour d’autres, ces deux notions sont totalement distinctes. Selon D. BORILLO : « *l’orientation sexuelle comprend aussi bien le comportement sexuel et/ou affectif que l’identité sexuelle servant à définir subjectivement la personnalité gay ou lesbienne* »²⁰³. Notre société est actuellement marquée par la libération sexuelle et l’évolution des discours à propos de la sexualité. De nos jours, de plus en plus d’individus affirment leur orientation

²⁰⁰ J.-P. MARKUS, « Don de sang des hommes déclarant des relations sexuelles avec un autre homme : une interdiction euro-compatible ? » *op. cit.*

²⁰¹ T. ESCACH-DUBOURG, « La légalité de l’encadrement du don de sang des hommes homosexuels : une cohérence dans l’incohérence », note sous C.E., 28 décembre, M.C., Association Mousse et autres, n° 400580 et 414973, *A.J.D.A.*, 2018, pp. 1284.

²⁰² T. ESCACH-DUBOURG, « La légalité de l’encadrement du don de sang des hommes homosexuels : une cohérence dans l’incohérence », note sous C.E., 28 décembre, M.C., Association Mousse et autres, n° 400580 et 414973, *A.J.D.A.*, 2018, pp. 1284.

²⁰³ D. BORILLO, *Le droit des sexualités*, PUF, coll. Les voies du droit, Paris, 2009, p. 40.

homosexuelle et assument ouvertement leur(s) pratique(s) sexuelle(s) régulière(s) avec des personnes du même sexe²⁰⁴.

68. Au vu des nombreux aspects qu'englobe la sexualité, il est d'autant plus crucial de définir précisément ce que l'on entend par « *relation sexuelle* » dans le cadre du formulaire pré-don. Il serait d'ailleurs pertinent d'inclure dans ce questionnaire un glossaire avec des définitions claires et concrètes afin d'améliorer la précision et la fiabilité des réponses²⁰⁵.

§2. - *Orientation sexuelle, comportement sexuel et identité sexuelle*

69. Comme le soutient T. ESCACH-DUBOURG : « *l'orientation sexuelle et le comportement nouent, en somme, toutes sortes de relations : ils se confondent, se complètent, mais peuvent aussi se désolidariser. Il n'est pas toujours sage d'établir une symétrie entre deux éléments qui correspondent à des réalités spécifiques* »²⁰⁶.
70. Le **comportement sexuel** se définit par « *l'ensemble des comportements relatifs à l'instinct sexuel et à sa satisfaction, liés ou non à la reproduction* »²⁰⁷. Cette notion se rattache à l'acte sexuel en lui-même, aux « *mouvements extérieurs* »²⁰⁸.
71. Tandis que la définition de **l'orientation sexuelle** a évolué au fil du temps. Aujourd'hui, elle correspond « *à l'une des composantes de l'identité sexuelle au même titre que le genre ou le rôle sexuel. Elle peut désigner le désir affectif et sexuel, l'attraction érotique pour les personnes de même sexe (homosexualité), de sexe opposé (hétérosexualité) ou indifféremment pour l'un ou l'autre sexe (bisexualité). Elle peut porter sur le comportement sexuel, affectif ou sur*

²⁰⁴ T. ESCACH-DUBOURG, « La légalité de l'encadrement du don de sang des hommes homosexuels : une cohérence dans l'incohérence », note sous C.E. , 28 décembre, M.C., Association Mousse et autres, n° 400580 et 414973, *A.J.D.A.*, 2018, pp. 1284.

²⁰⁵ Ce point est examiné plus en détails aux points 128 et s. de ce mémoire.

²⁰⁶ T. ESCACH-DUBOURG, « La légalité de l'encadrement du don de sang des hommes homosexuels : une cohérence dans l'incohérence », note sous C.E., 28 décembre, M.C., Association Mousse et autres, n° 400580 et 414973, *A.J.D.A.*, 2018, pp. 1285.

²⁰⁷ Dictionnaire *Le Petit Robert*, 2007.

²⁰⁸ T. ESCACH-DUBOURG, « La légalité de l'encadrement du don de sang des hommes homosexuels : une cohérence dans l'incohérence », note sous C.E., 28 décembre, M.C., Association Mousse et autres, n° 400580 et 414973, *A.J.D.A.*, 2018, pp. 1285.

l'identité servant à définir subjectivement la personnalité »²⁰⁹. Cette définition représente une nouvelle fois toute la complexité de la sexualité et des notions y afférentes qui s'entremêlent.

T. ESCACH-DUBOURG cadénasse de manière plus prononcée la définition de l'orientation sexuelle en ce qu'elle « *se réfère au désir affectif et/ou l'attirance érotique pour les personnes d'un autre sexe ou genre, du même sexe ou genre, des deux sexes ou de plus d'un genre, ou à une personne, c'est-à-dire aux préférences intimes et conscientes, à la subjectivité* »²¹⁰.

72. De toute évidence, les pratiques sexuelles coïncident généralement avec l'orientation sexuelle de l'individu. Cependant, il est tout à fait probable que certaines personnes adoptent une série de comportements sexuels - dont des relations sexuelles avec une personne de même sexe - sans pour autant nier leur orientation hétérosexuelle, tout comme l'abstinence sexuelle d'un religieux ne reflète pas pour autant la conséquence d'une orientation sexuelle. Cette « *obscurité notionnelle de l'orientation* »²¹¹, généralement assimilée à l'identité sexuelle, peut expliquer pourquoi autant d'individus confondent comportement sexuel – orientation sexuelle – identité sexuelle²¹².
73. Enfin, **l'identité sexuelle** peut se définir comme « *la conception que les individus ont de leur sexualité et de l'étiquette sexuelle qu'ils vont choisir d'adopter* »²¹³. Il est d'ailleurs à noter qu'il existe une remarquable corrélation entre l'identité homosexuelle et le comportement homosexuel²¹⁴.
74. Partant, les questions relatives aux liens entre l'orientation sexuelle et le comportement sexuel demeurent énigmatiques. Cependant, cette confusion ne peut être considérée comme certaine et pertinente en tout état de cause.

²⁰⁹ Larousse, disponible sur https://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/orientation_sexuelle/186028 (consulté le 27 juillet 2024).

²¹⁰ T. ESCACH-DUBOURG, « La légalité de l'encadrement du don de sang des hommes homosexuels : une cohérence dans l'incohérence », note sous C.E., 28 décembre, M.C., Association Mousse et autres, n° 400580 et 414973, *A.J.D.A.*, 2018, pp. 1285.

²¹¹ *Ibidem*.

²¹² *Ibidem*.

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ *Ibidem*.

En réalité, elle est principalement due aux interprétations – erronées ? – des juridictions et requérants dans les affaires Léger²¹⁵ et Mousse²¹⁶ et de la décision de la Cour constitutionnelle belge en 2019²¹⁷⁻²¹⁸, qui font l’objet de la section suivante.

SECTION 2. - CONFUSION DES JURIDICTIONS ENTRE « GROUPE À RISQUE » ET « COMPORTEMENT À RISQUE »

75. Dans l’affaire *Mousse*²¹⁹, le Conseil d’État français a considéré que la mesure litigieuse était légale au motif que le ministre « *s’est fondé non sur l’orientation sexuelle mais sur le comportement sexuel ainsi que le prévoit la directive 2004/33/CE* »²²⁰ et qu’il n’est donc pas allé au-delà de ce qui était raisonnable, et n’a pas commis une grave erreur argumentative²²¹. C’est ainsi que la juridiction française, en reprenant la jurisprudence de la CJUE dans l’affaire Léger²²², a rappelé que la loi²²³ disposait que « *nul ne peut être exclu du don du sang en raison de son orientation sexuelle* »²²⁴, cependant, elle a interprété ce texte de manière restrictive en soutenant, à l’instar du Gouvernement, que l’orientation sexuelle ne présente aucun lien avec les pratiques éponymes²²⁵.
76. Pourtant, dans un rapport rédigé par Olivier VÉRAN, parlementaire français, sur « *La filière du sang en France* » remis au ministre de la Santé en juillet 2013, celui-ci avait soulevé que « *l’erreur consiste à se limiter à la sexualité, lors (sic) même que c’est le comportement sexuel qui peut être à risque, quelle que soit l’orientation sexuelle d’ailleurs* »²²⁶⁻²²⁷.

²¹⁵ Arrêt Léger précité.

²¹⁶ C.E. (français) (1^{re} – 6^e ch. réunies), *Association Mousse et autres*, 28 décembre 2017, n° 400580.

²¹⁷ C. const., 26 septembre 2019, n° 122/2019, *M.B.*, 2019, p. 104626.

²¹⁸ T. ESCACH-DUBOURG, « La légalité de l’encadrement du don de sang des hommes homosexuels : une cohérence dans l’incohérence », note sous C.E., 28 décembre, M.C., *Association Mousse et autres*, n° 400580 et 414973, *A.J.D.A.*, 2018, pp. 1285.

²¹⁹ C.E. (français) (1^{re} – 6^e ch. réunies), *Association Mousse et autres*, 28 décembre 2017, n° 400580.

²²⁰ C.E. (français) (1^{re} – 6^e ch. réunies), *Association Mousse et autres*, 28 décembre 2017, n° 400580, point 12.

²²¹ T. ESCACH-DUBOURG, « La légalité de l’encadrement du don de sang des hommes homosexuels : une cohérence dans l’incohérence », note sous C.E., 28 décembre, M.C., *Association Mousse et autres*, n° 400580 et 414973, *A.J.D.A.*, 2018, pp. 1285.

²²² Arrêt Léger précité.

²²³ Article L.1211-6-1 du Code de la santé publique.

²²⁴ C.E. (français) (1^{re} – 6^e ch. réunies), *Association Mousse et autres*, 28 décembre 2017, n° 400580, point 4.

²²⁵ M. TOUZEIL-DIVINA, « Don du sang : pas de discrimination *in abstracto* pour les homosexuels...abstinents ! », obs. sous C.E., 28 décembre 2017, A. & Mousse & alii (n°s 400580 et 414973), *J.C.P. A.*, n°02, 2018, p. 8 et s.

²²⁶ O. VERAN, *La filière du sang en France*, Rapport, juillet 2013, p. 35.

²²⁷ Ch. MAUBERNARD, « Le dilemme du don de sang : entre égalité des donneurs et santé des receveurs », obs. sous C.J.U.E., 29 avril 2015, aff. C-528/13, Geoffrey Léger, *op. cit.*, p. 536.

77. Le critère du comportement à risque de chaque individu, dont les informations seraient obtenues par le biais, notamment, d'une série de questions concrètes, pertinentes et claires dans le formulaire pré-don²²⁸ ne paraît pas moins satisfaisant que le critère catégoriel. Au contraire, ce critère autoriserait l'État à étendre éventuellement la contre-indication permanente ou temporaire à des individus qui ne sont pas visés par le critère catégoriel alors que leurs pratiques sexuelles pourraient s'avérer dangereuses pour la santé des receveurs²²⁹⁻²³⁰. Le cas de l'Argentine est intéressant en ce qu'elle a changé la règle en 2015, en remplaçant la catégorie « *groupe à risque* » par « *situation à risque* »²³¹.
78. La confusion dont il est question comporte ainsi deux volets. D'une part, comme cela vient d'être évoqué, elle n'exclut pas certains individus au don de sang alors même qu'ils auraient des pratiques sexuelles à risque. D'autre part, le caractère systémique du critère catégoriel inclut des personnes qui ne présentent, *a priori*, pas de risque pour la santé des receveurs, tels que les HSH qui se trouvent dans des relations monogames et stables. À ce propos, la Cour constitutionnelle a d'ailleurs examiné la question dans son arrêt de 2019²³².

CHAPITRE II. – ANALYSE APPROFONDIE DU CRITÈRE D'EXCLUSION

79. Dans la première partie de ce mémoire, deux affaires phares ont été exposées. L'une a été rendue par la Cour de justice de l'Union européenne en 2015, il s'agit de l'affaire Léger²³³, et l'autre a été rendue par la Cour constitutionnelle en 2019²³⁴. Les concernant, plusieurs points méritent d'être mis en lumière afin de déceler si une éventuelle discrimination n'aurait pas lieu dans le critère d'exclusion au don de sang des HSH.

²²⁸ Cf. points 125 et s. de ce mémoire.

²²⁹ Exemples : concernant une potentielle infidélité du partenaire ou vu la possibilité de procéder à un changement de sexe sur sa carte d'identité sans procéder à une intervention chirurgicale de ses organes génitaux (cf. points 139 et s. de ce mémoire)

²³⁰ Ch. MAUBERNARD, « Le dilemme du don de sang : entre égalité des donneurs et santé des receveurs », obs. sous C.J.U.E., 29 avril 2015, aff. C-528/13, Geoffrey Léger, *op. cit.*, p. 538.

²³¹ Avis du Conseil Supérieur de la Santé n° 9665 & 9666, « Comportements sexuels à risque et don de sang par les HSH – Mise à jour » (version validée par le Collège du 3 novembre 2021), novembre 2021, disponible sur <https://www.hgr-css.be/file/download/59cb4e6d-b62c-4ada-a763-2a716ef64c12/RvqSPyFUSgpGX29eZ3HaXh6ymWzlUdgBHwt2EiA6Qbk3d.pdf> (consulté le 11 avril 2023), p. 23.

²³² C. const., 26 septembre 2019, n° 122/2019, *M.B.*, 2019, p. 104626.

²³³ Arrêt Léger précité.

²³⁴ C. const., 26 septembre 2019, n° 122/2019, *M.B.*, 2019, p. 104626.

80. D'un point de vue juridique, la question centrale qui se pose dans les affaires présentées, et qui fait l'objet de ce mémoire, est de savoir si le critère d'exclusion s'avère discriminant ou non au vu des données scientifiques en présence²³⁵.
81. De manière évidente, cette question s'incorpore dans la matière de la protection de la santé qui n'est pas une matière au contenu rigoureusement strict comme nous le verrons. Par conséquent, il est complexe d'établir une grille d'analyse unique qui s'appliquerait au cas d'espèce. Cependant, certaines notions sont indispensables dans l'analyse, telles que le test de proportionnalité, incorporant lui-même la question de savoir s'il existe des mesures moins contraignantes que le critère d'exclusion.

SECTION 1. - LA QUESTION D'UNE POTENTIELLE DISCRIMINATION EST-ELLE LÉGITIME/PERTINENTE ?

82. Comme le relève D. LOCHAK, « *parler de la discrimination et de la non-discrimination n'est pas chose aisée* »²³⁶. En effet, au fil du temps, le terme « *discrimination* » s'est approprié de plus en plus de situations, notamment par la perception que la société en fait, c'est ainsi que la discrimination s'oriente quelque peu vers une « *reconnaissance de l'altérité* »²³⁷.
83. Il est évident que le principe de non-discrimination ne s'applique jamais *in abstracto* et qu'il est toujours lié à un droit, de telle manière que le raisonnement juridique qui l'encadre doit prendre en compte ce droit.

De ce constat, certains auteurs se demandent d'ailleurs si le juge européen n'est pas venu consacrer implicitement l'existence d'un droit fondamental de donner son sang²³⁸. Pour d'autres, le point de vue est totalement différent, telle que le soutient M.A. HERMITTE : « *le don du sang n'est ni un droit comme le montrent les multiples contre-indications, ni une obligation,*

²³⁵ P. BELLEMANS P. et S. BEN MESSAOUD, « Vers un don de sang sans discrimination ? », *op. cit.*, p. 25.

²³⁶ LOCHAK D., *La notion de discrimination*, Confluences Méditerranée 2004/1, n° 48, p. 15.

²³⁷ X. BIOY, « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », in *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (sous la dir. de F. SUDRE et H. SURREL), Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 51-84, spéc. Points 82-83; T. ESCACH-DUBOURG, « La légalité de l'encadrement du don de sang des hommes homosexuels : une cohérence dans l'incohérence », note sous C.E., 28 décembre, M.C., Association Mousse et autres, n° 400580 et 414973, *A.J.D.A.*, 2018, pp. 1285-1286.

²³⁸ J.-P. MARKUS, « Don de sang par des hommes déclarant des relations sexuelles avec un autre homme : une interdiction eurocompatible ? », *op. cit.*, p. 2260.

mais une manière d'exprimer sa solidarité. À ce titre, on ne voit pas comment il pourrait y avoir discrimination, qui suppose un droit »²³⁹⁻²⁴⁰.

En effet, pour qu'une discrimination puisse être invoquée, il est nécessaire qu'il existe au préalable un droit subjectif. En l'occurrence, celui de donner son sang n'aurait pourtant, à ce jour, aucune réalité tangible²⁴¹.

§1 - Qualification de l'acte de donner son sang

▪ Un droit à donner son sang ?

84. Certaines associations revendiquent un droit au don du sang pour tous²⁴²⁻²⁴³ mais cela ne s'arrête pas là. En effet, en partant du constat qu'il est nécessaire qu'un droit subjectif existe préalablement afin d'invoquer une potentielle discrimination, certains auteurs tel que J.-P. MARKUS se demandent si le juge européen, en se référant à l'article 21, §1^{er} de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne²⁴⁴ dans l'affaire Léger²⁴⁵, n'est pas venu consacrer implicitement l'existence d'un droit fondamental de donner son sang ?²⁴⁶
85. Cependant, il ne semble pas soutenable qu'il existe un réel droit au don de sang. Comme l'indiquent les travaux préparatoires, « *le don de sang ne peut être érigé en un droit exigible et absolu* »²⁴⁷, tandis que le fait de ne pas être discriminé peut l'être.

²³⁹ Annexée à l'avis du CCNE n° 123 du 28 mars 2015 portant « Questionnement éthique et observations concernant la contre-indication permanente du don de sang pour tout homme déclarant avoir eu une ou des relation(s) sexuelle(s) avec un ou plusieurs homme(s) », p. 39.

²⁴⁰ J.-P. MARKUS, « Don de sang par des hommes déclarant des relations sexuelles avec un autre homme : une interdiction eurocompatible ? », *op. cit.*, p. 2261.

²⁴¹ T. ESCACH-DUBOURG, « La légalité de l'encadrement du don de sang des hommes homosexuels : une cohérence dans l'incohérence », note sous C.E., 28 décembre, M.C., Association Mousse et autres, n° 400580 et 414973, *A.J.D.A.*, 2018, pp. 1284-1286.

²⁴² Certaines associations de lutte contre le sida ou de défense des droits des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles ou transsexuelles revendiquent un « droit au don du sang pour tous », voy. l'avis du CCNE n° 123 précité du 28 mars 2015, p. 16.

²⁴³ L. LEBLOND, « L'impératif de sécurité sanitaire comme justificatif d'une discrimination (L'exclusion des hommes homosexuels du don de sang) », *RevDH [en ligne]*, 2016, n° 9, p. 3.

²⁴⁴ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *J.O.U.E.*, 30 mars 2010, C 83, p. 396, art. 21, §1^{er}.

²⁴⁵ Arrêt Léger précité.

²⁴⁶ T. ESCACH-DUBOURG, « La légalité de l'encadrement du don de sang des hommes homosexuels : une cohérence dans l'incohérence », note sous C.E., 28 décembre, M.C., Association Mousse et autres, n° 400580 et 414973, *A.J.D.A.*, 2018, p. 1285.

²⁴⁷ Proposition de loi modifiant la loi du 5 juillet 1994 relative au sang et aux dérivés du sang d'origine humaine en ce qui concerne les critères d'exclusion au don de sang, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2021-2022, n° 55-2423/001, p. 3.

Dès lors, s'il n'existe pas, en soi, de « *droit au don de sang pour tous* », il existe en revanche un droit du receveur à la protection de sa santé qui doit prévaloir sur toute autre considération, y compris la volonté des individus de donner leur sang²⁴⁸.

86. T. ESCACH-DUBOURG soulève une question intéressante, laquelle étant : « *l'état critique des réserves de sang et la faculté-volonté de les approvisionner peuvent-ils relativiser ce constat qu'il n'existe pas de droit au don de sang ?* »²⁴⁹.

Selon cet auteur, même s'il n'existe aucun texte juridique français offrant, *prima facie*, une base solide pour un tel droit²⁵⁰, l'article L. 1211-6-1 du Code de la santé publique pourrait néanmoins servir de point de départ pertinent afin de réexaminer cette question. La disposition relatant que « *nul ne peut être exclu du don de sang en raison de son orientation sexuelle* » montre clairement que le législateur souhaite établir et ancrer en principe absolu le droit de donner son sang pour les personnes homosexuelles²⁵¹.

▪ De la simple expression de sa solidarité à une prérogative individuelle ?

87. Pour certains auteurs, donner son sang est un acte volontaire et philanthropique qui ne peut être assimilé à des prérogatives que l'individu « *peut justement faire valoir, tant à l'encontre de ses semblables qu'à l'égard de l'État* »²⁵²⁻²⁵³. Ils estiment qu'il s'agit simplement d'une forme d'expression de sa solidarité, sans constituer un droit ou une obligation²⁵⁴. Pour d'autres, « *la*

²⁴⁸ L. LEBLOND, « L'impératif de sécurité sanitaire comme justificatif d'une discrimination (L'exclusion des hommes homosexuels du don de sang) », *op. cit.*, p. 3.; T. ESCACH-DUBOURG, « La légalité de l'encadrement du don de sang des hommes homosexuels : une cohérence dans l'incohérence », note sous C.E., 28 décembre, M.C., Association Mousse et autres, n° 400580 et 414973, *A.J.D.A.*, 2018, pp. 1285-1286.

²⁴⁹ T. ESCACH-DUBOURG, « La légalité de l'encadrement du don de sang des hommes homosexuels : une cohérence dans l'incohérence », note sous C.E., 28 décembre, M.C., Association Mousse et autres, n° 400580 et 414973, *A.J.D.A.*, 2018, pp. 1285-1286.

²⁵⁰ En guise d'exemple, le Code de la santé publique parle expressément, dans la section 1 de sa partie réglementaire, de « *bénévolat du don de sang* ».

²⁵¹ T. ESCACH-DUBOURG, « La légalité de l'encadrement du don de sang des hommes homosexuels : une cohérence dans l'incohérence », note sous C.E., 28 décembre, M.C., Association Mousse et autres, n° 400580 et 414973, *A.J.D.A.*, 2018, pp. 1281-1286.

²⁵² D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 220.

²⁵³ T. ESCACH-DUBOURG, « La légalité de l'encadrement du don de sang des hommes homosexuels : une cohérence dans l'incohérence », note sous C.E., 28 décembre, M.C., Association Mousse et autres, n° 400580 et 414973, *A.J.D.A.*, 2018, pp. 1285-1286.

²⁵⁴ Voy. la position minoritaire de M.A. HERMITTE, annexée à l'avis du CCNE n° 123 du 28 mars 2015 précité, p. 39 ; J.-P. MARKUS, « Don de sang par des hommes déclarant des relations sexuelles avec un autre homme : une interdiction eurocompatible ? », *op. cit.*, p. 2260.

possibilité de donner son sang constitue une marque d'insertion dans une société »²⁵⁵ qu'il ne faut pas surestimer²⁵⁶ mais dont il est important de souligner qu'une telle insertion aide à accéder à l'égalité.

88. Dans cette optique, sans avoir un avis aussi tranché que M.A. HERMITTE, mais sans reconnaître pour autant l'existence d'un droit fondamental au don de sang, il n'est pas inconcevable d'affirmer que le don de sang fait partie des prérogatives individuelles qui intègrent une personne dans la collectivité et qu'il favorise l'accès à l'égalité. Par exemple, de manière analogue, le législateur a prouvé et accepté que l'accès facilité aux équipements publics et privés permet aux personnes en situation de handicap de s'intégrer davantage dans la société tout en favorisant l'accès à l'égalité²⁵⁷.

Dès lors, ce n'est pas l'accès à l'équipement par une rampe au lieu de marches qui constitue un droit fondamental, mais c'en est l'instrument, le moyen²⁵⁸. De même, il est indéniable que la possibilité de donner son sang représente une marque d'inclusion dans la société, et que toute contre-indication, même mineure, remet en cause cette intégration²⁵⁹.

§2. - Où se trouve la discrimination ?

89. La CJUE a finalement considéré que le don de sang n'est pas un droit reconnu, et a estimé qu'une éventuelle discrimination ne causerait point de conséquences irréversibles sur la situation d'une personne. Cependant, la contre-indication litigieuse rejette bien une catégorie générique d'individus ce qui, d'ordinaire, engendre un sentiment de discrimination ; à titre d'exemple, lorsqu'une catégorie entière d'individus se voit refuser l'entrée à certains établissements ou l'accès à certains services. Il est catégorique qu'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou encore sur l'origine ethnique sera bien condamnée si elle est

²⁵⁵ J.-P. MARKUS, « Don de sang par des hommes déclarant des relations sexuelles avec un autre homme : une interdiction eurocompatible ? », *op. cit.*, p. 2260.

²⁵⁶ T. ESCACH-DUBOURG, « La légalité de l'encadrement du don de sang des hommes homosexuels : une cohérence dans l'incohérence », note sous C.E., 28 décembre, M.C., Association Mousse et autres, n° 400580 et 414973, *A.J.D.A.*, 2018, pp. 1281-1286.

²⁵⁷ J.-P. MARKUS, « La notion juridique de personne handicapée », in *Droit public et handicap* (sous la dir. de O. GUEZOU et S. MANSON), Paris, Dalloz, 2009, p. 27 ; C. DENIZEAU, « La halde et le handicap », in *Droit public et handicap* (sous la dir. de O. GUEZOU et S. MANSON), Paris, Dalloz, 2009, p. 165.

²⁵⁸ S. MANSON, « Domaine public et handicap », in *Droit public et handicap* (sous la dir. de O. GUEZOU et S. MANSON), Paris, Dalloz, 2009, p. 191.

²⁵⁹ J.-P. MARKUS, « Don de sang par des hommes déclarant des relations sexuelles avec un autre homme : une interdiction eurocompatible ? », *op. cit.*, p. 2260.

prouvée, même en l'absence d'un droit explicite à accéder dans un café, à la piscine communale ou au cinéma...²⁶⁰

90. Compte tenu de ce qui précède, il reste évidemment ardu d'affirmer l'existence d'un véritable droit au don de sang, contrairement aux propos de J.-P. MARKUS. En revanche, ce qui relève véritablement de la discrimination, ce n'est donc pas tant d'exclure du don de sang les donneurs à risque – cela est compréhensible et incontestable – mais bien de proscrire de manière systématique et *in abstracto*, sans aucune considération individuelle, une population entière de par leur sexe et leur orientation sexuelle²⁶¹.

§3. - Antienne en matière d'égalité et de différence ou identité de traitement

91. Afin de déterminer si une situation est discriminatoire, la Cour constitutionnelle belge raisonne en quatre étapes. Celles-ci sont reprises brièvement dans cette section²⁶².

- Catégories comparées

92. Cette étape revient à déterminer si les catégories comparées font l'objet d'une différence de traitement alors que ça ne devrait pas être le cas ou, au contraire, sont traitées de manière identique alors même que les situations sont essentiellement différentes²⁶³.

- Objectivité et pertinence du critère de différenciation

93. Alors même que l'antienne ne requiert pas que le critère de différenciation soit pertinent, la Cour constitutionnelle belge considère qu'il est nécessaire d'examiner si le critère, en plus d'être objectif, est également pertinent par rapport à l'objectif visé²⁶⁴⁻²⁶⁵.

²⁶⁰ Ch. MAUBERNARD, « Le dilemme du don de sang : entre égalité des donneurs et santé des receveurs », obs. sous C.J.U.E., 29 avril 2015, aff. C-528/13, Geoffrey Léger, *op. cit.*, p. 531.

²⁶¹ M. TOUZIL-DIVIN, « Don du sang : pas de discrimination *in abstracto* pour les homosexuels...abstinents ! », obs. sous CE (de France), 28 décembre 2017, A. & Mousse & alii (n^{os} 400580 et 414973), *op. cit.* pp. 8 et s.

²⁶² Sur la manière de raisonner en matière d'égalité, voy. P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2008, pp. 102-117 ; B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », in *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation* (sous la dir. de M. VERDUSSEN et N. BONBLED), vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 578-599.

²⁶³ G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 340, spéc. point 318.2.

²⁶⁴ Voy. par ex. l'arrêt C. Const., n^o 13/91 du 28 mai 1991, points 6.B.2, 6.B.5.2 et 7.B.3.

²⁶⁵ G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 340, spéc. point 318.2.

- Justification de la mesure

94. La justification de la mesure s'établit en observant trois éléments : (1) le but, (2) les effets de la mesure et (3) la nature des principes en cause. Pour se faire, il convient de s'appuyer principalement sur les travaux préparatoires relatifs à la mesure litigieuse, auxquels la Cour constitutionnelle accorde une place généreuse dans son raisonnement^{266_267}.

- La proportionnalité de la mesure

95. Cette étape se perçoit comme le rapport entre les moyens employés et le but visé. De manière générale, la Cour examinera les conséquences ou les effets de la mesure, mis en balance avec l'objectif poursuivi par le législateur, de telle sorte que cette étape s'incorpore *de facto* avec l'étape de la justification²⁶⁸.

En principe, la mise en balance n'exige pas d'examiner si l'objectif poursuivi pourrait être atteint par d'autres mesures moins attentatoires et dès lors plus proportionnées. Cependant, comme il l'a déjà été évoqué dans la première partie, la Cour raisonne de temps à autre en se penchant sur l'existence d'alternatives afin de préserver certains droits fondamentaux. Dans une telle hypothèse, la Cour effectue une sorte de test de nécessité²⁶⁹ ou, selon certains auteurs, « un test d'efficiencia »²⁷⁰ des mesures adoptées par le législateur²⁷¹.

²⁶⁶ Les arrêts de la Cour commencent en effet généralement par une partie consacrée aux dispositions attaquées/en cause et à leur contexte, ce contexte reprenant généralement des extraits des travaux préparatoires. Cependant, même si la Cour accorde une grande importance aux travaux préparatoires, elle considère que "le sens d'une disposition législative ne peut être infléchi en faisant prévaloir sur le texte clair de cette disposition des déclarations qui ont précédé son adoption", voy. G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel*, op. cit., titre II, n°92.2.

²⁶⁷ G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 341, spéc. point 318.2.

²⁶⁸ G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel*, op. cit., pp. 342-344, point 318.3.

²⁶⁹ E. DUBOUT, « Le côté obscur de la proportionnalité », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits – Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Paris, LexisNexis, 2018, pp. 183-192, spéc. p. 186 (l'auteur situe ce test d'efficiencia du côté de la nécessité); S. FEYEN, "Noodzakelijkheid als de schoonmoeder van het proportionaliteitsbeginsel", in *Semer perseverans – Liber amicorum André Alen* (sous la dir. de R. LEYSEN, K. MUYLLE, J. THENUS et W. VERRIJDT), Anvers, Intersentia, 2020, pp. 161-174. Ce test de nécessité pourrait, selon nous, englober la pertinence, puisque des mesures moins attentatoires se révéleraient plus efficaces ou pertinentes, et donc proportionnées.

²⁷⁰ G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel*, op. cit., pp. 342-344, spéc. point 318.3.

²⁷¹ *Ibidem*.

SECTION 2. - PROPORTIONNALITÉ DU CRITÈRE D'EXCLUSION

96. Comme le relate P. POPELIER, la règle de proportionnalité « *contient un équilibre entre ces intérêts, sans qu'il n'existe de rapport de hiérarchie préalable entre ceux-ci* »²⁷².
97. C'est précisément lors de cette étape relative à la proportionnalité, qui est reprise tant dans l'antienne en matière d'égalité et de différence ou identité de traitement de la Cour constitutionnelle que dans les deux décisions évoquées dans la première partie, que les difficultés commencent à surgir.

§1. - Le contrôle de proportionnalité en matière de protection de la santé

98. L'Union européenne considère la protection de la vie et de la santé des personnes comme l'un des objectifs centraux de l'organisation²⁷³. La CJUE a d'ailleurs déjà rappelé à plusieurs reprises que « *la santé et la vie des personnes occupent le premier rang parmi les biens ou intérêts protégés par l'article 36 TFUE, et il appartient aux États membres, dans les limites imposées par le Traité, de décider du niveau auquel ils entendent en assurer la protection* »²⁷⁴. Les articles 35 de la Charte DFUE²⁷⁵⁻²⁷⁶ et 168 du TFUE²⁷⁷ reflètent notamment cette exigence²⁷⁸.
99. La question relative à la santé des receveurs s'intègre en matière de protection de la santé, c'est pourquoi il est pertinent de mettre en lumière le contrôle de proportionnalité effectué par la Cour constitutionnelle belge dans cette matière.

²⁷² P. BELLEMANS, S. BEN MESSAOUD et P. SLEGGERS, « La proportionnalité en matière de protection de la santé, le combat d'Hermès et d'Esculape », *A.P.T.*, 2021.

²⁷³ Ch. MAUBERNARD, « Le dilemme du don de sang : entre égalité des donneurs et santé des receveurs », obs. sous C.J.U.E., 29 avril 2015, aff. C-528/13, Geoffrey Léger, *op. cit.*, pp. 536-537.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 537.

²⁷⁵ L'article 35 de la Charte DFUE dispose « (...) qu'un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union » (Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *J.O.U.E.*, 30 mars 2010, C 83, p. 396, art. 35).

²⁷⁶ Voy. à ce propos E. BROSSET, *Droit européen et protection de la santé. Bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 4-55.

²⁷⁷ L'article 168 TFUE dispose que « le Parlement européen et le conseil (...) contribuent à la réalisation des objectifs visés au présent article en adoptant, afin de faire face aux enjeux communs de sécurité : a) des mesures fixant des normes élevées de qualité et de sécurité des organes et substances d'origine humaine, du sang et des dérivés du sang ; des mesures de protection plus strictes » (Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée), *J.O.U.E.*, 26 octobre 2012, C 326, art. 168).

²⁷⁸ Ch. MAUBERNARD, « Le dilemme du don de sang : entre égalité des donneurs et santé des receveurs », obs. sous C.J.U.E., 29 avril 2015, aff. C-528/13, Geoffrey Léger, *op. cit.*, 2016, p. 537.

100.Ce contrôle doit veiller à trois critères cumulatifs : la légitimité de la mesure, la nécessité de la mesure²⁷⁹ et la proportionnalité au sens strict de la mesure²⁸⁰. Ces trois éléments sont contrôlés tant dans leur substance que sous un angle procédural²⁸¹.

101.Un objectif tel que la protection de la santé est indéniablement légitime, ce qui permet au législateur de justifier une atteinte à certains droits fondamentaux, sous certaines conditions. En outre, la santé est inévitablement liée à l'existence même et, par conséquent, à la préservation de la vie. Protection de la santé et droit à la vie ne sont ainsi pas dissociés hermétiquement²⁸².

102.Selon l'Organisation mondiale de la santé (OMS), « *la santé est un état de bien-être physique, mental et social complet et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité* »²⁸³.

103.Du côté de la Convention européenne des droits de l'homme, celle-ci déclare, de manière explicite, que la protection de la santé peut s'avérer être un motif légitime afin de restreindre certaines libertés, telles que le respect de la vie privée ou familiale²⁸⁴, de telle sorte que cette liberté individuelle doit s'incliner devant la « *protection de la santé* »²⁸⁵.

Il est bien connu que les droits fondamentaux - malgré leur qualification comme étant « *fondamentaux* » - ne sont pas absolus. Par ailleurs, il n'est pas rare qu'ils soient restreints en raison de divers objectifs d'intérêt public, à condition que les restrictions soient proportionnées à ces objectifs²⁸⁶, comme il l'est développé dans le cadre de cette section.

²⁷⁹ Le contrôle substantiel concernant la légitimité et la nécessité est d'ordre factuel.

²⁸⁰ Le contrôle substantiel concerne la comparaison de valeurs.

²⁸¹ La Cour vérifie si le législateur a évalué le caractère légitime, nécessaire et proportionnel au sens strict.

²⁸² P. BELLEMANS, S. BEN MESSAOUD et P. SLEGGERS, « La proportionnalité en matière de protection de la santé, le combat d'Hermès et d'Esculape », *op. cit.*, pp. 417-419.

²⁸³ Certains auteurs pensent que l'alternative du questionnaire pré-don plus détaillé permettant de supprimer le critère d'exclusion des HSH au don de sang éliminera toute forme de discrimination mais violera le respect de la vie privée ou familiale. Même s'il n'existe pas, en soi, d'hierarchie des droits fondamentaux, nous sommes d'avis que la protection de la santé est motif légitime permettant de restreindre le respect de la vie privée et familiale.

²⁸⁴ Le respect de la vie privée et familiale est garanti dans l'article 8 de la Conv. EDH (Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950).

²⁸⁵ Notamment dans le cadre des réponses au questionnaire préalable au don de sang qui devrait être plus détaillé. Cf. points 132 et s. de ce mémoire.

²⁸⁶ P. BELLEMANS, S. BEN MESSAOUD et P. SLEGGERS, « La proportionnalité en matière de protection de la santé, le combat d'Hermès et d'Esculape », *op. cit.*, p. 417.

Il est évident que la protection de la santé est un objectif que chacun souhaite naturellement voir prédominer. Toutefois, cet objectif, bien que louable, peut entraîner des limitations dans la liberté des individus²⁸⁷.

104. La protection de la santé ne se comprenant pas comme un droit subjectif qui permettrait de pouvoir, voire d'exiger de bénéficier d'un état de bonne santé²⁸⁸, elle est par contre garantie par l'article 23 de la Constitution belge²⁸⁹, lequel disposant que « *chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine* »²⁹⁰. La protection de la santé ne peut se concevoir que sous une forme générale et abstraite, il faut ainsi y voir une protection de la santé publique, par opposition à la santé individuelle²⁹¹.

105. Partant, l'objectif de santé publique se concrétise par la mise en place de mesures visant à assurer un niveau de protection adéquat. Une telle exigence découle du droit des individus à une vie conforme à la dignité humaine, comme le dispose l'article 23 de la Constitution²⁹². Par conséquent, un lien s'établit entre, d'une part, les obligations dans le chef des autorités publiques émanant de l'article 23 de la Constitution²⁹³, et d'autre part, leur matérialisation par le biais de mesures promouvant la santé publique, au risque de porter atteinte, dans certaines circonstances, à d'autres libertés publiques. L'absence d'un effet direct au droit à la protection de la santé, combinée au principe de légalité indissociable afin de concrétiser ce droit, signifie que la protection de la santé est essentiellement déterminée par des choix politiques en vue d'atteindre cet objectif²⁹⁴. D'ailleurs, les pouvoirs publics disposent d'une large marge d'appréciation dans le domaine de la santé publique, comme l'a déjà rappelé la CJUE dans sa jurisprudence^{295_296}.

²⁸⁷ *Ibidem*.

²⁸⁸ *Ibidem*, pp. 417-422.

²⁸⁹ Constitution coordonnée, *M.B.*, 17 février 1994, p. 4054.

²⁹⁰ *Ibidem*, art. 23.

²⁹¹ P. BELLEMANS, S. BEN MESSAOUD et P. SLEGGERS, « La proportionnalité en matière de protection de la santé, le combat d'Hermès et d'Esculape », *op. cit.*, pp. 419-422.

²⁹² Constitution coordonnée, *M.B.*, 17 février 1994, p. 4054.

²⁹³ *Ibidem*.

²⁹⁴ P. BELLEMANS, S. BEN MESSAOUD et P. SLEGGERS, « La proportionnalité en matière de protection de la santé, le combat d'Hermès et d'Esculape », *op. cit.*, pp. 419-422.

²⁹⁵ « (...) il importe de rappeler que la santé publique occupe le premier rang parmi les biens ou intérêts protégés par l'article 30 CE et qu'il appartient aux États membres, dans les limites imposées par le traité, de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé publique et de la manière dont ce niveau doit être atteint » (C.J.U.E., 9 décembre 2010, arrêt Humanplasma, aff. C-241/09, EU:C:2010:760, point 32).

²⁹⁶ Cf. point 18 de ce mémoire.

Afin d'apprécier la proportionnalité des mesures publiques, le juge analysera une série d'indices.

A. Indices d'ordre procédural

106. Au cours de la procédure d'élaboration de la norme, le sérieux et la qualité de la préparation sont examinés, ce qui demande au juge d'évaluer la préparation scientifique de la mesure, ainsi que le caractère concerté²⁹⁷.

107. La *préparation scientifique* de la mesure consiste à vérifier s'il existe un lien causal entre la mesure et l'objectif poursuivi sans qu'il soit pour autant nécessaire que la première emporte le second. Afin d'apprécier le caractère « *suffisant* » du lien de causalité²⁹⁸, le juge évaluera généralement la pertinence des données ainsi que l'adéquation de la mesure adoptée, ce qui amène au constat que l'intensité du contrôle effectué à ce niveau fait preuve de variabilité d'une affaire à l'autre²⁹⁹. En tout état de cause, il est évident que seul le législateur a le pouvoir d'apprécier les données scientifiques et qu'il ne revient pas à la Cour d'y substituer son jugement. En revanche, la Cour se réserve le droit, si nécessaire, de déclarer le caractère manifestement déraisonnable de l'appréciation faite par le législateur³⁰⁰⁻³⁰¹.

Dès lors, si la question de l'efficacité de la mesure a été préalablement discutée de manière approfondie lors des travaux préparatoires, la Cour substitue son contrôle substantiel du critère de pertinence par un contrôle de type procédural en se référant au caractère « *bien préparé* » du dossier. Dans une telle hypothèse, la Cour présume que le lien causal n'est pas « *raisonnablement contestable* » et qu'il est présumé établi³⁰².

²⁹⁷ P. BELLEMANS, S. BEN MESSAOUD et P. SLEGGERS, « La proportionnalité en matière de protection de la santé, le combat d'Hermès et d'Esculape », *op. cit.*, pp. 424-425.

²⁹⁸ La doctrine s'en interroge. Voir not. P. POPELIER, *Het evenredigheidsbeginsel in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: tussen grondrechtenbescherming en scheiding der machten*, Limal, Anthemis, 2010, p. 184.

²⁹⁹ La Cour prend en compte l'existence de données scientifiques étayant une mesure, mais elle ne se mêle pas du débat scientifique en soi.

³⁰⁰ Voy. à ce propos l'arrêt C. Const., 30 avril 2003, n° 51/2003, *M.B.*, 2003, p. 31833.

; P. POPELIER et J. DE JAEGER, « Wetenschappelijk bewijs voor wetgeving in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: een empirische analyse en een zoektocht naar verklaringen », *T.V.W.*, 2016, p. 285-303.

³⁰¹ P. BELLEMANS, S. BEN MESSAOUD et P. SLEGGERS, « La proportionnalité en matière de protection de la santé, le combat d'Hermès et d'Esculape », *op. cit.*, pp. 424-425.

³⁰² *Ibidem*.

En matière de santé publique, quand la Cour est amenée à examiner des aspects techniques et scientifiques relatifs à la causalité, elle se limite généralement à établir que le lien causal est probable, estimant que cela suffit à justifier la pertinence de la mesure³⁰³. Ce fût notamment le cas dans l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle en 2019 examiné dans la première partie où le caractère raisonnable de l'analyse des données épidémiologiques a été jugé suffisant par la Cour³⁰⁴. Elle ne tranche donc pas la question elle-même et se borne à constater que le législateur s'est raisonnablement entouré d'une série d'avis, eux-mêmes cohérents et actualisés. La décision rendue en 2019 a dès lors été de nature procédurale en se concentrant sur l'existence d'études scientifiques démontrant la pertinence de la mesure³⁰⁵.

108. Le *caractère concerté de la mesure* constitue lui aussi un élément central dans l'examen de sa proportionnalité. En effet, l'implication du secteur concerné dans le processus d'élaboration de la norme permet d'exprimer diverses opinions, ce qui témoigne de cette proportionnalité. En Belgique, les mesures de santé publique sont souvent adoptées à l'issue d'un processus de concertation incluant les différents acteurs soins de santé³⁰⁶, ce qui a d'ailleurs été le cas dans le cadre de l'adoption de la mesure litigieuse relative à l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle présenté en première partie. En opérant de la sorte, la Cour effectue une nouvelle fois un contrôle procédural.

Il est à noter que la consultation insuffisante des acteurs du secteur ne mène pas nécessairement à l'annulation de la norme, la Cour se déclarant généralement incompétente pour contrôler la légalité de la procédure d'adoption d'une loi³⁰⁷⁻³⁰⁸.

³⁰³ Ibidem, pp. 425-426.

³⁰⁴ Ibidem, pp. 425-426.

³⁰⁵ Ibidem.

³⁰⁶ S. BEN MESSAOUD, M. MERKHOFS et P. SLEGERS, « L'application des principes généraux de droit administratif en droit de la santé et de la sécurité sociale », in *Les principes généraux de droit administratif. Actualités et applications pratiques* (sous la dir. de S. BEN MESSAOUD et F. VISEUR), Bruxelles, Larcier, 2017, p. 859.

³⁰⁷ K. MUYLE, « De grondwettigheidsstoetsing van de totstandkoming van wetgeving na het Doel-arrest van het Grondwettelijk hof », *T.V.W.*, p. 3.

³⁰⁸ P. BELLEMANS, S. BEN MESSAOUD et P. SLEGERS, « La proportionnalité en matière de protection de la santé, le combat d'Hermès et d'Esculape », *op. cit.*, pp. 428-429. Voy. aussi P. POPELIER, *Het evenredigheidsbeginsel in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: tussen grondrechtenbescherming en scheiding der machten*, *op. cit.*, pp. 191-192.

B. Indices d'ordre matériel

109. D'un point de vue matériel, plusieurs critères sont d'une importance majeure afin d'apprécier la proportionnalité de la mesure.

110. Tout d'abord, selon les intérêts en cause, le contrôle de la Cour sera plus ou moins sévère. Il est évident qu'on ne peut pas clairement hiérarchiser les droits fondamentaux ; cependant, il est compréhensible que certains droits qui sont collectifs par nature, tels que la protection de la santé, priment sur d'autres libertés qualifiées « *d'individuelles* »³⁰⁹.

111. Dans le cas où l'analyse des intérêts en cause ne suffit pas, le juge est tenu de poursuivre son examen en prenant en compte l'existence de compensations afin de pallier la restriction qui touche aux libertés des citoyens. La Cour se montrera en effet plus prompte à admettre que la mesure est proportionnelle quand des alternatives existent³¹⁰.

La compensation peut également prendre une forme particulière qui est la possibilité pour les individus concernés de faire usage de leur libre arbitre³¹¹. En d'autres termes, se pose la question du caractère contraignant de la mesure liberticide³¹².

112. Enfin, la temporalité est également un facteur d'appréciation de la proportionnalité. Dans le cas où une mesure est limitée dans le temps ou s'il est exigé de l'autorité compétente qu'elle réévalue régulièrement la pertinence de sa mesure selon l'évolution des données³¹³, notamment scientifiques, la Cour admettra plus aisément que la mesure prise s'avère proportionnelle³¹⁴⁻³¹⁵. Cette réévaluation ne doit pas nécessairement servir à dissiper des incertitudes, mais aussi à intégrer les avancées scientifiques afin d'obliger les autorités à adapter les mesures en cause.

³⁰⁹ *Ibidem* ; R. ERGEC, « La liberté de commerce et d'industrie à l'aune de la jurisprudence constitutionnelle », in *Libertés (l'égalité, humanité)* (sous la dir. de A. ALEN et al.), 1^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 430.

³¹⁰ P. BELLEMANS, S. BEN MESSAOUD et P. SLEGGERS, « La proportionnalité en matière de protection de la santé, le combat d'Hermès et d'Esculape », *op. cit.*, pp. 431-432.

³¹¹ J. THEUNIS, « Behoorlijke wetgeving in de rechtspraak van het Grondwettelijke Hof (2009-2010) », *T.V.W.*, 2011, p. 102, n° 37.

³¹² P. BELLEMANS, S. BEN MESSAOUD et P. SLEGGERS, « La proportionnalité en matière de protection de la santé, le combat d'Hermès et d'Esculape », *op. cit.*, pp. 432-433.

³¹³ C. Const., arrêt n° 107/2014 du 17 juillet 2014.

³¹⁴ C. Const., arrêt n° 147/2017 du 21 décembre 2017.

³¹⁵ P. BELLEMANS, S. BEN MESSAOUD et P. SLEGGERS, « La proportionnalité en matière de protection de la santé, le combat d'Hermès et d'Esculape », *op. cit.*, pp. 435-436. Voy. aussi P. POPELIER, « Het evenredigheidsbeginsel in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: tussen grondrechtenbescherming en scheiding der machten », *op. cit.*, p. 191.

113. Lors de l'examen de constitutionnalité de la loi limitant le don de sang en 2019³¹⁶, tel que développé dans la première partie de ce mémoire, la Cour a d'ailleurs jugé que la mesure était proportionnée malgré les incertitudes, eu égard à la réévaluation *ex post* périodique prévue par le législateur, garantissant ainsi l'actualisation des données scientifiques³¹⁷.

Il est d'ailleurs souligné par certains auteurs que dans le secteur de la santé, les connaissances progressent continuellement et que des méthodes de plus en plus innovantes apparaissent régulièrement, rendant la dimension temporelle indubitablement souhaitable, et même indispensable^{318_319}.

C. La cohérence de la norme comme indice d'ordre transversal

114. La cohérence de la norme se présente sous deux facettes.

115. La première est la *cohérence extrinsèque*, encore appelée *cohérence globale*, et pourrait se résumer en se posant la question suivante : la mesure litigieuse s'inscrit-elle dans un ensemble cohérent de dispositions de nature à servir le même objectif ? En effet, une mesure sera plus à même d'être jugée non proportionnelle au cas où elle rompt l'économie générale d'un ensemble de mesures^{320_321}.

116. La seconde est la *cohérence intrinsèque* où la question à se poser est la suivante : la mesure litigieuse est-elle calibrée au plus juste afin d'atteindre l'objectif poursuivi ? Partant, il convient de s'interroger sur la pertinence du champ d'application de la norme au regard de l'objectif poursuivi.

³¹⁶ C. const., 26 septembre 2019, n° 122/2019, *M.B.*, 2019, p. 104626.

³¹⁷ P. BELLEMANS, S. BEN MESSAOUD et P. SLEGGERS, « La proportionnalité en matière de protection de la santé, le combat d'Hermès et d'Esculape », *op. cit.*, pp. 435-436.

³¹⁸ Voy. not. le considérant 27 de la directive (UE) 2018/958 du Parlement européen et du Conseil en date du 28 juin 2018 relative à un contrôle de proportionnalité avant l'adoption d'une nouvelle réglementation de professions, *J.O.U.E.*, 9 juillet 2018, L 173, p. 25, où le législateur européen a expressément prévu la révision périodique comme mode de détermination de la proportionnalité de mesures restrictives de liberté.

³¹⁹ P. BELLEMANS, S. BEN MESSAOUD et P. SLEGGERS, « La proportionnalité en matière de protection de la santé, le combat d'Hermès et d'Esculape », *op. cit.*, pp 419-422.

³²⁰ P. POPELIER, « Het evenredigheidsbeginsel in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: tussen grondrechtenbescherming en scheiding der machten », *op. cit.*, p. 190.

³²¹ P. BELLEMANS, S. BEN MESSAOUD et P. SLEGGERS, « La proportionnalité en matière de protection de la santé, le combat d'Hermès et d'Esculape », *op. cit.*, 2021, pp 441-442.

117. D'une part, un champ d'application trop restreint peut limiter les libertés sans pour autant atteindre efficacement l'objectif visé, rendant de la sorte la mesure inappropriée. Cependant, l'annulation d'une telle mesure pourrait inciter à adopter des mesures plus strictes, portant davantage atteinte aux droits des citoyens. Ce constat peut néanmoins être vu comme une manifestation de la proportionnalité puisque cela exige que les mesures ne soient pas plus restrictives que nécessaires et que le champ d'application soit bien calibré.
118. D'autre part, un champ d'application trop large peut également rendre une mesure disproportionnée par rapport à l'objectif visé. Toutefois, l'inclusion d'exceptions ou de limitations internes à la mesure renforce son caractère proportionné. Évidemment, la mise en place d'exceptions à une règle restrictive ne suffit pas à la rendre proportionnée, encore faut-il qu'elles soient pertinentes par rapport à l'objectif poursuivi.
119. Force est de constater que la cohérence du champ d'application est un facteur déterminant dans l'examen de constitutionnalité de la Cour et que le définir adéquatement s'avère être un exercice délicat. En effet, une incohérence dans les mesures pourrait démontrer que l'évaluation de la proportionnalité n'a pas été menée de manière satisfaisante, imposant le recommencement de cette évaluation et, le cas échéant, l'annulation de la mesure litigieuse³²².

D. Observations

120. Les décisions juridictionnelles prononcées dans le domaine de la santé révèlent la nature variable du contrôle de proportionnalité, tant en ce qui concerne les critères essentiels d'évaluation qu'en ce qui concerne l'intensité de ce contrôle. Dans la décision rendue par la Cour constitutionnelle en 2019³²³, le juge a d'ailleurs invité le législateur à démontrer en quoi une mesure restreignant les droits et libertés était nécessaire dans le cadre du don de plasma. L'auteur de la norme n'ayant pas réussi à expliquer en quoi il n'avait pas suivi une mesure alternative moins attentatoire³²⁴, la Cour a ainsi considéré que la mesure en cause n'était pas proportionnée³²⁵.

³²² P. BELLEMANS, S. BEN MESSAOUD et P. SLEGGERS, « La proportionnalité en matière de protection de la santé, le combat d'Hermès et d'Esculape », *op. cit.*, pp 441-442.

³²³ C. const., 26 septembre 2019, n° 122/2019, *M.B.*, 2019, p. 104626.

³²⁴ *Ibidem*, point B.18.7.

³²⁵ P. BELLEMANS, S. BEN MESSAOUD et P. SLEGGERS, « La proportionnalité en matière de protection de la santé, le combat d'Hermès et d'Esculape », *op. cit.*, p. 443.

C'est donc au stade du contrôle de la proportionnalité au sens strict que se manifeste la fine ligne de démarcation entre l'évaluation juridique et l'appréciation politique³²⁶. À cet égard, le discours prononcé par le président François DAOÛT lors de la cérémonie solennelle d'installation de Madame le Juge Yasmine KHERBACHE résonne de manière significative. Il soutient que « *le contentieux constitutionnel est spécifique. Nous jugeons évidemment en droit, mais lorsque nous abordons par exemple la question de la proportionnalité de l'atteinte à un droit ou une liberté, les sensibilités qui s'expriment en délibéré sont évidemment diverses* »³²⁷.

Compte tenu de ce qui précède, il apparaît que le caractère variable du contrôle de proportionnalité est inhérent à son objet. Certains auteurs y trouvent une source d'insécurité, tandis que d'autres critiquent le manque de rationalité du test, notamment au stade de la recherche d'équilibre entre les différentes valeurs. Pour d'autres auteurs, la prévisibilité formelle n'apporte pas, *de facto*, une réelle sécurité juridique, en ce que la proportionnalité d'une mesure implique inévitablement une évaluation subjective³²⁸.

Le propre d'un test de proportionnalité de qualité est justement son caractère casuistique en amenant le juge à opérer une balance des intérêts en présence. Par conséquent, il n'est pas possible de dégager une réelle grille d'analyse qui présenterait un caractère systématique et exhaustif³²⁹.

§2. - L'existence de mesures moins contraignantes

121. Comme l'ont souligné la CJUE et la Cour constitutionnelle dans les arrêts précédemment examinés, le test de proportionnalité intègre la question de savoir s'il existe des mesures moins contraignantes que le critère d'exclusion contesté. Cette interrogation est d'une importance capitale au sein de ce mémoire vu son caractère décisif. En effet, la réponse à cette question permettra d'évaluer si les mesures litigieuses adoptées par les autorités compétentes présentent un caractère discriminatoire ou non.

³²⁶ P. POPELIER, « Het evenredigheidsbeginsel in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: tussen grondrechtenbescherming en scheiding der machten », *op. cit.*, p. 178.

³²⁷ Extrait du Discours prononcé par le président François DAOÛT lors de l'audience solennelle d'installation de Madame le juge Yasmine KHERBACHE le 3 mars 2020.

³²⁸ P. BELLEMANS, S. BEN MESSAOUD et P. SLEIGERS, « La proportionnalité en matière de protection de la santé, le combat d'Hermès et d'Esculape », *op. cit.*, p. 446.

³²⁹ *Ibidem*, pp. 446-447.

122. Afin que le principe de proportionnalité soit respecté, il convient de recourir à la mesure la moins contraignante et que les inconvénients causés ne soient pas démesurés par rapport aux objectifs visés³³⁰. Tel qu'exposé précédemment, il revient au juge national de veiller, *in concreto*, au respect du test de nécessité et à la proportionnalité, au regard du contexte national, d'une contre-indication au don de sang³³¹.

Selon la jurisprudence constante en la matière, lorsque le législateur conçoit une politique de santé publique, il doit peser, d'une part, l'intérêt de chaque individu à recevoir du sang exempt de maladies infectieuses graves transmissibles par le sang et, d'autre part, le souhait des HSH de pouvoir donner leur sang. Bien que donner son sang ne constitue pas un droit fondamental³³², toute forme de discrimination doit être évitée. Les travaux préparatoires³³³ révèlent que le législateur a étudié plusieurs méthodes alternatives à l'exclusion des HSH du don de sang afin d'assurer un niveau élevé de protection de santé des receveurs, lesquelles sont notamment reprises dans le cadre de ce paragraphe³³⁴.

123. Il est troublant de constater que la jurisprudence accepte que des données scientifiques, à elles seules, puissent être mobilisées afin de catégoriser des individus. Bien que les études scientifiques exposent une prévalence plus élevée de la contamination par le VIH chez les hommes homosexuels ou bisexuels, cette prévalence devrait davantage stimuler les autorités publiques à adopter des mesures positives plutôt que négatives, ces dernières excluant une catégorie entière d'individus sans aucune distinction.

De telles mesures positives pourraient être mises en œuvre tant dans le cadre des dons de sang, afin de prévenir les risques de contracter le VIH, que dans le cadre d'une sensibilisation générale auprès des individus sur la transmission du VIH.

³³⁰ Arrêt Léger précité, faisant référence aux arrêts *ERG e.a.*, aff. C-379/08 et C-380/08, EU:C:2010:127, point 86; C.J.U.E., 9 février 2012, arrêt *Urbán*, aff. C-210/10, EU:C:2012:64, point 24; C.J.U.E., 26 septembre 2013, arrêt *Texdata Software*, aff. C-418/11, EU:C:2013:588, point 52.

³³¹ Y. PELOSI, « L'exclusion permanente de tout homme hétérosexuel ou bisexuel du don de sang à l'épreuve du droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 7.

³³² Cf. points 84 et s. de ce mémoire pour de plus amples explications.

³³³ Projet de loi portant des dispositions diverses en matière de santé, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2599/001, pp. 13-16.

³³⁴ §2. – L'existence de mesures moins contraignantes.

A. Alternatives concrètes

124. Dans son arrêt Léger³³⁵, la CJUE avait déjà identifié de manière claire certaines techniques et méthodes efficaces afin d'atteindre l'objectif de santé publique poursuivi par le législateur, telles qu'un entretien individuel pré-don, la mise en quarantaine des dons de sang ou encore la possibilité d'une détection systématique du VIH pour tous les dons de sang³³⁶. Comme l'avait relevé l'avocat général, de telles alternatives présentaient l'avantage de baser la sélection des donneurs non pas sur un critère « *trop large et trop générique* »³³⁷, mais plutôt sur des appréciations individuelles et scientifiques³³⁸.

En interdisant *a priori* et *in abstracto* une catégorie de personnes sans tenir compte du comportement de chaque individu - comme le prévoit actuellement la législation belge³³⁹ - la population masculine et homosexuelle est stigmatisée. Vu la panoplie d'alternatives concrètes qui pourraient être mises en œuvre, comme ça l'est déjà dans de nombreux autres pays, la législation belge constitue une véritable discrimination, malgré la décision prise par la Cour constitutionnelle en 2019. Les raisons pour lesquelles la décision de la Cour est remise en cause sont exposées dans le cadre de cette dernière section.

- Un examen individuel des pratiques à risque par le biais d'un questionnaire et d'un entretien pré-don avec un professionnel de la santé

125. La mise en place d'un entretien et d'un questionnaire détaillé préalable au don de sang a permis de supprimer l'exclusion des HSH au don de sang, comme l'ont fait certains pays tels que la France³⁴⁰, la Grèce³⁴¹, le Royaume-Uni³⁴², et tant d'autres³⁴³ où l'exclusion ne se fait plus sur la base de l'appartenance à un « *groupe à risque* » mais plutôt sur base d'un examen individuel des *pratiques à risque*. Une telle métamorphose requiert des médecins qui interrogent les

³³⁵ Arrêt Léger précité.

³³⁶ Arrêt Léger précité, points 64 et 66.

³³⁷ Conclusions de l'avocat général MENDOZZI sous l'arrêt Léger précité, point 35.

³³⁸ Ch. MAUBERNARD, « Le dilemme du don de sang : entre égalité des donneurs et santé des receveurs », obs. sous C.J.U.E., 29 avril 2015, aff. C-528/13, Geoffrey Léger, *op. cit.*, pp. 535-536.

³³⁹ Loi du 7 juillet 2022 modifiant la loi du 5 juillet 1994 relative au sang et aux dérivés du sang d'origine humaine en ce qui concerne les critères d'exclusion au don de sang précitée.

³⁴⁰ Depuis le 16 mars 2022.

³⁴¹ Depuis le mois de janvier 2022.

³⁴² Depuis le mois de juin 2021.

³⁴³ P. BELLEMANS et S. BEN MESSAOUD, « Vers un don de sang sans discrimination ? », *op. cit.* pp. 24-25.

donneurs de se former, mais aussi que les questions posées lors de l'entretien pré-don soient plus précises et plus pertinentes. Afin d'assurer la plus grande sécurité possible pour les receveurs, il serait également nécessaire que chaque don, de manière individuelle, soit soumis à des tests sérologiques ou ID-NAT³⁴⁴.

126. L'entretien pré-don

Avant tout, le professionnel de la santé chargé de l'entretien pré-don avec le donneur doit être pleinement conscient de ses responsabilités et de l'importance qu'a son rôle dans la sécurité de la chaîne transfusionnelle. Pour cela, une formation spécialisée, incluant éventuellement un stage pratique auprès d'organismes accueillant des patients dans les Centres de Référence SIDA³⁴⁵, pourrait être bénéfique pour ces professionnels. Une telle formation permettrait de préparer au mieux le personnel des services de transfusion sanguine à sensibiliser les citoyens mais aussi afin de dialoguer efficacement avec les donneurs sur leurs comportements sexuels susceptibles de conduire à un ajournement en cas de risque de transmission de maladies graves³⁴⁶⁻³⁴⁷.

127. Il a effectivement été démontré dans une étude hollandaise que la décision de refuser un donneur potentiel reflète une certaine subjectivité, de même qu'une variabilité considérable a été observée dans les taux d'ajournements des entretiens effectués aux Pays-Bas³⁴⁸. Au vu des résultats, ils préconisent que les diagnostics heuristiques et subjectifs priment et que des mesures doivent voir le jour afin d'harmoniser les résultats obtenus lors des entretiens pré-don³⁴⁹. Le fait de proposer une formation commune à tous les professionnels permettrait d'être

³⁴⁴ Cf. lexique de ce mémoire.

³⁴⁵ Avis du Conseil Supérieur de la Santé n° 9665 & 9666, « Comportements sexuels à risque et don de sang par les HSH – Mise à jour » *op. cit.*, p. 10.

³⁴⁶ S. D. HUGHES, B. CUSTER, N. LABORDE, N. SHEON, *Transition to a 1-year deferral for male blood donors who report sexual contact with men: staff perspectives at one blood collection organization*, Transfusion, vol. 58, issue 8, pp. 1909-1915, 17 avril 2018, disponible sur <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/trf.14632> (consulté le 2 août 2024).

³⁴⁷ Avis du Conseil Supérieur de la Santé n° 9665 & 9666, « Comportements sexuels à risque et don de sang par les HSH – Mise à jour » *op. cit.*, p. 15.

³⁴⁸ W. DE KORT, F. PRINSZE, G. NUBOER, J. TWISK, E.-M. MERZ, *Deferral rate variability in blood donor eligibility assessment*, Transfusion, 9 novembre 2018, disponible sur <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/30414176/> (consulté le 2 août 2024).

³⁴⁹ Avis du Conseil Supérieur de la Santé n° 9665 & 9666, « Comportements sexuels à risque et don de sang par les HSH – Mise à jour », *op. cit.* p.15.

une mesure qui réponde à cette carence mais également d'assurer une plus grande homogénéité et une cohérence dans les décisions relatives à l'éligibilité³⁵⁰ aux dons de sang.

En outre, prévoir que l'entretien pré-don se déroule avec un professionnel soumis au secret médical mettrait probablement plus en confiance les donneurs, les encourageant ainsi à divulguer davantage d'éléments sensibles relatifs à leur vie privée³⁵¹ et à réduire le risque d'informations erronées³⁵².

128.En ce qui concerne les questions relatives aux détails des pratiques sexuelles des donneurs, le corps médical exprime toutefois une certaine réticence, craignant que les donneurs ne se détournent en raison de la nature des questions posées. À ce propos, certains auteurs se demandent si cette réticence ne provient pas, en réalité, du corps médical lui-même pour trois motifs principaux.

Tout d'abord, en raison de l'allongement potentiel du temps que prendra l'entretien pré-don, ce qui engendre des craintes pour des raisons pratiques. Mais aussi en raison du malaise qui peut être éprouvé par certains professionnels de la santé à l'idée de devoir poser des questions aussi précises et intimes, alors que le milieu médical est plutôt conservateur. Enfin, le manque de formation approfondie sur la santé sexuelle dans le cursus des professionnels impliquerait une mise à niveau en la matière, demandant du temps et un investissement économique afin de mettre en place une telle formation. Il existe donc des considérations à la fois morales, économiques et pratiques³⁵³.

129.Du côté de la jurisprudence, l'arrêt Léger relève d'ailleurs que les critères dans le questionnaire permettraient de mieux « *évaluer le niveau de risque que présente individuellement chaque donneur en raison de son propre comportement sexuel* »³⁵⁴⁻³⁵⁵, tout comme l'a souligné la Cour constitutionnelle en 2019³⁵⁶.

³⁵⁰ *Ibidem*.

³⁵¹ *Ibidem*.

³⁵² *Ibidem*.

³⁵³ X., « Et si le sang des HSH n'était plus dangereux ? », *Prisme*, 23 janvier 2017, disponible sur <https://www.federation-prisme.be/actualite/et-si-le-sang-des-hsh-netait-plus-dangereux> (consulté le 11 avril 2023).

³⁵⁴ Arrêt Léger précité, point 67.

³⁵⁵ J.-P. MARKUS, « Don de sang par des hommes déclarant des relations sexuelles avec un autre homme : une interdiction eurocompatible ? », *op. cit.*, p. 2263.

³⁵⁶ C. const., 26 septembre 2019, n° 122/2019, *M.B.*, 2019, p. 104626, point 61.

130. Il est également intéressant de préciser qu'un rapport officiel français de 2013 recommandait déjà « *de renforcer la sécurité du don en faisant évoluer le questionnaire de l'orientation sexuelle vers le niveau de risque individuel du donneur* »³⁵⁷. L'auteur du rapport insistant sur le paradoxe discriminant que « *dans le cas d'un donneur hétérosexuel, le questionnaire s'attache à identifier les comportements à risque. Dans le cas d'un homosexuel masculin, le questionnaire est suspendu immédiatement* »^{358_359}.

131. Conséquemment, si tout donneur avait la possibilité de s'entretenir avec un professionnel de la santé afin de discuter avec lui de sa sexualité, et que ce professionnel puisse percevoir, *in concreto*, s'il existe réellement un risque élevé de transmission de maladie grave, l'exclusion générale, catégorique et appliquée *in abstracto* discriminant les HSH n'aurait plus lieu.

132. La mise en œuvre d'un questionnaire qualitatif

Comme l'a soulevé à plusieurs reprises le CSS, les questionnaires pré-don doivent être révisés, notamment pour préciser les termes repris dans les questions posées aux candidats-donneurs.

133. Un glossaire annexé au questionnaire pourrait adéquatement répondre à ce besoin de précision afin que chaque donneur fournisse des réponses aussi fiables que possible. Ce glossaire devrait notamment spécifier le terme « *contact / relation / rapport sexuel(le)* », ainsi que préciser ce qu'on entend par « *rapport vaginal* », « *rapport anal* » et « *rapport oral* ». Il conviendrait également de clarifier les termes tels que « *nouveau partenaire* », « *contacts occasionnels* », « *partenaires intermittents* » et d'incorporer des questions relatives à la fidélité du partenaire sexuel du donneur. De plus, il est important d'élucider ce qu'on entend par un « *traitement PrEP/TPE* », celui-ci concernant la prise d'antiviraux³⁶⁰.

134. Les autorités belges devraient véritablement s'engager à réexaminer le questionnaire d'éligibilité au don de sang afin d'évaluer de façon appropriée les comportements sexuels des donneurs de manière individuelle, plutôt que d'exclure tout un groupe spécifique. En excluant de manière générale et systématique tous les HSH, sans tenir compte de la date des rapports

³⁵⁷ O. VERAN, *La filière du sang en France*, Rapport, juillet 2013, pp. 35-36.

³⁵⁸ *Ibidem*.

³⁵⁹ J.-P. MARKUS, « Don de sang par des hommes déclarant des relations sexuelles avec un autre homme : une interdiction eurocompatible ? », *op. cit.*, p. 2263.

³⁶⁰ Cet aspect est abordé au point 156 de ce mémoire.

sexuels, s'ils étaient protégés, ou encore du caractère occasionnel ou habituel du partenaire, cela revient à appliquer un traitement identique à tous les HSH, lequel étant discriminatoire à leur égard³⁶¹.

135. Comme l'a soutenu Alina TRYFONIDOU, admettre la possibilité d'une telle exclusion perpétue le préjugé selon lequel tous les hommes homosexuels et bisexuels seraient enclins à avoir des relations non protégées avec des partenaires occasionnels, préjugé qui, de surcroît, est peu compatible avec l'ouverture du mariage aux couples de même sexe^{362_363}.

136. Il est évidemment légitime que certains s'interrogent sur la fiabilité des informations fournies par les candidats-donneurs, lesquelles peuvent parfois être erronées³⁶⁴. Cependant, comme le souligne E. DUBOUT, « *qu'est-ce qui permet de présumer qu'un HSH délivrerait une information moins fiable qu'une autre personne ?* »³⁶⁵, et il ajoute d'ailleurs qu'en supposant que le dispositif de contrôle repose sur une information préalable volontairement fournie par le donneur, il n'est alors plus nécessaire de stigmatiser l'ensemble du groupe des HSH, mais seulement les individus reconnaissant avoir eu des « *pratiques à risque* »³⁶⁶. Afin de garantir une fiabilité maximale des réponses fournies par les candidats-donneurs, il importe de prendre en compte la compliance des potentiels donneurs comme un facteur essentiel³⁶⁷.

137. Malgré qu'une partie de la société actuelle pense que les couples homosexuels masculins seraient plus ouverts au « *libertinage* » que les couples hétérosexuels, cela ne justifie pas le maintien d'une telle exclusion des HSH. Au contraire, cela vient renforcer le fait que les couples homosexuels sont plus à même de savoir si leur relation n'est pas stable et monogame et, le cas échéant, d'en faire part dans les réponses du questionnaire, par opposition aux couples

³⁶¹ Y. PELOSI, « L'exclusion permanente de tout homme hétérosexuel ou bisexuel du don de sang à l'épreuve du droit de l'Union européenne », *op. cit.*, pp. 10, 13-14.

³⁶² A. TRYFONIDOU, *Block exclusion on blood donation by gay and bisexual men : a disappointing CJEU ruling*, 30 avril 2015, disponible sur <http://eulawanalysis.blogspot.com/2015/04/block-exclusion-on-blood-donation-by.html> (consulté le 14 juillet 2024). Voy. également pour des analyses critiques : E. DUBOUT, « Nosophobie ou homophobie ? La Cour de justice de l'Union européenne se dérobe face à l'interdiction du don de sang homosexuel en France », *op. cit.* et D. SIMON, « Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle », *Europe*, n° 6, juin 2015, comm. 213.

³⁶³ Y. PELOSI, « L'exclusion permanente de tout homme hétérosexuel ou bisexuel du don de sang à l'épreuve du droit de l'Union européenne », *op. cit.*, pp. 6-7.

³⁶⁴ Par exemple, en cas d'infidélité non connue du partenaire habituel.

³⁶⁵ E. DUBOUT, « Nosophobie ou homophobie ? La Cour de justice de l'Union européenne se dérobe face à l'interdiction du don de sang homosexuel en France », *op. cit.*, p. 737.

³⁶⁶ *Ibidem*.

³⁶⁷ Cf. points 154 et s. de ce mémoire.

hétérosexuels qui préfèrent généralement maintenir une image plus « *conventionnelle* » du couple et cacher une quelconque infidélité³⁶⁸. Dans l'hypothèse d'un partenariat mutuellement monogame et sexuellement exclusif, les comportements sexuels à risque ne devraient d'ailleurs pas être présumés, quel que soit le sexe des personnes concernées³⁶⁹. Dans son avis du 28 mars 2015³⁷⁰, le CCNE relève également ce paradoxe : on fait confiance au candidat masculin pour déclarer s'il a eu des relations sexuelles avec un autre homme, tout en ne lui accordant aucune crédibilité quant à la récence de ses comportements sexuels à risque³⁷¹.

138. Dans l'affaire Léger³⁷², la Cour a invité le juge national à vérifier si d'autres mesures auraient pu suffire afin d'atteindre l'objectif - préserver la santé humaine - notamment en mettant en place des questionnaires plus qualitatifs, destinés à s'assurer de l'absence de comportements à risque chez le donneur³⁷³. Cette méthode, fondée sur le comportement réel du donneur, aurait permis de passer d'une logique abstraite et catégorielle à une approche bien plus concrète et individuelle³⁷⁴. De cette manière, l'intégrité des receveurs aurait été assurée sans compromettre l'égalité entre les donneurs, aboutissant à un équilibre plus proportionné des intérêts en présence³⁷⁵.

139. Enfin, la législation belge autorisant le changement de sexe sur la carte d'identité souligne l'urgence de réviser le questionnaire pré-don et la législation y afférente. La loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité³⁷⁶ a permis de modifier le sexe mentionné sur l'acte de naissance via une déclaration d'avoir « *la conviction intime, constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé* » devant l'officier de l'état civil. Cette déclaration devait être accompagnée d'une attestation d'un chirurgien et d'un psychiatre certifiant l'opération de réassignation sexuelle

³⁶⁸ X., « L'infidélité diffère que l'on soit un homme ou une femme », *RTBF*, 6 juin 2017, disponible sur <https://www.rtb.be/article/l-infidelite-differe-que-l-on-soit-un-homme-ou-une-femme-9626036> (consulté le 11 août 2024) ; I. DUCLERT, « Statistiques sur l'infidélité : chiffres et tendances à connaître en 2024 », *Carnet Psy*, 25 février 2024, disponible sur <https://www.carnetpsy.com/relations-amoureuses/statistiques-sur-linfidelite-chiffres-et-tendances-a-connaître-en-2024/26239/> (consulté le 12 août 2024).

³⁶⁹ Avis du Conseil Supérieur de la Santé n° 9665 & 9666, « Comportements sexuels à risque et don de sang par les HSH – Mise à jour » *op. cit.*, p. 24.

³⁷⁰ Avis du CCNE n° 123 du 28 mars 2015 précité.

³⁷¹ L. LEBLOND, « L'impératif de sécurité sanitaire comme justificatif d'une discrimination (L'exclusion des hommes homosexuels du don de sang) », *op. cit.*, p. 4.

³⁷² Arrêt Léger précité.

³⁷³ Arrêt précité, point 66.

³⁷⁴ E. DUBOUT, « Nosophobie ou homophobie ? La Cour de justice de l'Union européenne se dérobe face à l'interdiction du don de sang homosexuel en France », *op. cit.*, p. 737.

³⁷⁵ *Ibidem*.

³⁷⁶ Loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité, *M.B.*, 11 juillet 2007.

ainsi qu'une infertilité irréversible³⁷⁷. En réponse aux vives critiques de cette loi, une réforme législative a été introduite avec la loi du 25 juin 2017³⁷⁸ connue sous le nom de « loi transgenre ». Cette réforme marque un changement de paradigme en plaçant l'autodétermination de l'individu au cœur de la législation, éliminant les exigences médicales, - d'ailleurs perçues comme « *pathologisantes* » - retenues par la loi du 10 mai 2007. Dorénavant, la modification du sexe à l'état civil peut se faire sur base de la conviction intime de l'individu, indépendamment de tout diagnostic ou traitement médical³⁷⁹.

Cette évolution législative, qui privilégie l'identité de genre vécue par la personne concernée, plutôt que la volonté de faire correspondre le sexe juridique au sexe biologique³⁸⁰ souligne la nécessité de réviser les critères d'exclusion au don de sang qui touchent les HSH. Récemment, l'adoption de l'article 135/1 de l'ancien Code civil³⁸¹ par la loi du 20 juillet 2023³⁸² a encore renforcé cet appel à la révision, en supprimant le principe de l'irrévocabilité du changement de sexe.

Le législateur a ainsi, pour la première fois en 2017, reconnu une identité de genre indépendante des caractéristiques biologiques. Cette possibilité de changement de sexe sans modification des organes génitaux rend la contre-indication envers les HSH discriminatoire en ce que l'exclusion perd de vue la possibilité qu'un individu se considérant comme une femme ait des rapports sexuels comme pourrait l'avoir un homme au sens biologique du terme.

140. Il est clair que les études scientifiques démontrent que la prévalence du VIH est plus élevée chez les hommes homosexuels et est souvent liée à la pratique des rapports anaux³⁸³. Par

³⁷⁷ S. CAP, « La loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité », *Rev. Trim. Dr. fam.*, 2009, pp. 75-76 ; E. SEVERIN, *Le genre en droit belge, quelle réforme législative pour inclure la non-binarité ? Analyse comparative des solutions retenues en droit étranger*, Mémoire, Promoteur : P. WAUTELET, Faculté de droit, ULiège, 2021-2022, p. 14.

³⁷⁸ Loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe juridique dans les actes de l'état civil et ses effets, *M.B.*, 10 juillet 2017.

³⁷⁹ E. SEVERIN, *Le genre en droit belge, quelle réforme législative pour inclure la non-binarité ? Analyse comparative des solutions retenues en droit étranger*, *op. cit.*, p. 15.

³⁸⁰ *Ibidem*.

³⁸¹ Ancien Code civil, *M.B.*, 3 septembre 1807, p. 99999.

³⁸² Loi du 20 juillet 2023 modifiant des dispositions diverses concernant la modification de l'enregistrement du sexe, *M.B.*, 21 septembre 2023, p. 78545. Cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2023.

³⁸³ Le principal mode de transmission du VIH au sein des contacts sexuels est via le rapport anal, notamment par la présence de liquide rectal qui peut contenir une forte concentration de VIH. Pour de plus amples explications, voy. not. X., « Relations sexuelles anales, liquide rectal et transmission du VIH : Allons au fond de la question », *CATIE*, 4 juillet 2014, disponible sur <https://www.catie.ca/fr/prevention-in-focus/relationsexuelles-anales-liquide-rectal-et-transmission-du-vih-allons-au-fond> (consulté le 11 août 2024)

conséquent, c'est ce type de contact sexuel qui devrait être le critère d'exclusion, et non l'orientation sexuelle. En effet, il est tout à fait possible qu'un homme homosexuel ait des relations sexuelles sans pratiquer de rapports anaux, de même qu'une personne ayant changé de sexe sur carte d'identité et se considérant comme une femme, peut avoir des rapports anaux tout en ayant conservé ses organes génitaux masculins.

141. Cette possibilité de changement de sexe à l'état civil, sans principe d'irrévocabilité depuis le 1^{er} octobre 2023, soutient le caractère décevant de la décision de la Cour constitutionnelle en 2019³⁸⁴ et le fait que la législation relative aux contre-indications au don de sang doit être impérativement revue afin d'éliminer la discrimination flagrante envers les HSH.

142. Compte tenu de ce développement, les questions relatives aux pratiques sexuelles des candidat-donneurs pourraient être formulées comme suit :

- Avez-vous eu un rapport anal au cours des quatre derniers mois ?
 - Si oui, avez-vous utilisé un préservatif durant chacun de vos rapports sexuels ?
 - Si oui, avez-vous vérifié après chaque rapport sexuel que le préservatif n'était pas endommagé ?
- Avez-vous eu plusieurs partenaires au cours des quatre derniers mois ?
- Si vous n'avez actuellement qu'un seul partenaire, depuis combien de temps le considérez vous comme votre partenaire ?
- Votre partenaire a-t-il déjà eu d'autres partenaires en même temps que vous ? Si vous avez des doutes, veuillez répondre par oui.
 - Si oui, il y a combien de temps ?

143. L'accent étant mis sur le type de contact sexuel, et plus particulièrement sur les rapports anaux³⁸⁵, ces questions ne distinguent plus les hommes et les femmes. Comme proposé précédemment, un glossaire devrait également être annexé au questionnaire afin de maximiser la fiabilité des réponses.

³⁸⁴ C. const., 26 septembre 2019, n° 122/2019, *M.B.*, 2019, p. 104626, point 61.

³⁸⁵ Cf. point 140 de ce mémoire.

144. Dans les questions proposées, la durée de quatre mois a été, par choix, conservée pour la raison suivante : si la durée reste la même, peu importe quel est le comportement sexuel à risque³⁸⁶, et que les questions posées visent à exclure les donneurs uniquement sur la base du type de contact sexuel, dans ce cas, il n'y a pas lieu à discrimination avec une durée de quatre mois. En revanche, si la durée était encore de douze mois, comme auparavant, la question aurait pu se poser, dans le sens où, indirectement, cela équivaldrait presque à une exclusion définitive vu la durée excessivement longue. Dans une telle hypothèse, il aurait fallu revoir le test de proportionnalité et se demander si ce n'était pas disproportionné eu égard à l'objectif poursuivi par le législateur, mais ce n'est *a priori* pas le cas avec une durée de quatre mois³⁸⁷.

145. Dès lors, les autorités en charge de prélever du sang sont incitées à mettre au point des questionnaires pré-don plus détaillés que ceux existants³⁸⁸. Certains auteurs relèvent que l'on transiterait d'un risque de discrimination en raison de l'orientation sexuelle vers celui d'une violation catégorique de la vie privée, justifiée par l'orientation sexuelle. Toutefois, cette question dépasse le cadre de ce mémoire.

- Durée d'exclusion

146. Alors que certains pays ont supprimé toute exclusion au don de sang des HSH, la Belgique maintient encore une période d'exclusion de quatre mois après le dernier rapport sexuel entre hommes.

147. Le législateur se base notamment sur le principe de précaution, compte tenu de la fenêtre silencieuse qui suit une infection virale, pendant laquelle les marqueurs biologiques utilisés par les techniques actuelles de dépistage restent négatifs malgré l'infection du sujet. Dorénavant, cette fenêtre silencieuse qui s'étendait en moyenne entre 22 et 45 jours avec les tests sérologiques ELISA, peut-être réduite jusqu'à 9 jours grâce au diagnostic génomique viral³⁸⁹.

³⁸⁶ Que l'acte sexuel ait été pratiqué avec un homme ou une femme, que ce soit parce que le donneur pratique le multi partenariat ou autre.

³⁸⁷ La question relative à la durée d'exclusion est tout de même reprise par après, au point 149 de ce mémoire.

³⁸⁸ Cf. annexe B.

³⁸⁹ Avis du CCNE n° 123 en date du 31 mars 2015 précité, p. 2.

Quoi qu'il en soit, que les tests de dépistage soient effectués avec les tests sérologiques ELISA ou avec le DGV, la durée de quatre mois d'exclusion est nettement supérieure à la fenêtre silencieuse qui ne dépasse pas 45 jours.

148. Par ailleurs, il existe une période dite « *éclipse* » que l'avis du CSS ne mentionne pas. Il s'agit des tous premiers jours suivant une infection par le VIH, lorsque le virus commence à se dupliquer dans le sang. Il est à noter que la quantité de virus doit atteindre un certain seuil pour devenir à son tour infectieux, ce qui prend dix jours en moyenne. Au cours de ces quinze dernières années, il a été constaté que tant que ce seuil n'est pas atteint, l'infection ne se développera pas non plus suite à une transfusion sanguine, cette période éclipse correspondant presque à la période fenêtre³⁹⁰.

En conséquence, soit un don de sang infecté est dépisté, auquel cas il est écarté, soit l'infection est tellement récente qu'il n'y a pas de risque de transmission³⁹¹.

149. À notre sens, la durée de quatre mois pourrait encore être réduite mais, comme cité ci-avant, une telle durée ne paraît pas excessivement longue au point d'être considérée comme disproportionnée, à condition que la durée de quatre mois s'applique à toute personne ayant eu un comportement sexuel à risque, sans distinction selon l'orientation sexuelle.

- Dépistage systématique

150. Le CSS a observé que les résultats obtenus peuvent être remarquables quand les autorités instaurent le dépistage génomique individuel (ID-NAT). D'ailleurs, quatre experts étaient favorables à la levée du critère d'exclusion des HSH, sous réserve de conditions supplémentaires, dont l'adoption du dépistage ID-NAT par l'ensemble des établissements de transfusion sanguine belges. En outre, il convient de rappeler que la mise en œuvre d'un tel dépistage doit aussi être évaluée d'un point de vue économique³⁹², en raison du prix relativement élevé de ces tests et appareils, malgré le bénéfice apporté par ceux-ci qui est une réduction de près de 37% sur la fenêtre silencieuse du VIH³⁹³.

³⁹⁰ X., « Et si le sang des HSH n'était plus dangereux ? », *Prisme*, 23 janvier 2017, *op. cit.*

³⁹¹ *Ibidem*.

³⁹² Arrêt Léger précité, point 64. Cf. point 153 de ce mémoire.

³⁹³ Avis du Conseil Supérieur de la Santé n° 9665 & 9666, « Comportements sexuels à risque et don de sang par les HSH – Mise à jour » *op. cit.*, p. 33. ; Proposition de loi modifiant la loi du 5 juillet 1994 relative au sang et aux

- Mesures positives afin de diminuer la prévalence

151. Il semble crucial de sensibiliser aux risques associés à la transmission du VIH et, surtout, de promouvoir les méthodes de prévention, notamment l'utilisation du préservatif lors des relations sexuelles. Depuis plus de trente ans, les autorités et professionnels de la santé insistent auprès des hommes homosexuels, et des individus de manière générale, sur l'importance du préservatif afin de se protéger contre le VIH, faisant de ce moyen de protection un élément central dans la prévention.

Cependant, en omettant de prendre en compte l'utilisation du préservatif dans les critères d'exclusion au don de sang, les autorités envoient un message contradictoire aux citoyens. D'une part, elles affirment que le préservatif est essentiel afin de ne pas contracter la maladie, mais d'autre part, elles maintiennent des restrictions au don de sang pour les HSH, même s'ils utilisent des préservatifs. Par une telle incohérence, les autorités compromettent la confiance des individus, ce qui peut entacher le facteur relatif à la compliance³⁹⁴ qui est pourtant essentiel afin de sauvegarder un niveau élevé de sécurité à l'égard des receveurs.

- Utilisation des dons de sang à des fins scientifiques

152. L'utilisation des dons de sang à des fins scientifiques est une autre piste qui avait été suggérée par le CSS. L'idée sous-jacente était d'utiliser les dons de sang considérés comme plus risqués, sur base des réponses données dans le questionnaire, à des fins scientifiques plutôt que de les intégrer dans la chaîne transfusionnelle³⁹⁵. Cependant, cette proposition n'a pas été retenue par le législateur belge.

dérivés du sang d'origine humaine en ce qui concerne les critères d'exclusion au don de sang, rapport fait au nom de la Commission de la santé et de l'égalité des chances par R. De Caluwé, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 55-2423/004, p. 6.

³⁹⁴ Cf. points 154 et s. de ce mémoire.

³⁹⁵ X., « Pourquoi Arc-en-Ciel Wallonie et la Maison Arc-en-Ciel de Liège ont demandé l'annulation de la loi sur le don de sang par les HSH ? », *Prisme*, 27 septembre 2019, disponible sur <https://www.federation-prisme.be/actualite/pourquoi-arc-en-ciel-wallonie-et-la-maison-arc-en-ciel-de-liege-ont-demande-lannulation-de-la-loi-sur-le-don-de-sang-par-les-hsh> (consulté le 6 avril 2023).

B. Le coût

153. Ces alternatives, proposées par les juridictions, des associations ou encore par des auteurs de doctrine n'ont cependant pas (encore) été adoptées en Belgique.

L'obstacle principal à leur adoption est le coût de leur mise en place. Il est vrai que la CJUE, dans l'affaire Léger, a rappelé « *que la charge qui en résulte (ne doit pas être) démesurée par rapport aux objectifs de protection de la santé visés* »³⁹⁶. Toutefois, quand un choix doit s'opérer entre une charge potentiellement démesurée et la discrimination d'un groupe entier d'individus, le législateur aurait pu veiller à adopter une réglementation plus cohérente.

Les principaux coûts identifiés incluent ceux liés aux entretiens pré-don, de par la formation du personnel et le temps, et aux tests sérologiques. L'adoption d'une telle mesure, qui combinerait un entretien pré-don et un test ID-NAT, bien que plus coûteuse, aurait pourtant été compensée par un niveau très élevé de protection de la santé des receveurs³⁹⁷ et un traitement bien plus équitable des donneurs³⁹⁸.

C. Compliance des donneurs

154. Une sensibilisation adéquate des donneurs s'avère essentielle pour favoriser leur compliance.

- Sensibilisation des donneurs sur l'importance des questions relatives à leurs relations sexuelles

155. Concernant l'observance des règles relatives au don de sang par les HSH, il existe une proportion faible mais non négligeable de donneurs non compliant³⁹⁹. Bien que certains donneurs mentent en répondant au questionnaire, il serait erroné de prétendre que seuls les HSH le font ; chaque individu, homme ou femme, étant susceptible de mentir.

³⁹⁶ Arrêt Léger précité, point 64.

³⁹⁷ Avis du Conseil Supérieur de la Santé n° 9665 & 9666, « Comportements sexuels à risque et don de sang par les HSH – Mise à jour » *op. cit.*, p. 33.

³⁹⁸ C. VIAL « Cour de justice, 4^e ch. 29 avril 2015, Léger, aff. C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288 », *op. cit.*, pp. 88-89 ; P. BELLEMANS et S. BEN MESSAOUD, « Vers un don de sang sans discrimination ? », *op. cit.* pp. 24-25.

³⁹⁹ Cf. références mentionnées dans l'avis du Conseil Supérieur de la Santé n° 9665 & 9666, « Comportements sexuels à risque et don de sang par les HSH – Mise à jour » *op. cit.*, p. 15.

Améliorer les informations communiquées aux donneurs potentiels leur permettrait de mieux identifier les comportements sexuels considérés comme à risque dans le cadre du don de sang. Cela favoriserait également la compréhension des raisons pour lesquelles ces comportements doivent être exclus de la chaîne transfusionnelle. En effet, si les mesures étaient mieux comprises, elles paraîtraient probablement moins discriminatoires⁴⁰⁰ et seraient moins souvent enfreintes. Il n'est pas improbable que certains mensonges des donneurs surviennent parce qu'ils ne perçoivent pas la relation entre leur orientation sexuelle et la sécurité des receveurs. En conséquence, mieux informer et responsabiliser les donneurs potentiels augmenterait le niveau de protection des receveurs, il est donc crucial de sensibiliser ces donneurs aux raisons des questions intimes, notamment en expliquant le mode de transmission du VIH qui se fait de manière prépondérante par les rapports anaux, la fenêtre silencieuse, la prévalence et l'incidence.

- Sensibilisation des donneurs sur la prise d'antiviraux

156. Comme évoqué précédemment, il est essentiel de préciser dans le glossaire attaché au questionnaire ce qu'on entend par « *traitement PrEP/TPE* ». Pour garantir la fiabilité des questionnaires et assurer au mieux la sécurité des receveurs, il est fondamental de sensibiliser les donneurs aux risques qu'entraînent la prise d'antiviraux prophylactiques ou thérapeutiques sur la santé des receveurs. En effet, les risques découlent du fait que ces traitements peuvent rendre les tests de dépistage inefficaces dans le cadre de la transfusion sanguine et potentiellement contaminer un receveur par le VIH. Dès lors, la question relative à la prise d'antiviraux ainsi que l'explication des risques associés, doivent être formulées de manière directe et explicite.

* *

*

⁴⁰⁰ Évidemment, il est également nécessaire de modifier le critère d'exclusion en lui-même afin qu'il ne touche plus l'orientation sexuelle mais bien le type de contact sexuel.

CONCLUSION

À travers l'étude des législations et jurisprudences pertinentes, ce sont révélées les tensions entre la nécessité de protéger la santé publique et l'impératif de respecter les droits fondamentaux des individus, notamment le droit à l'égalité et à la non-discrimination.

Les arrêts Léger de la CJUE et n°122/2019 de la Cour constitutionnelle belge témoignent l'ampleur de la réflexion juridique que suscite le critère d'exclusion des HSH. Ces décisions, bien que distinctes, illustrent la difficulté pour le législateur et le juge de concilier la protection de la santé publique, tout en luttant contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. Cependant, force est de constater que dans ces décisions, le test de proportionnalité n'y a pas été effectué avec le sérieux qu'il mérite. En effet, les alternatives concrètes permettant d'assurer la sécurité des transfusions sanguines n'ont pas été suffisamment explorées.

Des études démontrent clairement que la prévalence du VIH est plus élevée chez les personnes incluant la pénétration anale dans leurs rapports sexuels, une pratique certes plus courante chez les HSH, mais cela ne saurait justifier qu'il soit nécessaire d'exclure systématiquement ces individus du don de sang en raison de leur seule appartenance à un groupe. Une telle catégorisation, trop large et sans nuances, conduit à des exclusions qui, dans certains cas, peuvent s'avérer injustifiées et discriminatoires.

Par conséquent, il apparaît nécessaire que les exclusions au don de sang se fondent non pas sur l'appartenance à un groupe d'individus, mais sur une évaluation plus précise du type de comportement sexuel. Les exclusions devraient concerner uniquement les comportements sexuels à risque, évalués après un examen individuel rigoureux, tenant compte notamment de la pratique des rapports anaux, du port du préservatif, si c'était dans le cadre d'une relation stable et monogame ou non, *etc.* Une telle approche permettrait de respecter le principe de proportionnalité, et donc de ne pas discriminer les donneurs, tout en garantissant la sécurité des receveurs de sang.

Dès lors, il convient de se demander si la Belgique est disposée à approfondir la révision des critères d'exclusion, en s'inspirant des nations ayant déjà supprimé toute forme d'exclusion spécifique à l'égard des HSH. Il semble aujourd'hui nécessaire de poursuivre les réflexions et

d'engager un dialogue inclusif entre les autorités sanitaires, le législateur et les représentants des différents groupes concernés, afin de trouver un juste équilibre entre la protection de la santé publique et le respect du principe de non-discrimination.

En conclusion, ce mémoire a permis de mettre en lumière les implications juridiques face aux enjeux éthiques et sociaux liés à l'exclusion des HSH du don de sang. Si la protection de la santé publique demeure un objectif légitime, il convient de s'interroger sur les moyens les plus appropriés pour l'atteindre, sans pour autant perpétuer des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. La société actuelle se voulant de plus en plus inclusive, il appartient aux législateurs - et aux juges - de faire preuve de créativité et d'audace afin de proposer des solutions juridiques innovantes et respectueuses de tous.

* *

*

ANNEXES

Annexe A

30.3.2004

FR

Journal officiel de l'Union européenne

L 91/31

ANNEXE III

CRITÈRES D'ADMISSIBILITÉ POUR LES DONNEURS DE SANG TOTAL OU DE COMPOSANTS SANGUINS

(visés à l'article 4)

1. CRITÈRES D'ACCEPTATION DES DONNEURS DE SANG TOTAL OU DE COMPOSANTS SANGUINS

Dans certains cas exceptionnels, des dons individuels provenant de personnes ne correspondant pas aux critères ci-dessous peuvent être acceptés par un professionnel de la santé responsable au sein de l'établissement de transfusion sanguine. Tous ces cas doivent être clairement documentés et être soumis aux dispositions de contrôle de qualité prévues aux articles 11, 12 et 13 de la directive 2002/98/CE.

Les critères ci-dessous ne s'appliquent pas aux prélèvements autologues.

1.1. Âge et poids des donneurs

Âge	de 18 à 65 ans	
	de 17 à 18 ans	— sauf si considéré juridiquement comme mineur, ou moyennant le consentement écrit d'un parent ou d'un tuteur légal selon les termes de la loi
	Premier don après 60 ans	— à la discrétion du médecin de l'établissement de transfusion sanguine
	Plus de 65 ans	— moyennant l'autorisation du médecin de l'établissement de transfusion sanguine, renouvelée chaque année
Poids	≥ 50 kg pour les donneurs de sang total ou de composants sanguins par aphérèse	

1.2. Taux d'hémoglobine du sang du donneur

Hémoglobine	pour les femmes ≥ 125 g/l	pour les hommes ≥ 135 g/l	pour les donneurs homologues de sang total et de composants cellulaires
-------------	------------------------------	------------------------------	---

1.3. Taux de protéines du sang du donneur

Protéines	≥ 60 g/l	Le dosage des protéines doit être effectué au moins une fois par an pour les dons de plasma par aphérèse
-----------	----------	--

1.4. Taux de plaquettes du sang du donneur

Plaquettes	Nombre de plaquettes supérieur ou égal à 150 x 10 ⁹ /l	Nombre requis, pour les donneurs de plaquettes d'aphérèse
------------	---	---

2. CRITÈRES D'EXCLUSION DES DONNEURS DE SANG TOTAL ET DE COMPOSANTS SANGUINS

Lorsque le sang est exclusivement utilisé pour le plasma destiné au fractionnement, les tests et périodes d'exclusion indiqués par un astérisque () ne sont pas applicables.*

2.1. Critères d'exclusion permanente pour les candidats à des dons homologues

Maladies cardio-vasculaires	Candidats au don ayant une maladie cardio-vasculaire grave ou présentant des antécédents à cet égard, sauf les cas d'anomalies congénitales avec guérison complète
Maladies du système nerveux central	Antécédents d'une maladie grave du système nerveux central
Tendance anormale aux hémorragies	Candidats au don présentant des antécédents d'une coagulopathie

Épisodes répétés de syncope, ou antécédents de convulsions	Autres que les convulsions infantiles ou après que trois ans au minimum sans convulsions se sont écoulés depuis la date de la dernière prise de médicaments antiépileptiques
Maladies des systèmes gastro-intestinal, génito-urinaire, hématologique, immunologique, métabolique, rénal ou respiratoire	Candidats au don présentant une maladie grave active, chronique ou à rechute
Diabète	Si le sujet est traité à l'insuline
Maladies infectieuses	Hépatite B, à l'exception des personnes AgHBs négatives dont l'immunité est démontrée Hépatite C VIH 1/2 HTLV I/II Babésiose(*) Kala-azar (leishmaniose viscérale)(*) Trypanosomiase américaine (maladie de Chagas)
Maladies malignes	À l'exception d'un cancer <i>in situ</i> avec guérison complète
Encéphalopathies spongiformes transmissibles (EST), par exemple maladie de Creutzfeldt-Jakob, variante de la maladie de Creutzfeldt-Jakob	Sujets ayant des antécédents familiaux qui les exposent au risque de développer une EST, ou sujets qui ont reçu des greffons de dure-mère ou de cornée ou qui ont été traités par le passé avec des extraits de glandes hypophysaires d'origine humaine. En ce qui concerne la variante de la maladie de Creutzfeldt-Jakob, des mesures de précaution supplémentaires peuvent être recommandées
Consommation de drogue par voie intraveineuse (IV) ou intramusculaire (IM)	Tout antécédent de consommation de drogue par voie IV ou IM sans prescription, y compris des hormones ou des stéroïdes anabolisants
Receveurs d'une xénogreffe	
Comportement sexuel	Sujets dont le comportement sexuel les expose au risque de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang

2.2. Critères d'exclusion temporaire pour les candidats à des dons homologues

2.2.1. Infections

Durée de la période d'exclusion

Après une maladie infectieuse, les candidats au don seront exclus pour une durée de deux semaines au minimum après constatation clinique de la guérison complète.

Cependant, les périodes d'exclusion suivantes s'appliquent aux infections figurant dans le tableau ci-dessous:

Brucellose(*)	2 ans après la date de la guérison complète
Ostéomyélite	2 ans après que la personne a été déclarée guérie
Fièvre Q(*)	2 ans après la date à laquelle la personne a été déclarée guérie
Syphilis(*)	1 an après la date à laquelle la personne a été déclarée guérie
Toxoplasmose(*)	6 mois après la date de la guérison complète
Tuberculose	2 ans après la date à laquelle la personne a été déclarée guérie

Rhumatisme articulaire aigu	2 ans après la date de disparition des symptômes, en l'absence de preuve de maladie cardiaque chronique
Fièvre supérieure à 38 °C	2 semaines après la date de disparition des symptômes
Maladies de type grippal	2 semaines après disparition des symptômes
Paludisme(*)	
— Personnes qui ont vécu dans des régions à paludisme endémique pendant leurs cinq premières années	3 ans après la fin du dernier séjour dans une région endémique, pour autant que le sujet ne présente pas de symptômes; cette période peut être réduite à 4 mois si, lors de chaque don, un test immunologique ou génomique moléculaire est négatif
— Personnes ayant des antécédents de paludisme	3 ans après la fin du traitement et en l'absence de symptômes. Passé cette période, les dons sont acceptés uniquement si un test immunologique ou génomique moléculaire est négatif
— Visiteurs asymptomatiques dans les régions endémiques	6 mois après avoir quitté la région endémique, ou moins si un test immunologique ou génomique moléculaire est négatif
— Personnes ayant des antécédents de maladie fébrile non diagnostiquée pendant un séjour dans une région endémique ou dans les six mois suivants	3 ans après la disparition des symptômes; cette période peut être réduite à 4 mois si un test immunologique ou génomique moléculaire est négatif
Virus du Nil occidental (VNO)(*)	28 jours après avoir quitté une région présentant des cas actuels de transmission du VNO à l'homme

2.2.2. Exposition au risque d'infection transmissible par transfusion

— examen endoscopique au moyen d'instruments souples — projection de sang sur une muqueuse ou piqure avec une aiguille — transfusion de composants sanguins — greffe de tissus ou de cellules d'origine humaine — opération chirurgicale importante — tatouage ou «body piercing» — acupuncture (si elle n'a pas été pratiquée par un praticien qualifié et au moyen d'aiguilles stériles à usage unique) — personnes à risque en raison de contacts intimes avec une personne présentant une hépatite B	Exclusion pour 6 mois, ou pour 4 mois ou moins si le test NAT pour l'hépatite C est négatif.
Individus dont le comportement sexuel ou l'activité professionnelle les expose au risque de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang	Exclusion après la fin du comportement à risque pendant une période dont la durée dépend de la maladie en question et de la disponibilité de tests adéquats

III. DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL ET VIE PRIVÉE

Lors du processus du don, il vous est demandé de répondre à plusieurs questions relatives à votre santé, votre mode de vie et vos voyages. Ces questions permettent d'évaluer si vous pouvez donner votre sang en toute sécurité pour vous et pour les malades qui recevront les produits issus de votre don.

Par ailleurs, d'autres données à caractère personnel (adresse, e-mail, numéro de téléphone) sont également recueillies et enregistrées à des fins administratives pour pouvoir vous inviter aux prochaines collectes, vous communiquer d'éventuels résultats d'examens biologiques, vous avertir d'événements organisés dans le cadre de la promotion du don de sang, ou vous transmettre des informations relatives aux dons. Ces données personnelles demeurent confidentielles et ne peuvent être utilisées pour d'autres raisons. De plus, les données médicales vous concernant sont couvertes par le secret médical.

Conformément à la loi belge, les questionnaires médicaux que vous complétez avant vos dons sont conservés pendant 15 ans. Les données permettant une identification du don de sang et des produits issus de votre don en vue d'une traçabilité complète sont conservées pendant une durée de 30 ans minimum et de 40 ans maximum.

Le responsable du traitement des données est le Service du Sang de la Croix-Rouge de Belgique (Rue du Fond du Maréchal 8 - 5020 Suarée).

Conformément au Règlement Général Européen sur la Protection des Données, vous pouvez à tout moment avoir accès à vos données, en demander la rectification ainsi que la communication à une personne autorisée (portabilité). Toute demande relative aux données enregistrées vous concernant peut être faite en complétant le formulaire prévu à cet effet via l'adresse <https://www.croix-rouge.be> à la rubrique "Vie Privée".

III. CONSENTEMENT ÉCLAIRÉ

Lors de chaque don, il vous est demandé, après avoir complété le questionnaire médical confidentiel, de signer ce consentement éclairé.

Ceci signifie qu'avant obtenu toutes les informations relatives au don (déroulement du don, analyses réalisées, bénéfices et risques pour les malades qui recevront les produits issus de votre don, risques pour le donneur, traitement des données personnelles...) ainsi que les réponses aux questions que vous avez posées :

Vous marquez formellement votre accord pour la poursuite du processus du don en répondant aux questions ci-dessous et en signant ;

Your confidential
information is

· Vous confirmez que les renseignements que vous avez fournis sont conformes à la réalité;

Vous accentuez ou non qu'il y a ou plusieurs composants ou échantillons issus de votre don soit vous commitez que les renseignements que vous avez fournis sont conformes à la réalité;

vous acceptez ou non qu'un ou plusieurs composants ou échantillons issus de votre don soient éventuellement utilisés pour la recherche médicale ou scientifique si ces derniers ne peuvent pas être administrés à un ou des malades (par exemple, les plaquettes en cas de prise d'aspirine). Aucun produit issu de votre don n'est utilisé pour la recherche s'il peut être utile pour des patientes.

Vous avez la possibilité de renoncer au don avant le début de celui-ci et la possibilité d'interrompre votre don à tout moment sans gêne ni embarras.

J'autorise le Service du Sang à prélever et à analyser mon sang, et qu'il soit administré à un ou des malades.		☐ Oui
J'affirme que les renseignements que je fournis sont, à ma connaissance, exacts et complets.		☐ Oui
J'accepte que, dans certains cas, un ou plusieurs composants ou échantillons de mon don, ne pouvant pas être administrés à un ou des malades, puissent être utilisés pour la recherche médicale ou scientifique.		☐ Oui ☐ Non

Signature donneur-euse	Signature examinateur-ice
Date ____ / ____ / 20 ____	Date ____ / ____ / 20 ____
N° de prélèvement	

QUE VOUS PUISSIEZ OU NON FAIRE UN DON, MERCI D'AVOIR FAIT CETTE DÉMARCHÉ

DA QUESMEN E M

QUESTIONNAIRE MÉDICAL CONFIDENTIEL ET CONSENTEMENT ÉCLAIRÉ

Service du Sang



PERA OUESMED E M

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATION

LÉGISLATION EUROPÉENNE

- Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, p. 5028, art. 8 et 14.
- Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne, *J.O.U.E.*, 30 mars 2010, C 83, p. 396, art. 20, 21, 35 et 52. Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne (version consolidée), *J.O.U.E.*, 26 octobre 2012, C 326, art. 168.
- Directive 2001/83/CE, *J.O.U.E.*, 8 février 2003, L 33, p. 30.
- Directive 2002/98/CE du Parlement européen et du Conseil en date du 27 janvier 2003 établissant des normes de qualité et de sécurité pour la collecte, le contrôle, la transformation, la conservation et la distribution du sang humain, et des composants sanguins, et modifiant la directive 2001/83/CE, *J.O.U.E.*, 8 février 2003, L 33, p. 30.
- Directive 2004/33/CE de la Commission du 22 mars 2004 portant application de la directive 2002/98/CE du Parlement européen et du Conseil concernant certaines exigences techniques relatives au sang et aux composants sanguins, *J.O.U.E.*, 30 mars 2004, L 91, p. 25.

LÉGISLATION BELGE

NORMES À VALEUR LÉGISLATIVE

- Constitution coordonnée, *M.B.*, 17 février 1994, p. 4054, art. 10, 11 et 23.
- Ancien Code civil, *M.B.*, 3 septembre 1807, p. 99999, art. 135/1.
- Loi du 5 juillet 1994 relative au sang et aux dérivés du sang d’origine humaine, *M.B.*, 8 octobre 1994, p. 2562.
- Loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d’une modification de l’enregistrement du sexe juridique dans les actes de l’état civil et ses effets, *M.B.*, 10 juillet 2017.

- Loi du 11 août 2017 portant des dispositions diverses en matière de santé, *M.B.*, 28 août 2017, p. 81281.
- Loi du 7 juillet 2022 modifiant la loi du 5 juillet 1994 relative au sang et aux dérivés du sang d'origine humaine en ce qui concerne les critères d'exclusion au don de sang, *M.B.*, 13 octobre 2022, p. 72945.
- Loi du 20 juillet 2023 modifiant des dispositions diverses concernant la modification de l'enregistrement du sexe, *M.B.*, 21 septembre 2023, p. 78545.

TRAVAUX PARLEMENTAIRES

- Projet de loi portant des dispositions diverses en matière de santé, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2599/001.
- Proposition de loi modifiant la loi du 5 juillet 1994 relative au sang et aux dérivés du sang d'origine humaine en ce qui concerne les critères d'exclusion au don de sang, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2021-2022, n° 55-2423/001.
- Proposition de loi modifiant la loi du 5 juillet 1994 relative au sang et aux dérivés du sang d'origine humaine en ce qui concerne les critères d'exclusion au don de sang, rapport fait au nom de la Commission de la santé et de l'égalité des chances par R. De Caluwé, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 55-2423/004.
- Projet de loi modifiant la loi du 5 juillet 1994 relative au sang et aux dérivés du sang d'origine humaine en ce qui concerne les critères d'exclusion au don de sang, texte adopté par la séance plénière et soumis à la sanction royale, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess.ord., 2021-2022, n° 55-2423/007.

LÉGISLATION FRANÇAISE

- Code de la santé publique, art. L.1211-6-1.
- Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique (1), *J.O.R.F.*, n°0178 du 3 août 2021.
- Arrêté ministériel du 12 janvier 2009 fixant les critères de sélection des donneurs de sang, *J.O.R.F.*, n° 0015 du 18 janvier 2009, texte 23 sur 50.
- Arrêté ministériel du 5 avril 2016 fixant les critères de sélection des donneurs de sang, *J.O.R.F.*, n° 0085 du 10 avril 2016, texte 8 sur 54.

- Circulaire du 20 juin 1983 relative à la prévention du SIDA par la transfusion sanguine, D.G.S./3B n°569, 20 juin 1983.

JURISPRUDENCE

JURISPRUDENCE EUROPÉENNE

- C.J.U.E., 27 mars 1990, arrêt Cricket St Thomas Estate, aff. C-372/88, EU:C:1990:140.
- C.J.C.E., 14 octobre 2004, arrêt Omega Spielhallen, aff. C-36/02, EU:C:2004:614, *J.C.P. G* 2004, II, 10199, note sous ZARK J.-C.
- C.J.C.E., 6 mars 2007, arrêt Placanica e.a., aff. C-338/04, C-359/04 et C-360/04, EU:C:2007:133.
- C.J.U.E., 26 juin 2007, arrêt Ordre des barreaux francophones et germanophones e.a., aff. C-305/05, EU:C:2007:383.
- C.J.U.E., 9 mars 2010, arrêts ERG e.a., aff. C-379/08 et C-380/08, EU:C:2010:127.
- C.J.U.E., 9 décembre 2010, arrêt Humanplasma, aff. C-241/09, EU:C:2010:760.
- C.J.U.E., 9 février 2012, arrêt Urbán, aff. C-210/10, EU:C:2012:64.
- C.J.U.E., 15 novembre 2012, arrêt SIA Kurcums Metal, aff. C-558/11, EU:C:2012:72.
- C.J.U.E., 6 décembre 2012, arrêt O. e.a., aff. C-356/11 et C-357/11, EU:C:2012:776.
- C.J.U.E., 26 septembre 2013, arrêt Texdata Software, aff. C-418/11, EU:C:2013:588.
- C.J.U.E., 10 juillet 2014, arrêt Lars Ivansson e.a., aff. C-307/13, EU:C:2014:2058.
- C.J.U.E., 29 avril 2015, arrêt Léger, aff. C-528/13, EU:C:2015:288.
- Conclusions de l'avocat général Mengozzi sous l'arrêt Léger, aff. C-528/13, EU:C:2014:2112.
- C.J.U.E., 3 décembre 2015, arrêt PP Nature Balance Lizenz GmbH, aff. C-82/15 P, EU:C:2015:796.
- Cour eur. D.H., GC, arrêt X. et autres c. Autriche du 19 février 2013, disponible sur <http://www.echr.coe.int> (date de dernière consultation : 10 avril 2024)

JURISPRUDENCE BELGE

- C. Const., 30 avril 2003, n° 51/2003, *M.B.*, 2003, p. 31833.
- C. Const., 26 septembre 2019, n° 122/2019, *M.B.*, 2019, p. 104626.

JURISPRUDENCE FRANÇAISE

- C.E. (1^{re} – 6^e ch. réunies), *Association Mousse et autres*, 28 décembre 2017, n° 400580.
- C.A.A. de Paris, 18 octobre 2012, n° 11PA02938.
- T.A. de Strasbourg, 1^{er} octobre 2013, n° 0903177.

DOCTRINE

MONOGRAPHIE

- BELANGER M., *Droit européen général de la santé*, 2^e ed., Paris, LEH Edition, 2019.
- BORILLO D., *Le droit des sexualités*, Paris, PUF, 2009.
- BROSSET E., *Droit européen et protection de la santé. Bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 4-55.
- DE BECHILLON D., *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997.
- DE GROVE-VALDEYRON N., *Droit européen de la santé*, 2^e éd., Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., 2018.
- GENICOT G., « Section 1 – Le sang » in *Droit médical et biomédical*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 859-875.
- HACHEZ I., « Titre II - La reconnaissance jurisprudentielle de l'obligation de standstill » in *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, 1^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 61-179.
- LEJEUNE Y., *Droit constitutionnel belge. Fondements et institutions*, 4^e éd. refondue, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 182-184.

- POPELIER P., *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2008, pp. 102-117.
- POPELIER P., *Het evenredigheidsbeginsel in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: tussen grondrechtenbescherming en scheiding der machten*, Limal, Anthemis, 2010, p. 184.
- ROSOUX G., *Contentieux constitutionnel*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 340 et s.

ARTICLES PÉRIODIQUES

- BELLEMANS P. et BEN MESSAOUD S., « Vers un don de sang sans discrimination ? », *Le journal du Médecin*, 23 février 2023, n° 2745, pp. 24-25.
- BELLEMANS P., BEN MESSAOUD S. et SLEGGERS P., « La proportionnalité en matière de protection de la santé, le combat d'Hermès et d'Esculape », *A.P.T.*, 2021, pp. 417-447.
- BORILLO D., « La lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle en droit européen et français », *Droit et cultures*, n°49, 2005/1, pp. 129-145.
- CAP S., « La loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité », *Rev. Trim. Dr.fam.*, 2009, pp. 75-76.
- DUBOUT E., « Nosophobie ou homophobie ? La Cour de justice de l'Union européenne se dérobe face à l'interdiction du don de sang homosexuel en France », *J.C.P.*, éd. gén., n° 25, pp. 737 et s.
- ESCACH-DUBOURG T., « La légalité de l'encadrement du don de sang des hommes homosexuels : une cohérence dans l'incohérence », note sous C.E., 28 décembre, M.C., *Association Mousse et autres*, n° 400580 et 414973, *A.J.D.A.*, 2018, pp. 1281-1286.
- LAFARQUE V., « Transfusion : une petite avancée pour les homosexuels ! », *B.J.S.*, 2019/639, p. 16.
- LAFARQUE V., « Don de sang : changement en vue pour les homosexuels », *B.J.S.*, 2022/696, p. 2.
- LARRALDE J.-M., « Le Conseil d'Etat confirme l'exigence de conditions spécifiques applicables aux donneurs de sang homosexuels », *Droit de la famille et des personnes*, 2018/3.

- LEBLOND L., « L'impératif de sécurité sanitaire comme justificatif d'une discrimination (L'exclusion des hommes homosexuels du don de sang) », *RevDH [en ligne]*, 2016, n° 9.
- LOCHAK D., *La notion de discrimination*, Confluences Méditerranée 2004/1, n° 48, pp. 13-23.
- MARKUS J.-P., « Don de sang par des hommes déclarant des relations sexuelles avec un autre homme : une interdiction eurocompatible ? », *J.C.P.*, n°34, 2015, pp. 2259 et s.
- MAUBERNARD Ch., « Le dilemme du don de sang : entre égalité des donneurs et santé des receveurs », obs. sous C.J.U.E., 29 avril 2015, aff. C-528/13, Geoffrey Léger, *Rev. trim. dr. h.*, 2016, pp. 523-539.
- MAUPIN E., « Une sélection des donneurs de sang est possible sous certaines conditions », *AJDA*, 2018. 14.
- MUYLE K., « De grondwettigheidsstoetsing van de totstandkoming van wetgeving na het Doel-arrest van het Grondwettelijk hof », *T.V.W.*, p. 3.
- PELOSI Y., « L'exclusion permanente de tout homme hétérosexuel ou bisexuel du don de sang à l'épreuve du droit de l'Union européenne », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 01 juillet 2015, disponible sur <http://journals.openedition.org/revdh/1390> (date de dernière consultation : 11 août 2024).
- POPELIER P. et DE JAEGER J., « Wetenschappelijk bewijs voor wetgeving in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: een empirische analyse en een zoektocht naar verklaringen », *T.V.W.*, 2016, p. 285-303.
- RIDEAU J., « Ordre juridique de l'Union européenne – Sources non écrites », *JCl. Eur.*, fasc. 191, point 186.
- SIMON D., « Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle », *Europe*, n° 6, juin 2015, comm. 213.
- SUDRE F., « le droit à la protection de la santé, droit diffus dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2021, n° 125, pp. 49-75.
- THEUNIS J., « Behoorlijke wetgeving in de rechtspraak van het Grondwettelijke Hof (2009-2010) », *T.V.W.*, 2011, p. 102, n° 37.

- TOUZEIL-DIVINA M., « Don du sang : pas de discrimination *in abstracto* pour les homosexuels...abstinents ! », obs. sous C.E., 28 décembre 2017, A. & Mousse & alii (n^{os} 400580 et 414973), *J.C.P. A*, n°02, 2018, p. 8 et s.

OUVRAGES COLLECTIFS ET CONTRIBUTIONS

- BEN MESSAOUD S., MERKHOFS M. et SLEGGERS P., « L'application des principes généraux de droit administratif en droit de la santé et de la sécurité sociale », in *Les principes généraux de droit administratif. Actualités et applications pratiques* (sous la dir. de BEN MESSAOUD S. et VISEUR F.), Bruxelles, Larcier, 2017, p. 859.
- BIOY X., « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », in *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (sous la dir. de SUDRE F. et SURREL H.), Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 51-84.
- BONBLED N. et VERDUSSEN M. (sous la dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, Bruylant, Vol. 1 et 2, 2011.
- BRIBOSIA E., RORIVE I. et VAN DROOGHENBROEK S. (sous la dir.), *Droit de la non-discrimination. Avancées et enjeux*, UB3, Bruxelles, Bruylant, 2016.
- BROSSET E. (sous la dir.), *Droit européen et protection de la santé. Bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2015.
- DENIZEAU C., « La halde et le handicap », in *Droit public et handicap* (sous la dir. de GUEZOU O. et MANSON S.), Paris, Dalloz, 2009, p. 165.
- DUBOUT E., « Le côté obscur de la proportionnalité », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits – Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Paris, LexisNexis, 2018, pp. 183-192.
- DUBOUT E. et PICOD F. (sous la dir.), *Coronavirus et droit de l'UE*, Bruxelles, Bruylant, 2021.
- ERGEC R., « La liberté de commerce et d'industrie à l'aune de la jurisprudence constitutionnelle », in *Libertés (l)égaliré, humanité* (sous la dir. de ALEN A. et al.), 1^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 430.
- FEYEN S., « Noodzakelijkheid als de schoonmoeder van het proportionaliteitsbeginsel », in *Semer perseverans – Liber amicorum André Alen* (sous la dir. de LEYSEN R., MUYLLE K., THENUS J. et VERRIJDT W.), Anvers, Intersentia, 2020, pp. 161-174.

- MANSON S., « Domaine public et handicap », in *Droit public et handicap* (sous la dir. de GUEZOU O. et MANSON S.), Paris, Dalloz, 2009, p. 191.
- MARKUS J.-P., « La notion juridique de personne handicapée », in *Droit public et handicap* (sous la dir. de GUÉZOU O. et MANSON S.), Paris, Dalloz, 2009, p. 27.
- PLATON S., « Les spécificités du principe de non-discrimination dans le droit de l'Union européenne », in *La Charte des droits fondamentaux après le Traité de Lisbonne*, (sous la dir. de FAVREAU B.), Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 125-159.
- RENAULD B. et VAN DROOGHENBROECK S., « Le principe d'égalité et de non-discrimination », in *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation* (sous la dir. de VERDUSSEN M. et BONBLED N.), vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 578-599.
- RINGELHEIM J. et WAUTELET P. (sous la dir.), *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, CUP, ULiège, Vol. 184, Anthémis, 2018.
- VERDUSSEN M., « La protection des droits de l'Homme par la Cour constitutionnelle », in *Les droits de l'Homme. Une réalité quotidienne*, (sous la dir. de Fries D.), Anthémis, 2014, pp. 135 et s.
- VIAL C. « Cour de justice, 4^e ch. 29 avril 2015, Léger, aff. C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288 », in *Jurisprudence de la CJUE 2015* (sous la dir. de PICOD F.), 1^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 79-89.

MÉMOIRES

- DAMAS L., *Enregistrement du sexe à l'état civil : vers une sortie de la binarité*. Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2021. Prom. : VERDUSSEN M., disponible sur <https://dial.uclouvain.be/memoire/ucl/> (date de dernière consultation : 8 août 2024).
- SEVERIN E., *Le genre en droit belge, quelle réforme législative pour inclure la non-binarité ? Analyse comparative des solutions retenues en droit étranger*, Mémoire, Promoteur : WAUTELET P., Faculté de droit, ULiège, 2021-2022, p. 14.

RAPPORTS ET ÉTUDES

- DE KORT W., PRINSZE F., NUBOER G., TWISK J., MERZ E.-M., *Deferral rate variability in blood donor eligibility assessment*, Transfusion, 9 novembre 2018, disponible sur <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/30414176/> (date de dernière consultation : 2 août 2024).
- HUGHES S.D., CUSTER B., LABORDE N., SHEON N., *Transition to a 1-year deferral for male blood donors who report sexual contact with men: staff perspectives at one blood collection organization*, Transfusion, vol. 58, issue 8, pp. 1909-1915, 17 avril 2018, disponible sur <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/trf.14632> (date de dernière consultation : 2 août 2024).
- VERAN O., *La filière du sang en France*, Rapport, juillet 2013.

AUTRES SOURCES

SOURCES JURIDIQUES

- SPF Justice, brochure « changer de prénom et modifier l'enregistrement du sexe à l'état civil », éditeur : Jean-Paul Janssens, disponible sur <https://justice.belgium.be/sites/default/files/Trans%20FR%202023.pdf> (consulté le 4 août 2024).
- TRYFONIDOU A., *Block exclusion on blood donation by gay and bisexual men : a disappointing CJEU ruling*, 30 avril 2015, disponible sur <http://eulawanalysis.blogspot.com/2015/04/block-exclusion-on-blood-donation-by.html> (date de dernière consultation : 14 août 2024).

SOURCES NON-JURIDIQUES

AVIS

- Avis du Conseil Consultatif National d'Éthique n° 123 du 28 mars 2015 portant « Questionnement éthique et observations concernant la contre-indication permanente du don de sang pour tout homme déclarant avoir eu une ou des relation(s) sexuelle(s) avec un ou plusieurs homme(s) », p. 39.
- Avis du Conseil Supérieur de la Santé n°9291, « Comportements sexuels à risque et don de sang. Partie I : don de sang par les HSH » (version validée par le Collège d'octobre

2016), octobre 2016, disponible sur <https://www.hgr-css.be/file/download/d5ea98dd-cbd3-4175-b0e4-dcf7dd015acc/DXpjDmdwbgFWsByxEBWNPBvLzCcvtBeDIXEvUPzg3d.pdf> (date de dernière consultation : 5 août 2024).

- Avis du Conseil Supérieur de la Santé n° 9665 & 9666, « Comportements sexuels à risque et don de sang par les HSH – Mise à jour » (version validée par le Collège du 3 novembre 2021), novembre 2021, disponible sur <https://www.hgr-css.be/file/download/59cb4e6d-b62c-4ada-a763-2a716ef64c12/RvqSPyFUSgpGX29eZ3HaXh6ymWzlUdgBHwt2EiA6Qbk3d.pdf> (date de dernière consultation : 14 août 2024).

DIVERS

- DUCLERT I., “Statistiques sur l’infidélité : chiffres et tendances à connaître en 2024”, *Carnet Psy*, 25 février 2024, disponible sur <https://www.carnetpsy.com/relations-amoureuses/statistiques-sur-linfidelite-chiffres-et-tendances-a-connaître-en-2024/26239/> (date de dernière consultation : 12 août 2024).
- EQUALITY LAW CLINIC DE LA FACULTE DE DROIT DE L’ULB, « Il faut examiner sérieusement l’exclusion temporaire du don de sang des hommes ayant des rapports sexuels avec d’autres hommes », *Le Soir*, 17 mai 2022, disponible sur <https://www.lesoir.be/442765/article/2022-05-17/il-faut-examiner-serieusement-l'exclusion-temporaire-du-don-de-sang-des-hommes> (date de dernière consultation : 14 août 2024).
- SANG-SANG Wu, « Pas tous égaux devant le don de sang », *Alter Echos*, n°515, 30 janvier 2024, disponible sur <https://www.alterechos.be/pas-tous-egaux-devant-le-don-de-sang/> (consulté le 1^{er} juillet 2024).
- X., « Le procès du sang”: l’affaire du sang contaminé en Belgique (1997) – Au nom de la loi », *RTBF / Sonuma 1997*, archive initialement diffusée le 30 janvier 1997, disponible sur <https://www.youtube.com/watch?v=bMj5AJ8PAjQ> (dernière consultation : 11 août 2024).
- X., « Relations sexuelles anales, liquide rectal et transmission du VIH : Allons au fond de la question », *CATIE*, 4 juillet 2014, disponible sur <https://www.catie.ca/fr/prevention-in-focus/relations-sexuelles-anales-liquide-rectal-et-transmission-du-vih-allons-au-fond> (date de dernière consultation : 11 août 2024).

- X., « Et si le sang des HSH n'était plus dangereux ? », *Prisme*, 23 janvier 2017, disponible sur <https://www.federation-prisme.be/actualite/et-si-le-sang-des-hsh-netait-plus-dangereux> (date de dernière consultation : 10 août 2024).
- X., « L'infidélité diffère que l'on soit un homme ou une femme », *RTBF*, 6 juin 2017, disponible sur <https://www.rtb.be/article/l-infidelite-differe-que-l-on-soit-un-homme-ou-une-femme-9626036> (date de dernière consultation : 11 août 2024).
- X., « Pourquoi Arc-en-Ciel Wallonie et la Maison Arc-en-Ciel de Liège ont demandé l'annulation de la loi sur le don de sang par les HSH ? », *Prisme*, 27 septembre 2019, disponible sur <https://www.federation-prisme.be/actualite/pourquoi-arc-en-ciel-wallonie-et-la-maison-arc-en-ciel-de-liege-ont-demande-lannulation-de-la-loi-sur-le-don-de-sang-par-les-hsh> (date de dernière consultation : 10 août 2024).
- X., « Les scandales de l'été : L'affaire du sang contaminé en France », *Paris Match*, le 02 août 2023, disponible sur <https://www.parismatch.be/actualites/sante/2023/08/02/les-scandales-de-lete-laffaire-du-sang-contamine-en-france-2YN53AWFNVCDJB33KLGWGSKG7M/> (date de dernière consultation : 14 août 2024).
- X., « Glossaire », *Genres Pluriels*, 14 décembre 2023, disponible sur <https://www.genrespluriels.be/Glossaire> (date de dernière consultation : 14 août 2024).