

La Revue  
des Droits  
de l'Homme

## La Revue des droits de l'homme

Revue du Centre de recherches et d'études sur les  
droits fondamentaux

Actualités Droits-Libertés | 2015

---

# La Cour de cassation valide la stigmatisation du don de sang des hommes homosexuels et bisexuels protection des données personnelles et discrimination

Hilème Kombila

---



### Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1419>

DOI : 10.4000/revdh.1419

ISSN : 2264-119X

### Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

### Référence électronique

Hilème Kombila, « La Cour de cassation valide la stigmatisation du don de sang des hommes  
homosexuels et bisexuels », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis  
en ligne le 25 septembre 2015, consulté le 21 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1419> ; DOI : 10.4000/revdh.1419

---

Ce document a été généré automatiquement le 21 avril 2019.

Tous droits réservés

---

# La Cour de cassation valide la stigmatisation du don de sang des hommes homosexuels et bisexuels

protection des données personnelles et discrimination

Hilème Kombila

---

- 1 Traduisant une évolution sociale des pays occidentaux, le droit supprime progressivement les différenciations, pénales et civiles, qui visent les personnes ayant des relations sexuelles avec des personnes de même sexe. Suivant ce mouvement, plusieurs jurisprudences récentes manifestent l'action d'hommes qui s'estiment victimes d'injustices car, ayant des pratiques homosexuelles ou bisexuelles, ils ne peuvent pas donner leur sang. Pourtant, malgré l'affirmation de la volonté politique de lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, les juridictions semblent peu enclines à reconnaître leurs prétentions. L'arrêt de rejet de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 8 juillet 2015 est une illustration de cette frilosité. Il manifeste l'affrontement actuel entre un vécu d'injustice et une inflexibilité juridictionnelle fondée sur des considérations de santé publique relatives au don de sang. En l'occurrence, la bataille juridique concernait la mémorisation par l'Établissement français du sang (EFS) du risque infectieux lié aux pratiques sexuelles d'un donneur réputé homosexuel.
- 2 Depuis plus de 10 ans, Monsieur Laurent D. mène une action juridique et militante contre l'interdiction permanente de don de sang des hommes ayant eu un rapport sexuel avec un autre homme. Déjà en 2004, il avait porté plainte pour discrimination, suite au refus de son don à l'Hôpital Saint-Louis de Paris, en raison de son homosexualité supposée. Tentant de nouveau sa chance en 2006 dans un autre établissement, il ne précise pas, lors du questionnaire et de l'entretien préalable au don, qu'il a eu des rapports sexuels avec un autre homme. Or, il constate que cette orientation sexuelle fait l'objet d'un « fichage », sous le code FR 08, qui l'exclut de manière permanente du don de sang en France. En effet, cette référence classe la personne dans la catégorie des « homosexuels » et lui interdit définitivement l'accès au don de sang. Visiblement, la mention en avait été conservée dans un traitement automatisé de données à caractère personnel après un signalement en

2004. Cette information est accessible aux professionnels de santé des autres centres de collecte de sang et peu importe ses pratiques sexuelles actuelles, il est considéré comme homosexuel, exclu de manière permanente du don de sang.

- 3 Monsieur D. s'estimant, une nouvelle fois, victime de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, dépose plainte pour ce motif et pour ce qu'il considère comme un recueil illicite de données à caractère personnel. Or, le don de sang n'est pas un bien ou un service dont on peut revendiquer l'accès sans discrimination, au sens des articles 225-1 à 225-3 du code pénal. De ce fait, l'interdiction pénale de la discrimination en raison de l'orientation sexuelle n'est pas applicable en l'espèce. En revanche, la chambre de l'instruction, après appel de la partie civile, estimera que le juge d'instruction devait également s'interroger sur la légalité de la conservation des données à caractère personnel. Après une seconde ordonnance de non-lieu en la matière, Monsieur D. fit appel et, dans le cadre de cette procédure, le Conseil constitutionnel fut saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) qui aboutit à une reconnaissance de la conformité à la Constitution des dispositions contestées. Sans surprises, l'arrêt de la Cour de cassation prend acte de cette décision afin de fonder son arrêt de rejet (1°). Toutefois, son raisonnement est tellement lacunaire qu'il est possible d'envisager une suite favorable en cas de poursuite de l'affaire devant la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme (Cour EDH) (2°).

## **1°/- Une substitution de base légale validant le fichage de l'orientation sexuelle des donneurs sans leur consentement**

- 4 La Cour de cassation revient sur la déclaration de conformité à la Constitution des dispositions visées par les QPC du requérant (A) avant de s'attacher aux éléments constitutifs de l'infraction de collecte et de stockage des données personnelles sensibles (B).

### **A - La constitutionnalité de la collecte et du stockage des données personnelles**

- 5 L'argumentation des QPC portait sur le fondement de l'article 226-19 alinéa 1 du code pénal qui fixe l'interdiction de collecte et de stockage des données personnelles sensibles sans le consentement des personnes, en dehors des cas prévus par la loi. Était notamment en jeu<sup>1</sup>, la constitutionnalité de la combinaison de cette disposition avec l'article 1223-3 du code de santé publique, dans sa version législative<sup>2</sup>. Cette seconde disposition donne compétence à un établissement public pour organiser les « bonnes pratiques » et définir les conditions de fichage de données relatives à l'orientation sexuelle des personnes sans leur consentement. Or, cette combinaison de texte reviendrait à donner au pouvoir réglementaire la possibilité de faire exception au principe du consentement, ce qui porterait atteinte à la prévisibilité de la loi, au principe de nécessité des peines et au principe de légalité des délits et des peines<sup>3</sup>.
- 6 En l'occurrence, la combinaison de l'article 226-19 alinéa 1 du code pénal avec l'article 1223-3 du code de santé publique auraient permis d'intégrer parmi les « bonnes pratiques » les règles définies par un arrêté<sup>4</sup>, lequel prévoit que le don est refusé si le

candidat-donneur a eu un rapport sexuel avec un autre homme. Cette contre-indication constitue, en outre, une exclusion permanente au don de sang. Or, l'information sur ce point, qui résulte du questionnaire et de l'entretien préalable au don, est traitée et conservée. Ces « bonnes pratiques », d'origine réglementaire, feraient ainsi exception à l'obligation de recueillir le consentement exprès d'une personne pour mettre ou conserver en mémoire informatisée des données à caractère personnel relatives à sa santé et son orientation sexuelle.

- 7 Afin de répondre à ces questions relatives au traitement des données sensibles<sup>5</sup>, le Conseil constitutionnel procède, tout d'abord, à une substitution de base légale. Il estime ainsi que « les dispositions de l'article L. 1223-3 du Code de la santé publique n'ont pas pour objet de définir une exception à cette incrimination » mais que c'est la loi du 6 janvier 1978 elle-même, dans son article 8, qui prévoit les dix exceptions au principe d'interdiction de traitement automatisé des données sensibles, notamment en matière de santé. Autrement dit, les « bonnes pratiques », d'origine réglementaire, ne constituent pas l'un des « cas prévus par la loi » qui permet de passer outre le consentement à la conservation en mémoire informatisée des données à caractère personnel. En revanche, la pratique du traitement, sans consentement, des données entre dans cette catégorie sur le fondement de l'article 8, II, 6 de la loi du 6 janvier 1978 : « *les traitements nécessaires aux fins de la médecine préventive, des diagnostics médicaux, de l'administration de soins ou de traitements, ou de la gestion de services de santé et mis en œuvre par un membre d'une profession de santé, ou par une autre personne à laquelle s'impose en raison de ses fonctions l'obligation de secret professionnel prévue par l'article 226-13 du Code pénal* ».
- 8 Le Conseil constitutionnel fait ici référence à l'exception qui vise généralement les dossiers médicaux tenus par les médecins ou par d'autres professionnels de santé alors qu'il aurait pu se fonder sur l'exception liée à l'intérêt public relatif au « *risque d'agents infectieux transmissibles par voie sanguine ou sexuelle* ». Cette dernière permet la collecte et la conservation des données sensibles, si elle est strictement nécessaire, sans qu'aucune durée de conservation ne soit expressément précisée dans le texte de l'autorisation<sup>6</sup>. Après cette substitution de base légale, il ne restait plus au Conseil qu'à confirmer la constitutionnalité de cette disposition en se fondant sur sa décision n° 2004-499 DC<sup>7</sup>. Malgré sa reconnaissance juridictionnelle<sup>8</sup>, ce contrôle purement formel est critiquable<sup>9</sup> car en 2004 l'évaluation était déjà limitée par le caractère restreint du contrôle des dispositions de transposition de la directive 95/46/CE<sup>10</sup>. Finalement, une fois la constitutionnalité de l'article 8 admise dans sa globalité, le Conseil constitutionnel considère que l'article 226-19 du Code pénal a défini de manière claire et précise le délit d'enregistrement ou de conservation en mémoire informatisée des données à caractère personnel. Suite à cette décision du Conseil, les moyens tirés de l'inconstitutionnalité sont déclarés sans objet par la Cour de cassation.

## B - La non-pénalisation de la collecte et du stockage des données personnelles

- 9 La Cour de cassation se penche plus fondamentalement sur le respect des articles 226-19 et 226-18-1 du code pénal. Alors que le premier concerne la conservation des données sans consentement de l'intéressé, le second s'attache plus particulièrement au traitement des données malgré l'opposition de la personne. Concernant l'article 226-19 du code pénal, deux principes clés gouvernent la protection des données. D'une part, le principe

de transparence garantit légalement aux personnes l'information nécessaire relative aux traitements auxquels sont soumises des données les concernant et les assure de la possibilité d'un contrôle personnel<sup>11</sup>. En l'espèce, la procédure « questionnaire pré-don » indique que le questionnaire sera détruit mais que certaines données, recueillies oralement, lors de l'entretien préalable au don, pourront faire l'objet d'un enregistrement informatique et que les résultats de qualification biologique du don sont conservés informatiquement par l'EFS pour des raisons de santé publique. D'autre part, les intéressés disposent aussi de droits d'accès et de rectification. Toute personne peut demander communication des informations la concernant contenues dans un fichier détenu par l'établissement et a le droit de faire rectifier ou supprimer les informations erronées. Suivant cette prérogative, Monsieur D. avait refusé de remplir le questionnaire pré-don, lors de sa deuxième démarche de don, afin de voir disparaître les informations concernant son orientation sexuelle qui figure dans le fichier informatique de l'EFS.

- 10 Tout le nœud de cette affaire est là puisque selon le requérant, le refus de remplir le questionnaire est la manifestation de son droit de rectification qui implique un droit d'opposition à la conservation des données concernant son orientation sexuelle. Ce dernier droit permet à toute personne de s'opposer, pour des motifs légitimes, à ce que des données la concernant soient enregistrées dans un fichier informatique. Toutefois, ce droit semble automatiquement disparaître quand, en raison d'une exception légale, le fichier informatique présente un caractère obligatoire. Autrement dit, l'absence exceptionnelle de l'exigence de consentement annule purement et simplement le droit d'opposition. En conséquence, puisque le fichage, sans nécessité de consentement, implique une exclusion permanente du don de sang, le droit de rectification est, lui aussi, matériellement inexistant.
- 11 La faible reconnaissance du droit fondamental au respect de la vie privée est ici la conditionnée par la logique inhérente au droit pénal. En effet, l'absence d'invocabilité du droit d'opposition résulte en fait de l'absence de constitution de l'infraction visée. Puisque le consentement exprès n'est pas requis, la clandestinité, élément constitutif du délit de l'article 226-19, fait défaut<sup>12</sup>. En l'espèce, les juges instructeurs estimaient que l'enregistrement des données n'était pas constitutif de l'infraction en raison du contrôle de la CNIL sur les « bonnes pratiques » prévues par l'arrêté du 10 septembre 2003. C'est sur ce point que se concentre l'argumentation de la Cour de cassation qui opère la même substitution de base légale que le juge constitutionnel. En effet, « si c'est à tort que la chambre de l'instruction s'est fondée sur l'article L. 1223-3 du code de la santé publique (...) sa décision n'encourt pas pour autant la censure dès lors que les faits visés (...) entrent dans les prévisions (...) des exceptions prévues par la loi à l'interdiction d'enregistrement informatique des données personnelles sensibles ».

\*

- 12 Cette substitution de base légale n'est pas favorable au requérant mais le juge dispose de cette faculté car il a l'obligation de donner au litige la solution que le droit commande. Le droit est ainsi « l'apanage du juge » comme le fait appartient aux parties<sup>13</sup>. La chose paraît donc entendue pour Monsieur D. devant les juridictions nationales. Mais une porte de sortie lui est ouverte devant la Cour EDH. En effet, le droit conventionnel pourrait avoir un autre regard sur la proportionnalité de l'exception législative mise en œuvre dans cette affaire au regard de l'atteinte aux droits fondamentaux du requérant.

\*

## 2°/- Une évaluation de la proportionnalité justifiant un fichage de l'orientation sexuelle des donneurs sans droit à l'oubli

- 13 L'exigence de proportionnalité n'est pas explicitement formulée dans cette affaire. Cependant, le contrôle effectué renvoie matériellement à l'évaluation des moyens employés par rapport à l'objectif visé par la mesure, qui caractérise l'évaluation de la proportionnalité. Cette appréciation, qui permet de justifier la pratique de fichage de l'EFS, est ici lacunaire et, en ce sens critiquable (A), notamment au regard du droit conventionnel européen (B).

### A - La justification de la collecte et du stockage des données personnelles

- 14 Le caractère facultatif du consentement exprès de la personne ne vaut que dans le cas où la loi prévoit un enregistrement obligatoire des données personnelles. Or, cette prévision législative d'exception doit être proportionnée par rapport à un objectif légitime correspondant aux missions de l'établissement, responsable du traitement des données sensibles. Certes, la lutte pour la protection de la santé des receveurs de sang est un objectif légitime et clairement déterminé par le législateur et correspond aux missions de l'EFS. Mais le principe de proportionnalité exige surtout, à côté de la légitimité de la finalité, que seules doivent être enregistrées les informations « adéquate, pertinentes et non-excessives » à cette finalité. En l'espèce, la procédure pré-don comporte une certaine ambiguïté car les informations écrites par le candidat au don sont détruites mais l'EFS conserve celles qui émanent de l'entretien oral. *A priori*, sans validation écrite du donneur, la pertinence des informations recueillies, est déjà discutable. Mais à rebours de ces considérations, la chambre de l'instruction estimait que le critère de la pertinence est respecté car l'entretien oral peut permettre de déceler des contre-indications au don, malgré une falsification écrite des données personnelles.
- 15 Suivant un raisonnement dogmatique, la véracité d'un rapport sexuel entre deux hommes fait ici office de loi d'exclusion, non seulement du don de sang, mais aussi du droit d'opposition à la collecte et au stockage des données sensibles. Ce raisonnement repose sur la pertinence de la finalité du devoir d'assistance, au profit de la sécurité des personnes transfusées. Cette exigence de santé publique supposerait une interdiction définitive, conservée informatiquement, des donneurs hommes ayant eu une relation sexuelle avec un autre homme. Pourtant rien n'indique que l'impossibilité de supprimer ou de rectifier les données stigmatisant une pratique homosexuelle ou bisexuelle soit un moyen adéquat et non-excessif afin d'atteindre l'objectif de protection de la santé des receveurs de sang.
- 16 Loin de relever ce « raccourci » dans l'évaluation de la proportionnalité des pratiques de l'EFS, la Cour de cassation estime que les exceptions prévues par la loi du 6 janvier 1978 à l'article 226-19 du code pénal, « constitue une mesure légitime, nécessaire à la protection de la

santé, définie par la loi avec suffisamment de précision pour éviter l'arbitraire, et de nature à assurer, en l'état, entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de la santé publique, une conciliation qui n'est pas déséquilibré ». Hormis le laconisme de cette incantation, il est notable que comme le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation mentionne que le traitement des données a été autorisé non pas sur le fondement de l'article 8-IV, soit l'intérêt public, mais sur l'article 8, II, 6°, qui s'applique aux dossiers médicaux tenus par les médecins ou par d'autres professionnels de santé. Le choix de cette exception a des conséquences sur l'intensité du contrôle de proportionnalité car la marge d'appréciation de l'EFS en est plus étendue. En effet, dans le cadre de la dérogation relative aux dossiers médicaux<sup>14</sup>, l'évaluation correspond à celle de la nécessité d'une activité médicale soumise au principe du secret. L'idée est alors de savoir s'il n'y a pas de mesures moins attentatoires à la vie privée afin de permettre le bon fonctionnement de cette activité médicale confidentielle.

- 17 En revanche, les dérogations à l'interdiction de traitement des données relatives à la vie sexuelle, fondées sur l'intérêt public, doivent respecter les « garanties appropriées », le motif d'intérêt public doit être « important » et découler de la législation nationale, ou d'une décision de l'autorité de contrôle. En outre, cette dérogation nécessite une notification à la Commission européenne qui est chargée d'apprécier ces éléments<sup>15</sup>. Ainsi, il ressort tant du libellé de cette disposition que de la procédure de notification, que le contrôle de cette exception est plus strict. Non seulement il doit passer par la validation d'une autorité supranationale<sup>16</sup>, mais il correspond à une vérification de l'adéquation de la dérogation par rapport à l'importance de l'intérêt public en jeu<sup>17</sup>. Or, à l'inverse de cette minimisation de l'intensité du contrôle de proportionnalité, la récente décision de la CJUE relative au don de sang permet de s'interroger sur le caractère approprié de l'atteinte au droit fondamental au regard de l'importance de l'intérêt public<sup>18</sup>. Cette prise de position européenne invite à la contestation de la conventionalité de l'impossibilité de suppression du fichage « FR08 ».

## B - La conventionalité de la collecte et du stockage des données personnelles

- 18 La question du don de sang des hommes ayant eu un rapport homosexuel s'inscrit dans une série de prises de position au niveau européen<sup>19</sup>. Une requête relative à l'exclusion des hommes homosexuels et bisexuels du don de sang a d'ailleurs déjà été adressée à la Cour EDH évoquant une discrimination sur le fondement des articles 8 et 14 de la Convention. Celle-ci ne s'était pas prononcée sur le fond car l'Italie avait modifié la législation litigieuse<sup>20</sup>. Plus récemment, dans l'affaire *Léger*<sup>21</sup>, l'avocat général exposait ses doutes concernant l'adéquation de la mesure discriminatoire d'exclusion permanente des hommes homosexuels et bisexuels au regard des objectifs de santé publique. Selon lui, c'est le caractère actuel du comportement à risque qui doit être établi au regard de la fenêtre silencieuse et pour toute la population des donneurs. Cette « fenêtre silencieuse » correspond à la période qui suit une infection virale et pendant laquelle les marqueurs biologiques utilisés dans le cadre du dépistage du don de sang restent négatifs malgré l'infection du donneur. Selon la Cour de justice, l'exclusion permanente n'est proportionnée que s'il n'existe pas de méthodes moins contraignantes pour assurer un niveau élevé de protection de la santé des receveurs. Elle conseille au juge national de vérifier si des questions ciblées concernant le délai écoulé depuis le dernier rapport

sexuel par rapport à la durée de la « fenêtre silencieuse », le caractère stable de la relation ou le caractère protégé des rapports sexuels permettraient d'évaluer le niveau de risque que présente individuellement chaque donneur en raison de son propre comportement sexuel. De manière similaire, dans l'affaire Laurent D., concernant le droit fondamental au respect de la vie privée, l'adéquation et la nécessité de l'exception fondée sur l'intérêt public aurait certainement été plus discutable devant le juge de l'Union. Toutefois, cette évaluation concrète de la proportionnalité des pratiques de l'EFS peut encore aboutir devant la Cour EDH.

- 19 Le contrôle de proportionnalité effectué par la Cour de cassation est en fait limité à une affirmation de la proportionnalité qui reprend formellement les éléments du contrôle effectué par la Cour EDH dans le cadre des atteintes au droit au procès équitable (article 6) à la vie privée (article 8) et à la non-discrimination (article 14). Malgré une volonté formelle de se conformer aux exigences conventionnelles, le manque de concrétisation du contrôle effectué est notable voir dérangeant. Cette carence de l'explicitation du contrôle juridictionnel est liée à la nature de la Cour de cassation et semble éloignée de la pratique de la Cour EDH. En effet, la nature répressive de la Cour de cassation en fait l'instrument du législateur face aux juges plus qu'une « véritable juridiction »<sup>22</sup>. Elle doit plus être comprise que convaincante et son autorité vient d'avantage de son statut que de la verve de son argumentation. Le laconisme du contrôle de proportionnalité effectué dans l'affaire Laurent D. emprunte à la loi son caractère souverain. Cette solution est plus facilement généralisable et permet une unification plus efficace du droit. Or, malgré son apparente simplicité, la déclaration de proportionnalité dans cette affaire est le résultat d'un choix qui dépend d'un contexte factuel et des intérêts en jeu. Explicité, comme c'est le cas devant la Cour EDH ou la CJUE, cette mise en « balance des intérêts » permet de renforcer « l'autorité statutaire » de la juridiction et de légitimer le choix de l'interprétation. A l'inverse, le manque d'argumentation présente le risque d'être comblé par la juridiction européenne de protection des droits fondamentaux qui statue au fond. En outre, à côté de ce conflit de logiques, une argumentation déjà éprouvée au niveau européen est susceptible de remettre en cause la décision de la Cour de cassation.
- 20 Pour déterminer si les mesures qu'il prend sont compatibles avec les articles 6, 8 et 14 de la CEDH, l'Etat dispose d'une certaine marge d'appréciation. Lorsqu'elle ne discerne aucune approche commune largement répandue, la Cour EDH accorde un vaste pouvoir discrétionnaire aux Etats défendeurs. L'Etat jouit donc d'une certaine latitude qui se reflète dans la manière dont les juges de Strasbourg évaluent la proportionnalité entre l'ingérence et le but poursuivi. Globalement, l'action nécessaire dans une société démocratique se détermine par rapport à l'équilibre atteint entre les droits de l'individu et l'intérêt public, en appliquant le principe de proportionnalité. En l'espèce, il serait intéressant d'interroger la Cour EDH sur la proportionnalité de l'atteinte au droit à l'oubli, en tant que composante du droit au respect de la vie privée, par rapport à l'importance de la conservation d'un dossier médical stigmatisant l'homosexualité. Ce droit à l'oubli renvoi au principe de durée limitée de conservation des données. Les informations ne peuvent être conservées de façon indéfinie dans les fichiers informatiques ce qui est le cas concernant l'interdiction permanente de don de sang<sup>23</sup>.
- 21 De plus, au regard de l'affaire *Léger*, il est clair que les dispositions françaises procèdent à une négation du droit fondamental alors que d'autres solutions, tout aussi protectrices de la santé publique, existent, notamment dans les autres Etats membres de l'Union européenne. Le gouvernement français c'est d'ailleurs engagé à modifier la législation en



la matière, le jour même du rendu de la décision *Léger*. La ministre de la Santé, Marisol Touraine, a déclaré vouloir faire évoluer le questionnaire proposé aux donneurs en supprimant toute référence à leur orientation sexuelle et en remplaçant l'exclusion définitive par une exclusion temporaire de douze mois après le dernier comportement à risque.

\*

\*\*

- 22 Au regard des évolutions politiques et européennes actuelles, le dogmatisme frileux de la Cour de cassation laissera certainement place à une évolution législative. En attendant, seule une affirmation claire de la position du gouvernement permettra d'assurer la conventionalité de ce qui reste une stigmatisation de l'homosexualité masculine.

\*

- 23 **Cour de cassation, Chambre criminelle, 8 juillet 2015, *Laurent D.* n° 13-86267**

\*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

## NOTES

1. Une autre question portait sur la constitutionnalité de l'exception légale à l'obligation de consentement de la personne fut considérée par la Cour de cassation comme dépourvue de caractère sérieux, Cass. crim., 6 mai 2014, n° 13-86.267.
2. Dans sa rédaction issue de la loi du 9 août 2004 (la loi du 29 décembre 2011 n'avait pas procédé à la ratification de l'ordonnance du 1er septembre 2005).
3. Article 8 de la DDHC 1789.
4. Arrêté du ministre de la Santé, du 12 janvier 2009 qui fixe les critères de sélection des donneurs de sang.
5. Dans le même domaine voir : Cons. const., déc. 16 sept. 2010, n° 2010-25 QPC, Cons. const., déc. 13 mars 2014, n° 2014-690 DC, Loi relative à la consommation, Cons. const., déc. 22 mars 2012, n° 2012-652 DC, Loi relative à la protection de l'identité.
6. Article 8-IV de la loi du 6 janvier 1978, « ne sont pas soumis à l'interdiction prévue au I les traitements, automatisés ou non, justifiés par l'intérêt public et autorisés dans les conditions prévues au I de l'article 25 ou au II de l'article 26 », c'est-à-dire après autorisation de la CNIL ou du Conseil d'État.
7. Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004 (consid. 11).

8. Le Conseil d'État refuse des transmissions de QPC dans les même cas : par exemple CE, 17 déc. 2010, n° 334188 : JurisData n° 2010-024336. – CE, 12 mai 2011, n° 318952 : JurisData n° 2011-008412. – CE, 26 mars 2012, n° 353193 : JurisData n° 2012-005802.
9. Cette limitation du contrôle est critiquable car elle porte sur une atteinte aux libertés fondamentales. Voir en ce sens X. MAGNON (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité, principes généraux, pratique et droit du contentieux* : LexisNexis, 2e éd., 2013, spéc. n° 253.
10. Directive du 24 octobre 1995 dont la loi du 6 août 2004 assure la transposition. Cons. const., déc. 10 juin 2004, n° 2004-496 DC, Loi pour la confiance dans l'économie numérique : JurisData n° 2004-251234. – Cons. const., déc. 1er juill. 2004, n° 2004-497 DC, Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle.
11. Ces informations figurent sur des affichettes dans les sites de collecte et sur le questionnaire pré-don.
12. La clandestinité est un élément constitutif du délit constitué par la mise en mémoire informatisée, sans l'accord exprès de l'intéressé, de données nominatives protégées et du délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui (article 221-1 du code pénal).
13. J. MIGUET, « Réflexion sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et les points de droit », in *Mélanges offerts à P. Hébraud*, Université Toulouse I Capitole, p. 557.
14. A la lecture de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995, dont la loi du 6 août 2004 assure la transposition.
15. Article 8, 6° de la directive 95/46/CE.
16. Il n'est pas certain que la procédure est été respectée sur ce point.
17. La position de la CNIL en 2011 reste silencieuse et préfère traiter des questions de sécurité. En l'espèce, le principe de sécurité et de confidentialité était respecté.
18. CJUE, 29 avril 2015, *Léger*, aff. C-528/13 – A ce sujet, lire Yehudi Pelosi, « L'exclusion permanente de tout homme homosexuel ou bisexuel du don de sang à l'épreuve du droit de l'Union européenne », in *RevDH*, 1<sup>er</sup> juillet 2015.
19. Le Conseil de l'Union européenne prévoit l'exclusion des donneurs de sang qui ont eu un comportement sexuel à risque élevé de transmission de maladies infectieuses. Recommandation n° 98/463/CE du 29 juin 1998, concernant l'admissibilité des donneurs de sang et de plasma et le dépistage pratiqué sur les dons de sang dans la Communauté européenne, (annexe II B 1 in fine). Le Conseil de l'Europe avait rappelé l'importance d'une sélection appropriée des donneurs, en insistant sur leur nécessaire information. Recommandation sur la protection de la santé des donneurs et des receveurs dans le cadre de la transfusion sanguine, n° R 95 (15) adoptée par le Comité des Ministres le 12 octobre 1995.
20. CEDH, 15 octobre 2002, *Francesco Tosto c/ Italie*, n° 49821/99.
21. CJUE, *Léger*, *op. cit.*
22. Malgré une tendance à la juridictionnalisation et sa reconnaissance en tant que telle par la Cour EDH, elle fut à l'origine créée pour faire en sorte que les juges du fond se bornent à appliquer la loi et ne fassent pas œuvre normative. L'idée pour elle comme pour les juges qui lui sont soumis est qu'ils appliquent la loi uniformément sur l'ensemble du territoire national.
23. Pour une récente prise de position voir : **CJUE, 13 mai 2014, Google Spain, aff. C-131/12.**

---

## RÉSUMÉS

*Le 8 juillet dernier, la Cour de cassation a validé l'exception à l'exigence d'un consentement du donneur de sang, à la conservation de données personnelles relatives à son orientation sexuelle. Malgré la constitutionnalité de ladite exception, qui fonde le raisonnement de la chambre criminelle, il est possible de s'interroger sur sa conventionnalité. Trop abstraite, l'évaluation de la proportionnalité dans cette affaire ne convint pas car il existe, notamment, d'autres moyens de protection des receveurs, moins attentatoires aux droits fondamentaux. En attendant un changement législatif ou une décision de la Cour européenne des droits de l'homme, les hommes ayant eu un rapport sexuel avec un autre homme restent donc les exclus du don de sang et du droit à l'oubli.*

## AUTEUR

### HILÈME KOMBILA

Docteure en droit qualifiée aux fonctions de maître de conférences