

**L'EXCLUSION PAR LA CROIX-ROUGE DE DONNÉS DE SANG
DE LA PART DE CERTAINES PERSONNES**

Août 1995

Note

Ce document a été publié par la Commission des droits de la personne. Le 29 novembre 1995, cette commission a été fusionnée avec la Commission de protection des droits de la jeunesse. Le nom du nouvel organisme est **Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse**.

**Document adopté à la 394^e séance de la Commission,
tenue le 17 août 1995, par sa résolution COM-394-6.1.3**

M^e André Labonté
Secrétaire de la Commission

Recherche et rédaction :

M^e Daniel Carpentier, conseiller juridique
Direction de la recherche

Traitement de texte :
Clémence Dupras (Direction de la recherche)

La Direction des enquêtes nous demande un avis sur le caractère discriminatoire du refus de la Société canadienne de la Croix-Rouge de recevoir les dons de sang de la part des hommes qui déclarent avoir eu une relation sexuelle avec un autre homme depuis 1977¹.

1. Les faits

La Croix-Rouge, lors de ses collectes de sang, administre un questionnaire, le «Questionnaire sur l'état de santé des donneurs», qui comporte la mention suivante :

«Bienvenue à cette collecte de sang. Avant de vous accepter comme donneur, nous devons nous assurer que vous êtes en bonne santé. C'est important pour vous et pour ceux qui recevront votre sang.»

Chaque donneur doit répondre par oui ou par non à 17 questions. La question 12 qui fait l'objet des plaintes reçues se lit comme suit :

«12. Les activités suivantes augmentent les risques d'infection par le virus du SIDA:

- *pour un homme avoir eu une relation sexuelle avec un autre homme, même une seule fois;*
- *s'être injecté des drogues, avec sa propre aiguille ou celle d'un autre;*
- *avoir reçu du sang ou des produits sanguins régulièrement;*
- *avoir déjà accepté de l'argent ou des drogues en échange d'une relation sexuelle;*
- *être ou avoir été le partenaire sexuel d'une personne qui a participé à l'une des activités énumérées ci-dessus, qui a contracté le SIDA ou qui a eu un résultat positif à un test pour le SIDA.*

Depuis 1977, avez-vous pris part à l'une ou l'autre de ces activités?»

¹ Il s'agit de l'année de référence en matière de VIH puisqu'aucun cas n'a été relié au VIH jusqu'en 1977.

Les plaintes reçues proviennent d'hommes qui ont répondu positivement à cette question, du fait qu'ils avaient eu au moins une relation sexuelle avec un autre homme depuis 1977 et, qu'en conséquence, la Société canadienne de la Croix-Rouge leur a indiqué que leur don de sang n'est pas accepté.

2. Un refus discriminatoire

Le refus d'accepter ce don est consécutif à un appel au public où la Croix-Rouge demande à toute personne en santé de venir donner de son sang. Le don de sang peut-il être considéré comme un acte juridique dont l'objet est un bien ou service ordinairement offert au public, selon les termes employés à l'article 12 de la Charte?

a) *Le don, un acte juridique*

Il semble être clair que le don de sang est un acte juridique. En effet, le don d'un bien constitue en vertu du Code civil du Québec un contrat nommé et il est défini à l'article 1806 de ce code :

«La donation est le contrat par lequel une personne, le donateur, transfère la propriété d'un bien à titre gratuit à une autre personne, le donataire;»

Puisque le bien en question est un produit du corps humain, il ne peut être cédé à titre onéreux comme le précise l'article 25 du Code civil :

«L'aliénation que fait une personne d'une partie ou de produits de son corps doit être gratuite; elle ne peut être répétée si elle présente un risque pour la santé.»

b) *Ce don a-t-il pour objet un bien ou service ordinairement offert au public?*

Il est plutôt inusité de considérer un don comme quelque chose d'ordinairement offert au public. Dans le cas de la Croix-Rouge et particulièrement son service transfusionnel, l'aspect humanitaire des dons recueillis et le fait que l'on autorise ce seul organisme à recueillir ce sang à des fins de redistribution à

toutes les personnes qui pourraient en avoir besoin, cela constitue une situation particulière.

Le contrat à titre gratuit est notamment décrit en ces termes :²

«Le contrat à titre gratuit ou de bienfaisance est celui par lequel l'une des parties s'oblige envers l'autre pour le bénéfice de cette dernière et sans en retirer d'avantage en retour (art. 1381 C.c.). Cette catégorie peut se subdiviser en deux groupes: la contrat à titre gratuit au sens strict, par lequel une personne s'appauvrit effectivement, telle la donation, et le contrat désintéressé, par lequel une personne ne s'appauvrit pas effectivement, mais pose un acte altruiste.

[...]

Le contrat à titre gratuit est en outre conclu, en général, en considération des qualités particulières de la personne. Il est donc, en principe, un contrat intuitu personne.»

Le don de son sang constitue de toute évidence un acte altruiste qui profite à un tiers, la personne à qui le sang sera transfusé³. L'objet de cet acte juridique est de rendre accessible à toute personne qui en aura besoin du sang, ce qui ne peut se réaliser qu'à travers les collectes de sang que tient la Croix-Rouge qui détient en fait un monopole de collecte et de distribution du sang au Canada⁴. On peut qualifier les services transfusionnels de la Croix-Rouge de services ordinairement offerts au public parce qu'ils constituent, à toutes fins pratiques, les seuls services qui permettent de recueillir ces dons et de les distribuer. À cela s'ajoute le fait que la Croix-Rouge fait appel au public pour recueillir ces dons. Toute personne en santé est invitée à faire ce don. Ce groupe est donc le public visé par l'invitation à contracter faite par la Société canadienne de la Croix-Rouge. Parmi ces personnes, la Croix-Rouge ne

² Jean-Louis BAUDOUIN, *Les obligations*, 4^e édition, Les Éditions Yvon Blais, 1993, § 56, p. 52.

³ Nous n'envisageons pas ici les nouveaux types de cueillettes de sang tels le don de sang «dirigé» (don de sang destiné à une personne en particulier) ou le don autologue, «l'auto-transfusion» (prélèvement de son propre sang destiné à être utilisé lors d'une intervention chirurgicale prochaine).

⁴ Il s'agit d'un monopole de fait parce qu'aucune autre institution ou entreprise n'a demandé d'autorisation pour constituer une banque de sang. Les hôpitaux peuvent sans devoir obtenir un permis, faire des collectes de sang dans leur établissement à condition que le sang soit utilisé au sein même de l'hôpital ou pour des dons autologues.

pourra exercer de discrimination sur la base des critères énumérés à l'article 10 de la Charte :⁵

«L'offre est à personne déterminée (art. 1390 C.c.) lorsqu'elle est faite à un individu ou à un groupe d'individus en particulier. (...) En outre, lorsqu'elle est faite intuitu personae, l'offrant garde, en principe, la faculté d'agrément. (...) Ainsi, la personne qui met une annonce dans un journal pour engager un employé ou quelqu'un pour garder ses enfants, conserve le loisir de refuser tel ou tel postulant, à condition que les raisons ne soient pas abusives ou discriminatoires et contraires aux protections offertes par la loi ou la Charte des droits et libertés de la personne.»

Les hommes ayant eu une relation sexuelle avec un autre homme depuis 1977 ne peuvent en toute logique être considérés à partir de ce seul fait comme des personnes qui ne sont pas en bonne santé. Cependant, parmi ces personnes la majorité a une orientation sexuelle homosexuelle. On peut donc constater que leur exclusion est fondée, du moins indirectement, sur leur orientation sexuelle puisque le fait d'avoir des relations sexuelles avec une personne de son propre sexe est une des composantes principales de la notion d'homosexualité.

Le refus d'accepter les dons de sang de la part des hommes ayant une relation sexuelle avec un autre homme depuis 1977, constitue un refus discriminatoire, fondé sur l'orientation sexuelle, de conclure un acte juridique ayant pour objet un service ordinairement offert au public.

3. Un refus réputé non discriminatoire

La Société canadienne de la Croix-Rouge invoque la protection de la santé publique pour refuser ces dons de sang. Bien que les échantillons de sang recueillis par la Croix-Rouge soient soumis à des tests de dépistage des anticorps du VIH, il demeure que certains échantillons ne pourront être dépistés en raison de la durée de la période initiale où la présence du VIH n'est pas décelable⁶. Cette période

⁵ Jean-Louis BAUDOUIN, précité note 2, § 124, pages 98 et 99.

⁶ Cette période est généralement désignée comme la «période fenêtre» ou la «période muette». Cette période varie de quelques jours à plusieurs mois. Elle est en moyenne de 45 jours.

pouvant être de plusieurs mois, la Croix-Rouge se doit de minimiser l'occurrence d'échantillons de sang contaminés non détectables au maximum. Cette occurrence est estimée actuellement à 1/250 000. L'exclusion des donneurs ayant eu des activités à risque pour le VIH/SIDA constitue une mesure visant cet objectif⁷.

Le fait pour un homme d'avoir eu une relation sexuelle avec un autre homme peut constituer une activité à risque pour le VIH/SIDA en raison de la forte occurrence de cette infection chez les hommes homosexuels, 69,4 % des cas déclarés de sida sont reliés à cette catégorie de risque⁸. On constate également que la vaste majorité des cas diagnostiqués le sont au sein de cette population:⁹

«En terme de nombre absolu de cas de sida et de personne infectées par le VIH, les hommes homosexuels continuent à constituer le groupe le plus touché. De 1991 à 1993, ils représentaient 80 % des cas diagnostiqués. [...] Dans ce groupe, la prévalence de l'infection est estimée entre 10 et 25 %, mais il est probable qu'elle se situe entre 15 et 20 %.»

Cette mesure bien qu'elle soit discriminatoire nous semble être justifiée au sens de l'article 20 de la Charte :

«20. Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi, ou justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique est réputée non discriminatoire.»

7

Il ne nous a pas été possible d'obtenir des données précises permettant d'estimer l'augmentation de risque si la catégorie des hommes ayant eu au moins une relation sexuelle avec un autre homme depuis 1977 était admise à donner de son sang. Il serait toutefois possible de considérer une augmentation de plusieurs dizaines de fois le risque actuel et même d'une centaine de fois le risque actuel.

8

Sida-Presse, Bulletin d'information du Centre québécois de coordination sur le sida, volume 4, numéro 2, février 1995, «Nombre de cas de sida par catégorie de risque par sexe, sans ajustement : cas cumulatifs de 1979 au 15 novembre 1994 (Québec)», p. 7.

9

Robert REMIS, «Le sida et l'infection au VIH au Québec, mise à jour de la situation épidémiologique, 1993», Sida-Presse, février 1995, pages 5 à 7.

Cette exclusion nous semble en effet être justifiée par le caractère philanthropique de la Société canadienne de la Croix-Rouge qui est une institution sans but lucratif. Cette société qui doit assurer la disponibilité du stock de sang et sa qualité, doit par conséquent prendre les mesures nécessaires pour arriver à ces fins. Cette exclusion serait donc réputée non discriminatoire.

CONCLUSION

Le refus d'accepter les dons de sang de la part des hommes ayant eu depuis 1977 au moins une relation sexuelle avec un autre homme a un effet indirect d'exclusion sur la base de l'orientation sexuelle parce que cela exclut de façon disproportionnée les hommes homosexuels. Les services transfusionnels de la Société canadienne de la Croix-Rouge peuvent être considérés comme des services ordinairement offerts au public au sens de l'article 12 de la Charte et le refus d'accepter un don de sang peut être considéré comme un refus de conclure un acte juridique au sens de même article.

La Société canadienne de la Croix-Rouge et sa composante, les services transfusionnels, forment une institution à but non lucratif dont la vocation humanitaire ne fait aucun doute. En regard de l'article 20 de la Charte, l'exclusion discriminatoire des hommes ayant eu une relation sexuelle avec un autre homme depuis 1977, nous semble être justifiée par le caractère philanthropique de la Société canadienne de la Croix-Rouge, en ce qu'elle doit s'assurer dans la mesure du possible de la qualité du sang qu'elle reçoit.