

Vers une remise en cause du modèle altruiste régissant
actuellement le don d'organes : don récompensé ou don
rémunéré ?

Mémoire réalisé par
Nastassia De Baere

Promoteur(s)
Jean-Louis Renchon

Année académique 2014-2015
Master en droit



Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

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

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

Remerciements

Arrivé au terme de la rédaction de ce mémoire, je tiens à remercier toutes les personnes qui, par leur sens critique, leur soutien, leurs conseils, m'ont accompagné et aidé tout au long de sa réalisation.

Je tiens à exprimer, en premier lieu, toute ma reconnaissance et ma gratitude à mon promoteur de mémoire, Monsieur Jean-Louis Renchon pour sa disponibilité, l'aide précieuse et le temps qu'il m'a consacré, ainsi que les nombreux conseils qu'il m'a fournis et qui ont permis d'alimenter ma réflexion.

Je désire également remercier Delphine Demaret qui, par sa relecture et son avis critique pertinent, a contribué à l'amélioration de ce mémoire.

Enfin, pour clôturer ces remerciements, j'aimerais rendre hommage à ma famille, mes amis et mes proches, et plus particulièrement Mélanie De Baere, ma sœur, et mon amie Agnès Martinelle, pour leur soutien moral apporté tout au long de la rédaction de ce mémoire et tout au long de mes études.

« Donner, c'est se priver du droit de réclamer quelque chose en retour ». Jacques T.
Godbout.

« Le don d'organes, c'est ce que pense votre cœur ». Jean Marais.

Introduction

La transplantation d'organes, véritable miracle médical du vingtième siècle, permettant de prolonger et d'améliorer la vie de centaines de milliers de patients dans le monde, est devenue le symbole de la solidarité humaine¹. Malheureusement, de nombreux rapports dénonçant un trafic d'« êtres humains-sources d'organes » ainsi qu'un tourisme de transplantation par lequel des patients fortunés se déplacent hors de leurs frontières afin d'acheter les organes d'individus pauvres, viennent ternir cette consécration².

Ces dérives ne sont toutefois que des réactions humaines face à ce drame qu'est le manque d'organes dont la société, dans son ensemble, porte la responsabilité. Sans pénurie de greffons et sans liste d'attente, un tel marché noir d'organes n'existerait probablement pas.

La médecine de transplantation est régie, depuis ses débuts, par le principe de gratuité et d'interdiction du commerce d'organes. Ce choix de société pour un système de don altruiste connaît cependant certaines limites étant donné qu'il échoue à couvrir la demande d'organes.

Les stratégies actuellement mises en œuvre pour lutter contre la pénurie d'organes n'ont malheureusement pas résolu le problème. Les conséquences dramatiques de cette pénurie sont des décès prématurés de personnes pour lesquelles un organe n'a pas pu être trouvé à temps, des longs délais d'attente pour les patients, des coûts élevés, un marché noir d'organes, et un tourisme de transplantation.

L'objectif de ce mémoire sera dès lors d'évaluer la pertinence d'une remise en cause du principe de gratuité du don d'organes et de l'interdiction du commerce d'organes régissant actuellement le don d'organes, étant donné l'état de pénurie dans le monde et les trafics d'organes ainsi que le tourisme et transplantation qui en découlent, par l'instauration de modèles de récompense au don d'organes ou par la légalisation du commerce d'organes³.

¹ Préambule de la déclaration d'Istanbul contre le trafic d'organes et le tourisme de transplantation, *Kidney International* 74, no. 7 (2008).

² *Ibidem*.

³ M. MADER, *Le don d'organes entre gratuité et modèles de récompense : Quels instruments étatiques face à la pénurie d'organes*, Bâle, Helbing und Lichtenhahn, 2011, p. 4.

Dans un premier temps, une analyse du don et de la transplantation d'organes tels qu'ils se déploient actuellement sous le modèle altruiste sera dressée à travers les principes et les règles posés par le cadre juridique belge. Une analyse critique de ce cadre juridique sera également réalisée afin d'examiner dans quelle mesure il a permis de rencontrer l'objectif escompté qui est d'accroître les sources potentielles d'organes (Chapitre 1).

Dans un deuxième temps, nous dresserons le bilan de la pénurie d'organes et nous examinerons, plus particulièrement, ses causes et ses conséquences. Le but de cet examen étant d'appréhender les éléments sur lesquels il convient d'agir afin de résorber la pénurie d'organes et d'éviter ses conséquences néfastes (Chapitre 2).

Dans un troisième temps, nous exposerons les conséquences néfastes de la pénurie d'organes que constituent le trafic d'organes et le tourisme de transplantation. A cet effet, nous analyserons la réglementation actuelle et future encadrant ces derniers après avoir dressé un état de lieux quant à la situation actuelle générée par ce trafic d'organes et ce tourisme de transplantation (Chapitre 3).

Dans un quatrième temps, nous étudierons les divers modèles de récompense au don d'organes, leurs caractéristiques, ainsi que leurs avantages et inconvénients, que peut adopter l'État en tant qu'instruments permettant de lutter contre la pénurie d'organes et, dès lors, contre le trafic d'organes en tant que conséquence de la pénurie (Chapitre 4).

Enfin, il sera jugé de la pertinence d'une légalisation du commerce d'organes dans le but de combattre la pénurie et d'éradiquer le trafic d'organes (Chapitre 5). A cet effet, nous exposerons les arguments des partisans à la commercialisation des organes et ceux des opposants au débat.

Le présent mémoire s'articule autour des trois modalités suivant lesquelles le don d'organes peut s'exécuter : le modèle du don purement altruiste qui est le modèle actuel et dont nous verrons les différentes caractéristiques au Chapitre 1, le modèle du don récompensé, déjà d'application dans certains pays, que nous examinerons au Chapitre 4, et enfin, le modèle du don rémunéré qui opère dans le cadre d'un marché libre et que nous analyserons dans le Chapitre 5.

Chapitre 1 – Le don et la transplantation d’organes

Ce chapitre sera l’occasion de présenter quelques notions introductives à propos de la médecine de transplantation (Section 1) et d’analyser le cadre juridique belge qui régit le don d’organes altruiste (Section 2).

Section 1 — Notions introductives

La médecine de transplantation est basée, depuis ses débuts, sur la notion du don.

La transplantation d’organes est effectivement un des rares traitements médicaux nécessitant la participation de la population pour son bon fonctionnement⁴.

Nous pouvons, par ailleurs, la définir comme étant une « *activité thérapeutique de nature palliative consistant à remplacer l’organe défaillant* »⁵.

Elle est dès lors dépendante de l’organe nécessaire, et donc d’un prélèvement sur une personne humaine⁶.

La transplantation d’organes, qui est l’une des plus grandes avancées thérapeutiques du siècle dernier, a commencé en 1952 à Paris et en 1954 aux États-Unis avec les premières transplantations rénales⁷. À l’heure actuelle, de très nombreux organes peuvent être greffés : le rein, le foie, le cœur, les poumons, le pancréas, l’intestin.

Certains organes peuvent être prélevés sur des donneurs décédés, il est alors question de « don *post mortem* », mais l’organe entier ou une partie de celui-ci peut également être prélevé sur un donneur vivant. C’est le cas du rein, du foie, et du poumon. Nous emploierons dès lors le terme de « don entre vifs »⁸.

Section 2 – Le cadre juridique belge en matière de don d’organes

Les premières transplantations d’organes ont été effectuées au début des années 60 en Belgique. Toutefois, il a fallu attendre vingt-six années pour qu’une législation soit adoptée en la matière.

⁴ M. MADER, *op. cit.*, p. 6.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.

⁷ M. KESSLER, « Indications médicales de la greffe, résultats », in *Réflexions éthiques sur la pénurie d’organes en Europe*, sous la direction de Y. Caille et M. Doucin, Paris, L’Harmattan, 2010 p. 39.

⁸ *Ibidem*.

L'exposé des motifs du projet de loi sur le prélèvement et la transplantation d'organes relève déjà une demande largement supérieure à l'offre d'organes⁹. Cependant, la raison principale de ce manque d'organes était attribuée à l'absence de législation adaptée.

L'adoption de la loi a d'ailleurs rencontré immédiatement l'effet escompté : un doublement du taux de dons par million d'habitants a pu être observé trois ans après l'adoption de la loi¹⁰. Cette amélioration significative fut rendue possible par le principe de solidarité humaine sur lequel se base la loi belge¹¹. Selon l'exposé des motifs, « *le projet tend à réaliser un équilibre raisonnable entre deux objectifs importants : d'une part, sauvegarder le respect des droits de la personne, vivante ou morte, grâce à une législation explicite et précise, d'autre part, encourager la solidarité humaine par l'élaboration d'un cadre efficace où pourra s'inscrire le geste salvateur dans un contexte social indispensable de soins de santé* »¹².

Nous allons réaliser une analyse critique de la loi du 13 juin 1986 à l'égard de son objectif qui est l'accroissement des greffons à transplanter (sous-section 2), après avoir présenté les caractéristiques principales de la loi (sous-section 1).

Sous-section 1 – Les caractéristiques de la loi du 13 juin 1986

§1 – Les dispositions générales

§§1 – Le champ d'application

Suivant son article premier, la loi du 13 juin 1986 s'applique « *au don, au contrôle, à la caractérisation, au prélèvement, à la conservation, au transport et à la transplantation d'organes destinés à la transplantation* ». Toutefois, « *lorsque de tels organes sont utilisés à des fins de recherche, la présente loi ne s'applique que s'ils sont destinés à être transplantés dans le corps humain* ».

N'étant pas considérés comme des organes, les gamètes, les gonades, les embryons, et la moelle osseuse sont exclus du champ d'application de la loi¹³.

⁹ Projet de loi sur le prélèvement et la transplantation d'organes, *Doc.Parl.*, Chambre, 1985-1986, n° 220/9, p. 3

¹⁰ A.-C. SQUIFFLET, « L'action de l'Union européenne en matière de prélèvement et de transplantation d'organes : commentaires à propos du plan d'action 2009-2015 et de la directive du 7 juillet 2010 », *Revue de droit de la santé*, 2010, Liv. 5, p. 373.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Projet de loi sur le prélèvement et la transplantation d'organes, *Doc.Parl.*, Chambre, 1985-1986, n° 220/9, p. 3.

¹³ Article 1^{quater} de la loi du 13 juin 1986, *M.B.*, 14 février 1987.

Le prélèvement d'organes doit avoir pour but exclusif la transplantation sur une personne qui en a besoin dans le cadre d'un traitement médical. La loi exclut, dès lors, de son champ d'application, les prélèvements effectués dans un objectif de recherche ou d'examen médical ou scientifique¹⁴.

D'autre part, la loi du 3 juillet 2012¹⁵ modifiant la loi du 13 juin 1986, est venue introduire une définition du terme « organe » : il s'agit d'« *une partie différenciée du corps humain, constituée de différents tissus, qui maintient, de façon largement autonome, sa structure, sa vascularisation et sa capacité à exercer des fonctions physiologiques. Une partie d'organe est également considérée comme un organe si elle est destinée à être utilisée aux mêmes fins que l'organe entier dans le corps humain, les critères de structure et de vascularisation étant maintenus* »¹⁶.

§§2 – Le principe de gratuité du don d'organes

L'exigence de gratuité du don d'organe est posée par l'article 4, § 1 de la loi du 13 juin 1986 qui dispose que « *les dons d'organes de donneurs décédés et de donneurs vivants sont volontaires et non rémunérés. Ni le donneur ni ses proches ne peuvent faire valoir un droit vis-à-vis du receveur* ».

Toutefois, ce principe de non-rémunération n'empêche pas les donneurs vivants de recevoir une compensation « *pour autant qu'elle soit limitée à couvrir les dépenses directes et indirectes ainsi que la perte de revenus liés au don* »¹⁷. L'idée selon laquelle le développement d'un marché privé du corps humain ne pourrait être admis n'est pas incompatible avec le principe d'une indemnisation prise en charge par la collectivité¹⁸.

Par ailleurs, « *le prélèvement des organes doit s'effectuer sur une base non lucrative* »¹⁹.

¹⁴ Projet de loi sur le prélèvement et la transplantation d'organes, *Doc. Parl.*, Sénat, 1984-1985, n°832/1, pp. 4-5.

¹⁵ Loi du 3 juillet 2012 modifiant la loi du 13 juin 1986 sur le prélèvement et la transplantation d'organes et la loi du 19 décembre 2008 relative à l'obtention et à l'utilisation de matériel corporel humain destiné à des applications médicales humaines ou à des fins de recherche scientifique, *M.B.*, 24 août 2012.

¹⁶ Article 6, 6° de la loi du 13 juin 1986, *M.B.*, 14 février 1987.

¹⁷ Article 4, §2 de la loi du 13 juin 1986, *M.B.*, 14 février 1987.

¹⁸ J.-L. RENCHON, « Titre II : Le statut juridique de la personne humaine », in *Droit des personnes, de la famille et des régimes matrimoniaux*, Faculté de droit de l'Université Saint-Louis de Bruxelles, 2012-2013, p. 58.

¹⁹ Article 4, §4 de la loi du 13 juin 1986, *M.B.*, 14 février 1987.

§2 – Les dispositions régissant le don entre vifs

§§1 – Conditions générales

Les conditions dans lesquelles le prélèvement sur une personne vivante doit s'effectuer sont les suivantes : le donneur doit être majeur, doit avoir donné son consentement librement et sciemment, par écrit et devant un témoin majeur²⁰.

En outre, le consentement devra être daté et signé par le donneur et le témoin majeur²¹.

Une concertation pluridisciplinaire doit avoir lieu préalablement au prélèvement entre médecins et prestataires de soins autres que ceux qui traitent le receveur ou qui effectuent le prélèvement ou la transplantation²². Cette disposition est destinée à garantir l'indépendance des médecins.

Enfin, le médecin qui effectuera le prélèvement doit informer pleinement et clairement le donneur quant à l'opération qu'il est sur le point de subir ainsi que des conséquences physiques, psychiques, sociales et familiales de cette opération²³. Le même médecin est également tenu de vérifier le respect des conditions énoncées ci-dessus ainsi que du caractère altruiste et non lucratif du don²⁴, sous peine de sanctions pénales²⁵.

§§2 – Conditions supplémentaires

Certaines situations particulières imposent le respect de conditions supplémentaires inspirées par le souci de la protection de la vie ou de la santé du donneur²⁶.

C'est le cas lorsque le prélèvement sur la personne vivante est susceptible d'engendrer des conséquences graves pour le donneur ou lorsque le prélèvement porte sur des organes qui ne se régénèrent pas. Dans ces deux situations, le don est autorisé uniquement si la vie du receveur est en danger et si la transplantation d'organes provenant d'une personne décédée n'est pas susceptible de produire les mêmes résultats²⁷.

²⁰ Article 5 et 8 de la loi du 13 juin 1986, *M.B.*, 14 février 1987.

²¹ Article 8 de la loi du 13 juin 1986, *M.B.*, 14 février 1987.

²² Article 8bis de la loi du 13 juin 1986, *M.B.*, 14 février 1987.

²³ Article 9 de la loi du 13 juin 1986, *M.B.*, 14 février 1987.

²⁴ Article 9 de la loi du 13 juin 1986, *M.B.*, 14 février 1987.

²⁵ Article 17§3 de la loi du 13 juin 1986, *M.B.*, 14 février 1987.

²⁶ J.-L. RENCHON, *op. cit.*, p. 58.

²⁷ Article 6 de la loi du 13 juin 1986, *M.B.*, 14 février 1987 ; A.-C. SQUIFFLET, « L'action de l'Union européenne en matière de prélèvement et de transplantation d'organes : commentaires à propos du plan d'action 2009-2015 et de la directive du 7 juillet 2010 », *Revue de droit de la santé*, 2010, Liv. 5, p. 379.

Deuxièmement, un mineur, ayant atteint l'âge de douze ans minimum, ne peut consentir au don d'organes de son vivant que si les trois conditions suivantes sont réunies : le prélèvement ne peut avoir de conséquences graves pour le donneur, il doit porter sur des organes qui peuvent se régénérer et enfin, il doit être destiné à la transplantation sur un frère ou une sœur²⁸. De plus, le mineur doit être capable de manifester sa volonté et doit consentir préalablement au don.

§3 – Les dispositions régissant le don post mortem

§§1 — Système de consentement présumé

Le législateur belge a opté pour un système de consentement présumé, appelé également « *opting-out* », selon lequel toute personne qui est inscrite au registre de la population ou au registre des étrangers depuis plus de six mois²⁹ et qui n'a pas exprimé son opposition au prélèvement est considérée comme donneuse potentielle³⁰. Pour les autres personnes, un accord exprès au prélèvement est exigé³¹.

La loi n'impose pas de forme particulière quant à l'expression de l'opposition du futur donneur potentiel. Les individus sont dès lors libres d'exprimer leur opposition au prélèvement d'organes de la manière souhaitée (écrit, déclaration aux proches, à la personne de confiance, testament...), pour autant qu'elle soit claire et précise³².

Le Roi a organisé, sur base de l'article 10, §3 de la loi, un mode « officiel » d'expression, qui consiste à enregistrer l'opposition dans le registre national auprès de l'administration communale³³.

À côté de la possibilité d'exprimer son opposition au prélèvement *post mortem*, le législateur belge a fait le choix de permettre aux individus de consentir expressément au don d'organes³⁴.

²⁸ Article 7 de la loi du 13 juin 1986, *M.B.*, 14 février 1987.

²⁹ Le délai de six mois a pour but de permettre aux étrangers de s'informer du système belge (Proposition de loi modifiant la loi sur le prélèvement et la transplantation d'organes, *Doc. Parl.*, Chambre, 1985-1986, n°607/3, p. 2).

³⁰ Article 10, §1^{er}, alinéa 1 de la loi du 13 juin 1986, *M.B.*, 14 février 1987.

³¹ Article 10, §1^{er}, alinéa 3 de la loi du 13 juin 1986, *M.B.*, 14 février 1987.

³² Projet de loi sur le prélèvement et la transplantation d'organes, *Doc. Parl.*, Sénat, 1984-1985, n°832/1, p. 10.

³³ A.R. du 30 octobre 1986 organisant le mode d'expression de la volonté du donneur ou des personnes visées à l'article 10, §2 de la loi du 13 juin 1986 sur le prélèvement et la transplantation d'organes, *M.B.*, 14 février 1987.

³⁴ Article 10, §2bis de la loi du 13 juin 1986, *M.B.*, 14 février 1987.

En se rendant à l'administration communale pour faire enregistrer son consentement au don *post mortem*³⁵, la personne s'assure ainsi du respect de sa volonté.

Avant la loi modificative du 25 février 2007³⁶, le médecin ne pouvait procéder au prélèvement si un proche, à savoir un parent au premier degré ou un conjoint, lui communiquait son opposition. Ladite loi a réalisé un pas de plus vers la disponibilité des organes en supprimant cette opposition de la famille³⁷. Actuellement, la famille n'intervient que pour faire valoir une opposition exprimée de manière informelle par le donneur lui-même³⁸.

§§2 — Constatation de la mort de la personne

Lorsqu'une personne décède, une procédure particulière doit être suivie afin que cette dernière puisse être considérée comme une donneuse.

Tout d'abord, sa mort, cardiaque ou cérébrale, doit être constatée selon l'état le plus récent de la science par trois médecins qui établissent également un procès-verbal à cette occasion³⁹. Afin de garantir toute indépendance, ces médecins ne peuvent en aucun cas être impliqués dans le processus de prélèvement ou de transplantation ou dans le traitement du receveur⁴⁰.

Ensuite, le prélèvement des organes ne peut être effectué qu'à condition que la personne n'ait pas exprimé son opposition soit via le registre national soit via tout autre mode, pour autant que cette opposition ait été communiquée au médecin⁴¹.

La première situation est simple étant donné qu'il suffit de consulter le registre national⁴². Dans la deuxième situation, le médecin a l'obligation de s'informer de l'existence d'une éventuelle opposition exprimée par le donneur potentiel⁴³. Dans la pratique, le médecin

³⁵ A.R. du 30 octobre 1986 organisant le mode d'expression de la volonté du donneur ou des personnes visées à l'article 10, §2 de la loi du 13 juin 1986 sur le prélèvement et la transplantation d'organes, *M.B.*, 14 février 1987.

³⁵ Article 10, §3bis de la loi du 13 juin 1986, *M.B.*, 14 février 1987.

³⁶ Loi du 25 février 2007 modifiant la loi du 13 juin 1986 sur le prélèvement et la transplantation d'organes, *M.B.*, 13 avril 2007.

³⁷ X. DIJON, « Chapitre 1 : La gestion du vivant », in *La raison du corps*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 156.

³⁸ *Ibidem* ; Article 10, §1^{er}, alinéa 2 de la loi du 13 juin 1986 : « *Le médecin qui envisage d'effectuer le prélèvement doit s'informer de l'existence d'une opposition exprimée par le donneur potentiel* ».

³⁹ Article 11 de la loi du 13 juin 1986, *M.B.*, 14 février 1987.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Article 10, §4 de la loi du 13 juin 1986, *M.B.*, 14 février 1987.

⁴² Article 10, §2, 2° de l'A.R. du 23 juin 2003 fixant les normes auxquelles un centre de transplantation doit répondre pour être agréé comme service médical au sens de l'article 44 de la loi sur les hôpitaux, coordonnée le 7 août 1987, *M.B.*, 4 août 2003.

⁴³ Article 10, §1^{er}, alinéa 3 de la loi du 13 juin 1986, *M.B.*, 14 février 1987.

s'adresse aux proches afin de leur permettre de manifester la possible opposition de la personne décédée dont ils auraient connaissance⁴⁴.

Enfin, le prélèvement a lieu dans le respect de la dépouille mortelle⁴⁵ et du principe d'anonymat entre le receveur et le donneur⁴⁶.

§§3 — Mission d'Eurotransplant

Eurotransplant, regroupant la Belgique, l'Autriche, l'Allemagne, la Croatie, le Luxembourg, les Pays-Bas et la Slovénie, est un organisme supranational dont la mission est de gérer les échanges et l'allocation des organes entre les différents pays qui y collaborent⁴⁷.

Cette collaboration entre pays favorise les chances de compatibilité optimale entre les caractéristiques des organes prélevés chez le donneur et celles des candidats receveurs.

Le poste de coordinateur de transplantation a été créé au sein des hôpitaux afin d'assurer les contacts entre les centres de transplantation et l'organisme d'allocation⁴⁸.

§§4 — Condition de nationalité ou de domicile pour le receveur

Le receveur doit satisfaire à une condition de nationalité ou de domicile pour être inscrit sur la liste d'attente d'un organe dans un centre belge de transplantation : il faut soit avoir la nationalité belge ou celle d'un pays membre d'Eurotransplant, soit être domicilié depuis six mois au moins en Belgique ou dans l'un de ces pays⁴⁹.

En vertu de l'article 13^{quater} de la loi, le Roi peut prévoir des exceptions à cette condition de nationalité ou de domicile. En attendant un arrêt royal faisant usage de cette possibilité, il est légitime de penser que la non-assistance à personne en danger, faisant l'objet d'une répression pénale en Belgique, justifie qu'une dérogation soit portée à ces conditions⁵⁰.

⁴⁴ A.-C. SQUIFFLET, "Le droit face à la pénurie d'organes : quels apports pour quelle efficacité ?", *Annales de Droit de Louvain*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 386.

⁴⁵ Article 12 de la loi du 13 juin 1986, *M.B.*, 14 février 1987.

⁴⁶ Article 4^{bis} de la loi du 13 juin 1986, *M.B.*, 14 février 1987.

⁴⁷ A.-C. SQUIFFLET, "Le droit face à la pénurie d'organes : quels apports pour quelle efficacité ?", *Annales de Droit de Louvain*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 387.

⁴⁸ Article 10 de l'A.R. du 23 juin 2003 fixant les normes auxquelles un centre de transplantation doit répondre pour être agréé comme service médical au sens de l'article 44 de la loi sur les hôpitaux, coordonnée le 7 août 1987, *M.B.*, 4 août 2003.

⁴⁹ Article 13^{ter} de la loi du 13 juin 1986, *M.B.*, 14 février 1987.

⁵⁰ A.-C. SQUIFFLET, "Le droit face à la pénurie d'organes : quels apports pour quelle efficacité ?", *Annales de Droit de Louvain*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 388.

Sous-section 2 – Analyse critique de la loi du 13 juin 1986

§1 – Les avantages

Premièrement, la volonté d'une réglementation non intrusive dans le domaine de la transplantation d'organes transparait clairement dans la loi du 13 juin 1986. D'une part, la définition du terme « organe » se veut large puisqu'elle n'énumère pas le type de transplants pouvant être greffés, laissant ainsi toute liberté aux avancées scientifiques futures⁵¹. D'autre part, le choix du législateur de ne pas enfermer le concept de la « mort » dans une définition stricte en abandonnant aux médecins le soin de se fonder sur l'état le plus récent de la science pour constater le décès contribue également à une grande liberté médicale. Cette absence de définition stricte a permis d'accroître les sources potentielles d'organes. Alors qu'il était traditionnellement recouru au prélèvement sur des donneurs en état de mort cérébrale, les médecins ont progressivement commencé à prélever les personnes ayant fait un arrêt cardiaque. En outre, des prélèvements ont pu être effectués sur des individus ayant demandé et obtenu l'euthanasie⁵².

Deuxièmement, le système belge se montre particulièrement favorable au don d'organes entre vifs. Donneur et receveur, excepté les mineurs, ne doivent effectivement pas être liés par un lien de parenté.

La loi française est plus restrictive à l'égard du don entre vifs puisqu'elle le limite à la fratrie, toutefois élargie en 2004 à d'autres membres de la famille proches (conjoint, petits enfants et grands-parents, neveux et nièces, cousins germains, enfants du conjoint) ainsi qu'à toutes les personnes qui apportent la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans avec le receveur⁵³. Par ailleurs, un comité *ad hoc*, chargé d'évaluer la qualité de l'information du donneur sur les risques qu'il encourt, peut s'opposer à la greffe si ses membres l'estiment opportun.

Il faut néanmoins mentionner que les dons provenant de parfaits inconnus, appelés également « dons de bons samaritains », sont relativement rares. Par contre, un programme de « cross-over », impliquant également un donneur non apparenté au receveur, est en train de se déployer en Belgique.

⁵¹ A.-C. SQUIFFLET, «Le droit face à la pénurie d'organes : quels apports pour quelle efficacité ?», *Annales de Droit de Louvain*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 376.

⁵² A.-C. SQUIFFLET, «Le droit face à la pénurie d'organes : quels apports pour quelle efficacité ?», *Annales de Droit de Louvain*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 389.

⁵³ D. SICARD, *L'éthique médicale et la bioéthique*, Paris, PUF, 2009, p. 23.

« Il s'agit d'un programme dans le cadre duquel deux couples de donneur-receveur qui se connaissent ne sont pas compatibles entre eux et procèdent à l'échange croisé de l'organe de chaque donneur vers le receveur de l'autre couple »⁵⁴. Ce programme, qui apporte de nouvelles solutions pour que l'offre et la demande de greffons correspondent, n'est pas exclu par le cadre légal.

Au surplus, aucune condition de nationalité n'est requise dans le chef du donneur. Un mineur peut également être donneur même si des restrictions existent à cet égard.

Troisièmement, le choix du législateur de consacrer le système du consentement présumé dans le cadre du don *post mortem* influence positivement la pénurie d'organes⁵⁵. Une corrélation positive entre l'existence d'un tel système et le taux de donneurs est généralement reconnue⁵⁶. Il a effectivement été constaté que les pays ayant opté pour le consentement exprès ont un taux de refus élevé alors que les pays tels que l'Espagne, la Pologne et la Belgique, où le consentement est présumé, affichent un taux de refus plus bas⁵⁷.

§2 – Les inconvénients

Premièrement, les conditions supplémentaires inscrites à l'article 6 de la loi, en cas de risque de conséquences graves pour la vie du donneur et lorsque le prélèvement porte sur des organes qui ne se régénèrent pas, constituent une limite importante au développement du don entre vifs. Une greffe de reins à partir d'un donneur vivant serait, selon cette disposition, rendue impossible. En vertu de l'article 6, le don n'est autorisé, lorsque le prélèvement porte sur des organes qui ne se régénèrent pas, que si la vie du receveur est en danger.

Or, le rein est un organe qui ne se régénère pas et la vie d'un insuffisant rénal n'est pas réellement en danger, contrairement à celle d'un insuffisant hépatique⁵⁸.

⁵⁴ A.-C. SQUIFFLET, "Le droit face à la pénurie d'organes : quels apports pour quelle efficacité ?", *Annales de Droit de Louvain*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 381.

⁵⁵ A.-C. SQUIFFLET, "Le droit face à la pénurie d'organes : quels apports pour quelle efficacité ?", *Annales de Droit de Louvain*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 388.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ D. NORBA, « Consentement exprès versus consentement présumé (Quelle politique pour quel impact ? Quelles alternatives développées ?) », in *Réflexions éthiques sur la pénurie d'organes en Europe*, sous la direction de Y. Caille et M. Doucin, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 149.

⁵⁸ A.-C. SQUIFFLET, "Le droit face à la pénurie d'organes : quels apports pour quelle efficacité ?", *Annales de Droit de Louvain*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 381.

Même si les médecins interprètent généralement cette disposition de façon large, et admettent facilement le danger de mort, cette disposition manque de sécurité juridique et provoque la réticence de certains médecins à effectuer des prélèvements sur des donneurs vivants de façon large⁵⁹.

Deuxièmement, le système de dédommagement constitue un frein considérable au développement du don entre vifs. S'il est prévu que les frais et pertes de revenus, représentant une conséquence directe du don, doivent être couverts⁶⁰, en pratique, on remarque que seuls les frais d'hôpitaux sont remboursés. La période d'incapacité ne fait pas l'objet d'une indemnisation⁶¹. Les donneurs subissent parfois une augmentation de leur assurance-vie après l'opération⁶². Ensuite, une personne déclarée inapte au prélèvement après des examens médicaux n'obtient pas le remboursement du coût de ces examens. Une neutralité financière de l'opération serait nécessaire pour encourager le don entre vifs⁶³.

Troisièmement, dans le cadre du don *post mortem*, lorsque le médecin s'enquiert auprès des proches pour prendre connaissance d'un éventuel refus informel formulé par le donneur durant sa vie, il est à craindre que ceux-ci prêtent au défunt leur propre sentiment. Même si tel est le cas, il paraît difficile, sur le plan moral, éthique et humain, pour l'équipe médicale de passer outre le refus affiché par la famille⁶⁴. La modification opérée en 2007, qui supprime la possibilité d'opposition par la famille, se révèle ainsi ineffective en pratique.

Une solution intéressante serait notamment de substituer un consentement explicite au consentement présumé et, dès lors, d'obliger les citoyens à se prononcer clairement sur cette question, au sortir de l'adolescence par exemple afin d'éviter cette difficulté. Cependant, la simple idée que le corps d'un proche mort puisse être ainsi arraché à sa famille parce qu'il aurait consenti explicitement au don heurte l'opinion et les sensibilités. Cette hostilité provient principalement du fait que lorsque la personne est déclarée en état de mort cérébrale,

⁵⁹ A.-C. SQUIFFLET, "Le droit face à la pénurie d'organes : quels apports pour quelle efficacité ?", *Annales de Droit de Louvain*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 382.

⁶⁰ Article 4, §2 de la loi du 13 juin 1986, *M.B.*, 14 février 1987.

⁶¹ A.-C. SQUIFFLET, "Le droit face à la pénurie d'organes : quels apports pour quelle efficacité ?", *Annales de Droit de Louvain*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 383.

⁶² Demande d'explications n°3-2111 de M. Patrick VANKRUNKELSVEN du 8 février 2007, *Annales*, Sénat, 2006-2007, n°3-203, p. 57.

⁶³ A.-C. SQUIFFLET, "Le droit face à la pénurie d'organes : quels apports pour quelle efficacité ?", *Annales de Droit de Louvain*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 383.

⁶⁴ A.-C. SQUIFFLET, "Le droit face à la pénurie d'organes : quels apports pour quelle efficacité ?", *Annales de Droit de Louvain*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 390.

son cœur bat encore, et son corps est encore chaud au toucher. « *Il s'agit d'une mort médicale, mais non d'une mort culturellement évidente* »⁶⁵.

Chapitre 2 – La problématique de la pénurie d'organes : ses causes et ses conséquences

Il est indispensable d'analyser en détail la problématique que constitue la pénurie d'organes afin de comprendre le phénomène du trafic d'organes qui en est la conséquence principale.

Ce chapitre est consacré à l'étude de la notion que recouvre la pénurie d'organes (Section 1), à l'analyse des facteurs qui influencent l'étendue de la pénurie (Section 2), ainsi qu'aux causes et aux conséquences de la pénurie d'organes (Section 4 et Section 5). Nous exposerons également les chiffres de la pénurie d'organes en Belgique, en Europe et dans le monde (Section 3).

Section 1 – Définition de la pénurie d'organes

La pénurie est définie par le Larousse comme étant « *un manque de ce qui est nécessaire* »⁶⁶.

Nous retiendrons, dans le cadre de cette étude, la notion de pénurie d'organes définie non pas par le seul écart entre l'offre et la demande, c'est-à-dire entre le nombre d'organes disponibles et le nombre de patients inscrits en liste d'attente, mais nous parlerons de pénurie d'organes lorsque des décès surviennent parmi les patients inscrits en liste d'attente⁶⁷.

Ce choix est fait au nom du principe de proportionnalité. L'enjeu est effectivement différent selon que la problématique de la pénurie se pose en termes de vie et de mort des patients, ou selon qu'elle se pose en termes d'alternatives thérapeutiques qui peuvent être offertes ou non aux patients.

En effet, l'admission aux listes d'attente est actuellement restrictive en raison du nombre limité d'organes disponibles. Dès lors, ces listes sont uniquement composées de patients entre la vie et la mort pour qui les alternatives thérapeutiques n'existent pas.

Les instruments incitatifs au don d'organes qui seront étudiés plus bas⁶⁸ paraissent dès lors plus facilement justifiables, car il s'agit de sauver la vie des patients inscrits en liste d'attente.

À l'inverse, si le nombre d'organes disponibles était plus élevé, les conditions d'accès seraient probablement plus souples et l'on pourrait prôner la transplantation comme

⁶⁵ D. SICARD, *op. cit.*, p. 22.

⁶⁶ *Le Petit Larousse illustré*, Paris, Larousse-Bordas, 1998.

⁶⁷ M. MADER, *op. cit.*, p. 22.

⁶⁸ Voy. *infra* chapitre 3.

alternative thérapeutique à un autre traitement médical, tel que le traitement de dialyse par exemple, à des patients qui ne sont pas en danger de mort immédiate.

Dans ce cadre, les instruments incitatifs au don d'organes sont plus difficilement justifiables étant donné que la pénurie englobe des patients qui sont en attente d'une transplantation en tant qu'alternative à leur traitement de dialyse⁶⁹.

Section 2 – Facteurs influençant l'étendue de la pénurie

Il convient de noter que la pénurie varie selon les pays qu'elle touche en raison de certains facteurs que les chiffres officiels ne parviennent pas à refléter suffisamment.

Tout d'abord, les équipes médicales d'un État n'exploitent pas de façon égale les sources possibles d'organes, en fonction de leur politique ou de leurs convictions. Certains pays délaissent effectivement complètement les dons *post mortem* et ne recourent qu'aux dons entre vifs, tandis que certains autres se montrent réticents vis-à-vis des donneurs vivants, ne laissant dès lors qu'une place marginale aux dons entre vifs⁷⁰.

Ensuite, certaines équipes préfèrent ne pas prélever l'ensemble des organes de la personne décédée. *A contrario*, certains centres de prélèvement repoussent parfois les limites de la science et n'hésitent pas à accepter des donneurs « marginaux » ou « à risques ».

En outre, il est possible que certains patients, bien que non transplantables en raison d'une affection particulière, soient néanmoins inscrits sur la liste d'attente afin de les conforter psychologiquement.

Enfin, la pénurie est la conséquence du succès de la transplantation qui est vue comme le remède le plus efficace contre certaines maladies. Cela influence considérablement la demande d'organes.

Ces facteurs, en influençant l'ampleur constatée du manque d'organes, viennent quelque peu fausser la comparaison entre pays⁷¹. Il convient donc d'y être attentif.

⁶⁹ M. MADER, *op. cit.*, p. 23.

⁷⁰ A.-C. SQUIFFLET, "Le droit face à la pénurie d'organes : quels apports pour quelle efficacité ?", *Annales de Droit de Louvain*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 362.

⁷¹ *Ibidem*, p. 363.

Section 3 – Quelques chiffres de la pénurie d’organes

Précisons d’emblée que la plupart des pays ayant mis en place un système de prélèvement et de transplantation d’organes sont touchés par la pénurie d’organes.

Notre analyse des chiffres de la pénurie d’organes, qui porte sur la Belgique (sous-section 1), l’Europe et sur le monde (sous-section 2), se limite au cas du rein, qui est le cas le plus significatif en termes de greffes réalisées.

Sous-Section 1 – La situation en Belgique

Les chiffres publiés par le Conseil de l’Europe font état de la situation suivante : en 2008, 813 personnes étaient dans l’attente d’une greffe de rein. En 2009, 540 nouvelles personnes furent ajoutées à la liste d’attente tandis que 27 patients mouraient sans avoir pu bénéficier d’une transplantation⁷². Seules 477 greffes de rein furent effectuées en 2009.

Notons que malgré l’insuffisance des prélèvements face aux besoins réels, la Belgique se situe, avec l’Espagne, parmi les leaders mondiaux du nombre de transplantations et de prélèvements par million d’habitants. En 2011 et 2012, on relève 29 donneurs d’organes par million d’habitants en Belgique, constituant ainsi le double du taux de prélèvement en Allemagne (12,5/million d’habitants en 2012) et aux Pays-Bas (15/million d’habitants en 2012).

Sous-section 2 – La situation en Europe et dans le monde

Le graphique reproduit ci-dessous⁷³ rassemble les données recueillies dans 8 pays différents, à savoir la Belgique, l’Allemagne, l’Autriche, la Croatie, le Luxembourg, les Pays-Bas et la Slovaquie, et expose l’écart entre l’offre et la demande de rein.

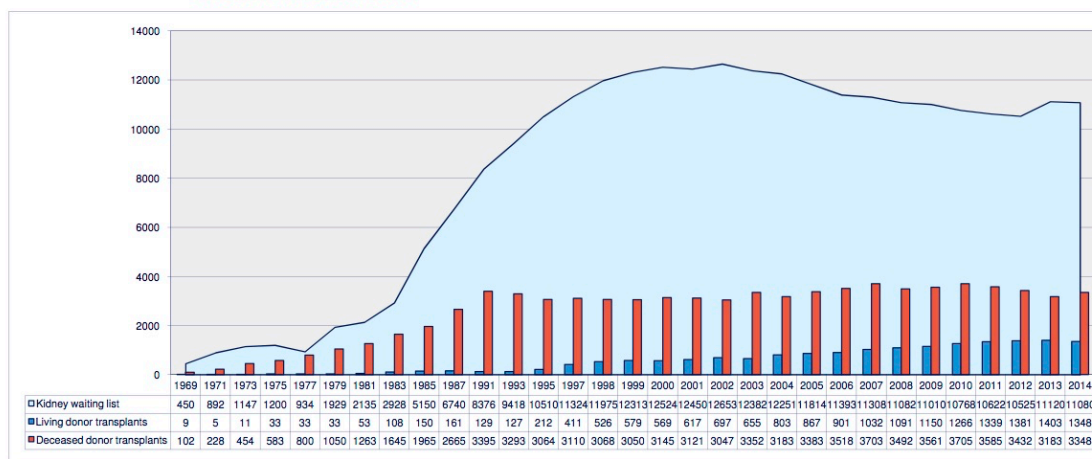
Nous pouvons clairement visualiser l’importante différence entre la courbe, représentant la liste d’attente, et les bâtonnets, représentant le nombre de transplantations effectuées, malgré une certaine amélioration ces dernières années.

Ces données proviennent de l’organisme Eurotransplant qui est chargé de régler la répartition de greffons en Belgique. Eurotransplant, dont l’objectif est d’augmenter les chances de trouver un receveur compatible pour leurs donneurs, compte aujourd’hui 8 pays, mentionnés ci-dessus.

⁷² A.-C. SQUIFFLET, “Le droit face à la pénurie d’organes : quels apports pour quelle efficacité ?”, *Annales de Droit de Louvain*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 364.

⁷³ Fondation internationale Eurotransplant, « Rapport annuel 2014 », p.50, https://www.eurotransplant.org/cms/mediaobject.php?file=ar_2014.pdf.

Figure 5.5 Dynamics of the Eurotransplant kidney transplant waiting list and transplants between 1969 and 2014



En Afrique et en Asie, très peu de pays possèdent un programme efficient de prélèvement et de transplantation d'organes, et si c'est le cas, des statistiques officielles sont soit partiellement accessibles, soit inexistantes⁷⁴. Le constat de la pénurie est toutefois visible indirectement sur Internet⁷⁵.

Le phénomène généralisé de la pénurie d'organes connaît cependant une exception en Iran, seul État au monde qui ne connaît plus de liste d'attente pour obtenir un rein depuis 1999. Nous analyserons le cas spécifique de l'Iran plus loin⁷⁶.

Section 4 – Les diverses causes de la pénurie d'organes

Les obstacles médicaux (sous-section 1), l'augmentation de la demande de greffons (sous-section 2), la stabilité de l'offre de greffons (sous-section 3) et, enfin, les principes juridiques qui régissent actuellement le don d'organes (sous-section 4) constituent les facteurs ayant contribué à la pénurie d'organes qui sévit actuellement dans le monde entier.

⁷⁴ A.-C. SQUIFFLET, "Le droit face à la pénurie d'organes : quels apports pour quelle efficacité ?", *Annales de Droit de Louvain*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 364.

⁷⁵ Voyons par exemple pour l'Afrique du Sud, <http://www.odf.org.za>; pour la Tunisie, <http://www.tunisia-today.com/archives/42112>.

⁷⁶ Voy. *infra* p. 53.

Sous-section 1 – Les obstacles médicaux

Nous évoquons ici les obstacles biologiques inhérents à la médecine de transplantation qui limitent la disponibilité des organes. Il s'agit de problèmes de compatibilité entre le donneur et le receveur, de contre-indications au prélèvement, du fait que les organes ne peuvent être stockés que durant un nombre limité d'heures : 30 à 48 heures pour le rein contre quelques heures seulement pour le cœur⁷⁷.

En outre, le prélèvement d'organes est souvent limité aux cas de mort cérébrale qui ne représentent qu'un pourcent des décès survenant chaque année au sein de la population⁷⁸.

Par ailleurs, certains organes tels que le cœur ne peuvent être prélevés que sur des donneurs décédés.

Enfin, l'âge du donneur constitue également une limite et varie selon les organes. Pour le rein, le donneur peut avoir jusqu'à 80 ans⁷⁹.

S'agissant du don *post mortem*, nous pouvons également dénoter un recensement insuffisamment optimal des individus en état de mort encéphalique. Les deux principales raisons sont, d'une part, le fait que les services hospitaliers de réanimation ne sont pas équipés, formés, ou préparés pour préserver les organes des donneurs potentiels et d'autre part, la difficulté pour le corps médical de reconnaître la mort cérébrale comme constituant la mort de l'individu⁸⁰.

Sous-section 2 – L'accroissement de la demande de greffons

§1 – Facteurs liés au monde médical

Les importants progrès scientifiques et médicaux ainsi que le succès de la transplantation d'organes ont fortement contribué à l'explosion de la demande d'organes⁸¹.

Parmi les progrès médicaux les plus remarquables, nous pouvons citer la découverte des règles de la compatibilité tissulaire ayant permis le développement des greffes non apparentées, et l'évolution des techniques de greffes permettant de prélever des organes sur

⁷⁷ M. MADER, *op. cit.*, p. 29.

⁷⁸ M. MADER, *op. cit.*, p. 29.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ V. SCHWACH, « Le complexe du vautour ». Attitudes des professionnels hospitaliers concernés par les prélèvements d'organes », in *Ethique et transplantation d'organes*, sous la direction de J.-F. Collange, Paris, Ellipses, 2000, pp. 136-137.

⁸¹ M. MADER, *op. cit.*, p. 366.

des donneurs plus âgés⁸². De nouveaux médicaments ont également permis une diminution des réactions de rejet.

En conséquence, les indications de transplantations se sont élargies, agrandissant ainsi le « *pool* » de patients en attente d'un organe⁸³.

§2 – Facteurs sociaux

Les facteurs sociaux sont au nombre de deux.

Premièrement, l'espérance de vie moyenne étant en augmentation, le nombre de personnes qui auront besoin d'un organe dans le courant de leur vie risque de s'élargir.

Deuxièmement, l'augmentation de personnes affectées par une maladie de civilisation telle que le diabète de type 2 ou l'obésité entraîne un accroissement des indications médicales pour les transplantations⁸⁴.

§3 – Facteurs liés aux coûts

Nous allons dresser ici l'analyse de la dimension socio-économique de la pénurie.

Tout d'abord, il faut mentionner que les greffes engendrent un bénéfice individuel par rapport à des traitements alternatifs. Il est effectivement admis que la survie des patients transplantés est 2,5 fois supérieure à celle des dialysés⁸⁵.

Ensuite, la greffe rénale, à efficacité supérieure, est moins coûteuse que le traitement alternatif qu'est la dialyse. L'Union européenne indique que la greffe de 10 000 patients en état d'insuffisance rénale correspond, par rapport au coût de la dialyse, à une économie annuelle de 200 millions d'euros⁸⁶. Le rapport entre l'efficacité et le coût de la greffe est clairement supérieur au rapport entre l'efficacité et le coût de la dialyse, ce qui constitue un élément majeur dans le cadre de la lutte contre la pénurie d'organes.

La différence de coût permet non seulement de financer les efforts d'organisation du prélèvement et de suivi du greffé, mais également de prendre en compte le coût des autres greffes⁸⁷.

⁸² D. HOUSSIN, « Introduction », in *Réflexions éthiques sur la pénurie d'organes en Europe*, sous la direction de Y. Caille et M. Doucin, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 121.

⁸³ M. MADER, *op. cit.*, p. 30.

⁸⁴ M. MADER, *op. cit.*, p. 31.

⁸⁵ M. KESSLER, « Indications médicales de la greffe, résultats », in *Réflexions éthiques sur la pénurie d'organes en Europe*, sous la direction de Y. Caille et M. Doucin, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 41.

⁸⁶ V. GATEAU, *Pour une philosophie du don d'organes*, Paris, Vrin, 2009, p. 228.

⁸⁷ C. JACQUELINET, « Dimension socio-économique de la pénurie » in *Réflexions éthiques sur la pénurie d'organes en Europe*, sous la direction de Y. Caille et M. Doucin, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 43.

Sous-section 3 – La stabilité de l’offre

Parallèlement à l’augmentation de la demande d’organes, nous pouvons constater une stagnation quant à la disponibilité des organes, provoquant ainsi un déséquilibre considérable entre l’offre et la demande. Divers facteurs sont à l’origine de cette stagnation.

Premièrement, les progrès de la réanimation ainsi que la meilleure prise en charge des accidents vasculaires et des traumatismes crâniens permettent de sauver des vies là où ce n’était pas possible auparavant, diminuant ainsi le nombre de donneurs potentiels décédés⁸⁸.

Deuxièmement, la réticence au don de la part des proches et des donneurs potentiels constitue la première cause de la pénurie d’organes en Europe. Nos sociétés sont globalement très favorables à la transplantation quand il est question d’en bénéficier. En revanche, quand il s’agit de donner, la réflexion est plus complexe et délicate. Les familles sont communément réticentes à consentir au don pour deux raisons : la volonté de préserver l’intégrité du défunt, qui s’impose face à la perspective de la survie d’un demandeur d’organes inconnu, et la peur que les médecins procèdent au prélèvement sans s’assurer de la mort du patient⁸⁹.

De même, certains individus sont réticents à se prononcer, de leur vivant, en faveur du don, par peur de ne pas bénéficier de tous les moyens disponibles afin d’être sauvé et par manque d’empathie envers des personnes anonymes⁹⁰. Le manque de connaissance quant au domaine de la transplantation constitue également une cause de la réticence des individus à se présenter comme donneur. À cela s’ajoute l’absence de conscience quant au fait qu’une personne a tout autant, voire plus de chance, de se trouver dans la situation où elle a besoin d’un organe que dans celle où elle devrait faire le choix de donner.

Par ailleurs, les croyances religieuses, philosophiques ou idéologiques peuvent également pousser les individus à s’opposer au don d’organes⁹¹.

Ces réticences ne sont pas véritablement rationnelles et pour les proches qui font face à la mort d’un donneur potentiel, elles ne sont parfois que transitoires. Certaines familles avouent effectivement regretter, *a posteriori*, d’avoir refusé le prélèvement sur leur proche décédé.

⁸⁸ *Ibidem* ; M. MADER, *op. cit.*, p. 31.

⁸⁹ A.-C. SQUIFFLET, “Le droit face à la pénurie d’organes : quels apports pour quelle efficacité ?”, *Annales de Droit de Louvain*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 368.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ A.-C. SQUIFFLET, “Le droit face à la pénurie d’organes : quels apports pour quelle efficacité ?”, *Annales de Droit de Louvain*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 368.

Il convient dès lors, d'une part, d'informer et de sensibiliser le public afin non seulement d'établir un climat de confiance avec la population, mais également que chacun se pose la question tant dans la perspective de la greffe que du prélèvement⁹².

D'autre part, l'entretien avec les proches après le décès d'un donneur potentiel est d'une importance considérable et nécessite la formation des professionnels de la santé afin d'aborder au mieux la famille. Il résulte d'une étude que seuls 9% des médecins américains sont capables d'expliquer la mort encéphalique⁹³.

Comment s'étonner, dans une telle situation, que les proches soient réticents à l'égard du don d'organes ?

Il est pertinent de mentionner à cet égard que l'Espagne, qui est le champion de l'Europe en matière de don d'organes avec 34 donneurs prélevés par million d'habitants, a mis l'accent sur la communication, l'éducation et la professionnalisation du personnel de santé dans le cadre de la lutte contre la pénurie d'organes⁹⁴.

Troisièmement, la stabilité de l'offre est causée par des éléments extérieurs qui sont indépendants de la volonté des individus.

Il y a tout d'abord l'impact des médias qui pourrait jouer un rôle particulièrement important dans ce domaine. Malheureusement, il existe peu de campagnes sur la transplantation et les médias abordent trop rarement ce sujet. De plus, on remarque une tendance à ne mettre en avant que les aspects négatifs de la problématique, à savoir les erreurs médicales ou les trafics d'organes, contribuant ainsi à une mauvaise publicité du domaine de la transplantation et du prélèvement⁹⁵.

Enfin, la diminution du nombre d'accidents de la circulation depuis plusieurs années a fait décroître le nombre de personnes susceptibles de se retrouver en état de mort cérébrale⁹⁶.

⁹² D. HOUSSIN, *op. cit.*, p. 121.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ M. MANYALICH, « Importance de l'abord des proches – formation des équipes de coordination (TPM) », in *Réflexions éthiques sur la pénurie d'organes en Europe*, sous la direction de Y. Caille et M. Doucin, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 165.

⁹⁵ A.-C. SQUIFFLET, "Le droit face à la pénurie d'organes : quels apports pour quelle efficacité ?", *Annales de Droit de Louvain*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 369.

⁹⁶ A.-C. SQUIFFLET, "Le droit face à la pénurie d'organes : quels apports pour quelle efficacité ?", *Annales de Droit de Louvain*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 370.

Sous-section 4 – Les principes juridiques entourant le don d’organes

Le principe de gratuité du don et l’interdiction du commerce d’organes qui gouvernent la médecine de transplantation, en faisant échec à toute transaction privée à titre onéreux, empêchent qu’un plus grand nombre de donneurs soit disponible⁹⁷.

Alors que la vision marchande des rapports sociaux est largement prédominante dans notre monde, la transplantation d’organe fait exception : les parlements nationaux, les instances politiques fédérales telles que l’Europe, et les organisations internationales telles que l’Organisation mondiale de la Santé convergent sur le principe d’une interdiction absolue du commerce d’organes humains.

Cependant, aux États-Unis et en Allemagne où la vente d’organes est illégale, le sang et le plasma, qui pourraient être considérés comme des organes liquides, sont bien commercialisables. En outre, les produits du corps humain, une fois aux mains de l’industrie pharmaceutique, sont traités comme des médicaments et peuvent faire l’objet d’une commercialisation.

Comment, dès lors, justifier l’exclusion des organes de la sphère du commerce marchand alors que ce dernier est considéré comme l’institution par excellence d’un échange efficace⁹⁸ ? Nous verrons plus loin les arguments favorables et défavorables au commerce d’organes ainsi que les valeurs qui fondent le principe de gratuité du don et de l’interdiction du commerce d’organes⁹⁹.

Section 5 – Les conséquences tragiques de la pénurie d’organes

Les conséquences du manque de greffons peuvent être directes et indirectes.

De manière directe, la pénurie d’organes s’accompagne d’un allongement du temps d’attente pour les patients, entraînant également une diminution de leur qualité de vie. Le traitement de la dialyse auquel doit se soumettre le patient en attente d’une greffe de rein est effectivement très lourd et contraignant. Ce traitement, pouvant mobiliser le patient jusqu’à douze heures par semaine, prive ainsi la personne de toute autonomie.

⁹⁷ M. MADER, *op. cit.*, p. 33.

⁹⁸ P. STEINER, *La transplantation d’organes : Un commerce nouveau entre les êtres humains*, Paris, Gallimard, 2010, p. 14.

⁹⁹ Voy. *infra*, chapitre 5.

Ensuite, cet allongement représente un coût individuel, pour le patient, mais également pour la société. Il peut en résulter le décès de la personne dont l'organe requis n'a pas pu être trouvé à temps¹⁰⁰.

En outre, une certaine pression peut amener les médecins à être moins sélectifs dans le choix des organes à transplanter afin de satisfaire la demande d'organes, avec le risque d'engendrer des complications chez le receveur qui voit son état de santé s'empirer à la suite d'une telle transplantation. De telles complications provoquent par ailleurs des coûts supplémentaires pour le patient et la société¹⁰¹.

De manière indirecte, la pénurie d'organes engendre un trafic d'organes et un tourisme de transplantation.

En conclusion, la pénurie d'organes représente un important problème de santé publique qui se doit d'être résolu par une solution juridique permettant une réduction des obstacles au traitement des patients de plus en plus nombreux en attente d'un organe¹⁰². Le contexte actuel de la transplantation d'organes prouve effectivement l'impuissance de l'altruisme à demeurer la seule incitation au don d'organes. Le droit doit trouver l'équilibre entre l'interdiction absolue du trafic d'organes et la nécessité urgente de prendre des mesures afin d'accroître l'offre d'organes et, ainsi, de lutter contre le trafic d'organes.

¹⁰⁰ A.-C. SQUIFFLET, "Le droit face à la pénurie d'organes : quels apports pour quelle efficacité ?", *Annales de Droit de Louvain*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 371.

¹⁰¹ A.-C. SQUIFFLET, "Le droit face à la pénurie d'organes : quels apports pour quelle efficacité ?", *Annales de Droit de Louvain*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 372.

¹⁰² M. MADER, *op. cit.*, p. 39.

Chapitre 3 – Le trafic d’organes, le commerce d’organes et le tourisme de transplantation

Nous commencerons par définir les notions de trafic d’organes, de commerce d’organes et de tourisme de transplantation (section 1) avant de dresser un état des lieux détaillant ce que recouvrent, en pratique, ces différentes problématiques, et notamment les pays concernés, les bénéficiaires ainsi que les victimes (section 2). Il sera ultérieurement question d’analyser la réglementation, tant nationale qu’eupéenne et internationale, actuelle et future régissant le trafic d’organes et le tourisme de transplantation (section 3).

Section 1 – Définitions

Il convient d’emblée de distinguer diverses notions.

Le trafic d’organes désigne la recherche, le transport, le transfert, la détention ou la réception des personnes vivantes ou décédées ou de leurs organes en faisant usage de menaces, de violence ou de toute autre forme de coercition et d’abduction¹⁰³, par la fraude ou par tromperie, par abus de pouvoir ou en mettant à profit la vulnérabilité des individus. Le trafic d’organe consiste également dans le fait de donner ou de recevoir en tant que tierce partie un paiement ou toute autre forme de bénéfice, pour conduire un donneur potentiel à se laisser exploiter par l’ablation de ses organes en vue d’une transplantation¹⁰⁴.

Le commerce de transplantation désigne la politique ou la pratique durant laquelle un organe est traité comme une marchandise, notamment en étant acheté ou vendu, ou utilisé en vue d’un gain matériel¹⁰⁵.

Enfin, le voyage pour transplantation se définit par « *le déplacement d’organes, de donneurs, de receveurs ou de professionnels de la transplantation au-delà des frontières juridictionnelles, dans un objectif de transplantation. Ce voyage pour transplantation devient du tourisme de transplantation s’il implique du trafic d’organes et/ou du commerce de transplantation, ou si les ressources utilisées pour la transplantation de patients venant de l’extérieur d’un pays (qu’il s’agisse d’organes, de professionnels ou de centres de*

¹⁰³ La définition de l’abduction donnée par le Larousse est la suivante : « *Mouvement qui consiste à écarter un membre ou un segment de membre de l’axe du corps* ».

¹⁰⁴ Préambule de la déclaration d’Istanbul contre le trafic d’organes et le tourisme de transplantation, Kidney International 74, no. 7 (2008).

¹⁰⁵ *Ibidem*.

transplantation) réduisent les capacités de ce pays à répondre aux besoins de transplantation de sa propre population »¹⁰⁶.

Le tourisme de transplantation est la partie la plus visible du commerce d'organes et du trafic d'êtres humains : 6.000 greffes rénales, à savoir près de 10% du total mondial annuel, sont réalisées dans ce cadre. Ce tourisme est la conséquence de l'écart entre les dons d'organes et les besoins des patients en attente de greffe.

Le rapport de Madame Vermot-Mangold présenté au Conseil de l'Europe qualifie ce tourisme de nocif, le pays « cannibalisé » ne pouvant effectivement plus répondre à ses propres besoins de transplantations¹⁰⁷.

Section 2 – État des lieux

L'Organisation mondiale de la Santé estime que le marché noir de la transplantation représente une dizaine de milliers d'opérations par an¹⁰⁸.

Précisons d'emblée que le trafic d'organes humains touche essentiellement des populations défavorisées. L'échange réalisé à l'occasion d'un trafic d'organes se déroule constamment selon le même modèle : un individu pauvre consent à monnayer une partie de son corps afin d'améliorer son sort.

Les conditions d'organisation qui facilitent le trafic d'organes et qui contribuent à son développement sont l'absence de cadre législatif ou son non-respect, les infrastructures existantes, la complicité des équipes médicales, des intermédiaires recrutant les vendeurs et enfin, des politiques gouvernementales incitatives.

Aux États-Unis, par exemple, se développe une pratique particulièrement choquante et constituant une véritable promotion du tourisme de transplantation. Des compagnies d'assurance-maladie offrent effectivement à leurs assurés des « *medical value travel packages* » couvrant les dépenses d'un traitement médical à l'étranger.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ C.-E. CLESSE, *La traite des êtres humains : droit belge éclairé des législations française, luxembourgeoise et suisse*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 405-406.

¹⁰⁸ Conseil de l'Europe, « Une nouvelle convention contre le trafic d'organes humains », 25 mars 2015, disponible sur <http://www.coe.int/fr/web/portal/-/a-new-convention-on-trafficking-in-human-organs>.

Cette pratique permet à la fois au patient de se procurer rapidement un organe, tel qu'un rein, et aux assurances d'économiser des sommes importantes du fait de la redondance du traitement de dialyse en cas de défaillance rénale¹⁰⁹.

Les pays dans lesquels il est possible d'acheter un organe provenant d'un donneur vivant sont nombreux. C'est le cas notamment de l'Asie, du Moyen-Orient et de l'Amérique du Sud, et plus spécifiquement de la Chine, des Philippines, de l'Inde, du Pakistan, de l'Égypte, du Brésil et de l'Iran¹¹⁰.

La Chine est le seul pays où l'achat d'organes provenant d'un prélèvement cadavérique est possible. Avec un total de 8 000 à 10 000 exécutions en 2006, la Chine a véritablement développé une industrie de la transplantation avec le prélèvement d'organes sur les condamnés à mort. Cette pratique a toutefois été restreinte, sans être totalement abolie, depuis les Jeux olympiques en 2008, par une diminution du nombre d'exécutions, un meilleur contrôle des centres de transplantation, et une interdiction légale pour les étrangers de bénéficier d'une greffe¹¹¹.

En Inde, dans un camp de réfugiés où vivent les victimes les plus pauvres du tsunami de 2004, plusieurs individus, généralement des femmes, se voient contraints de vendre un de leurs reins afin d'aider leur famille à se nourrir et à payer leurs dettes¹¹².

Il résulte des données provenant de trois pays (l'Inde, le Pakistan et les Philippines), où la vente d'organes est aujourd'hui illégale, que les vendeurs perçoivent 20 ou 30% de moins que le montant promis, et que 80% de ces vendeurs voient leurs capacités physiques et de travail diminuées après le prélèvement, ce qui entraîne une perte mensuelle de revenu allant jusqu'à 30%¹¹³. Ainsi, les montants obtenus à l'occasion de cette vente sont non seulement insuffisants pour leur permettre de rembourser leurs dettes, mais leur misère est régulièrement accrue par le fait qu'ils se voient diminués physiquement. La médecine de transplantation contribue ainsi à accroître les inégalités de genre, d'ethnicité et de classe¹¹⁴.

¹⁰⁹ M. MADER, *op. cit.*, p. 5.

¹¹⁰ M. LE QUINTREC, « Le trafic d'organes (état des malades greffés dans le cadre d'un trafic, devenir des donneurs « rémunérés » », in *Réflexions éthiques sur la pénurie d'organes en Europe*, sous la direction de Y. Caille et M. Doucin, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 61.

¹¹¹ J. BELGHITI, « Tourisme de transplantation, impact des pénuries », in *Réflexions éthiques sur la pénurie d'organes en Europe*, sous la direction de Y. Caille et M. Doucin, Paris, L'Harmattan, 2010, pp. 58-59.

¹¹² C. LAFONTAINE, *op. cit.*, p. 81.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ C. LAFONTAINE, *Le corps-marché : la marchandisation de la vie humaine à l'ère de la bioéconomie*, Paris, Seuil, 2014, p. 81.

On retrouve effectivement parmi les vendeurs d'organes, plus de femmes, d'individus en difficulté financière et de personnes « de couleur »¹¹⁵.

Par ailleurs, 70 à 80% des vendeurs disent regretter leur acte¹¹⁶, à la fois parce qu'ils n'imaginaient pas la lourdeur de l'opération, la durée du rétablissement, et le sentiment de honte qu'ils ressentiraient¹¹⁷.

En outre, les conditions sanitaires dans lesquelles se trouvent les vendeurs, ajoutées aux conditions d'illégalité dans lesquelles les transplantations sont réalisées, sont à l'origine de la transmission de pathologies infectieuses aux receveurs, via le greffon¹¹⁸. Ces complications entraînent une morbidité à court terme importante¹¹⁹.

Les bénéficiaires de cette vente d'organe sont essentiellement des patients provenant de pays riches du Sud tels que la Corée du Sud, la Malaisie, l'Arabie Saoudite ainsi que de pays développés du Nord, à savoir les États-Unis et le Canada, depuis les années 2000.

Le trafic s'étend également à l'Europe¹²⁰. Alors que les Occidentaux aisés avaient pour coutume de se rendre jusqu'en Inde ou en Chine pour se procurer un organe, les opérations ont actuellement lieu sur le sol européen dans une large mesure. Cette nouvelle pratique résulte principalement de l'éclatement de l'ex-empire soviétique et de l'émergence d'une mafia exploitant une pauvreté européenne croissante¹²¹.

L'anthropologue Monir Moniruzzaman utilise le terme de « *bio violence* » pour traduire cette nouvelle réalité et la définit comme étant « *un instrument qui transforme les corps humains, morts ou vivants, entièrement ou en partie, en lieux d'exploitations diverses à travers les nouvelles technologies médicales* »¹²².

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ M. LE QUINTREC, *op. cit.*, p. 62.

¹¹⁷ J. MORRIS PETER, *Les transplantations*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2003, p. 180.

¹¹⁸ M.-F. MAMZER BRUNEEL, E. GRAND, H. KREIS, C. HERVE, "Comment augmenter le nombre d'organes disponibles en France", in *Accès aux transplantations d'organes et de tissus en europe et droits aux soins en Europe*, sous la coordination de Anne-Marie Duguet, Bordeaux, Les études hospitalières, 2009, p. 63.

¹¹⁹ M. LE QUINTREC, *op. cit.*, p. 62.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ J. MORRIS PETER, *op. cit.*, p. 177.

¹²² M. MONIRUZZAMAN, « « Living Cadavers » in Bangladesh » : Bioviolence in the Human Organ Bazaar », *Medical Anthropology Quarterly*, vol. 26, n°1, 2012, pp. 69-91.

Section 3 – Réglementation actuelle et future concernant le trafic d’organes et le tourisme de transplantation

Cette présente section sera l’occasion d’analyser le cadre légal tant national (§1), qu’eupéen (§2) et international (§3), qui régit actuellement le trafic d’organes et le tourisme de transplantation (sous-section 1). Nous présenterons, par la suite, la Convention du Conseil de l’Europe contre le trafic d’organes humains qui constitue le cadre légal international futur étant donné qu’elle n’est pas encore entrée en vigueur (sous-section 2).

Sous-section 1 – Analyse du cadre légal national, européen et international actuel

§1 – En Belgique

En Belgique, l’instrument central qui régit le prélèvement et la transplantation d’organes est la loi du 13 juin 1986¹²³. L’article 4 de la loi dispose que « *les dons d’organes de donneurs décédés et de donneurs vivants sont volontaires et non rémunérés* » et que « *le prélèvement des organes doit s’effectuer sur une base non lucrative* ». En outre, l’article 17, §3 de ladite loi prévoit une sanction en cas de non-respect du principe de gratuité du don : un emprisonnement de trois mois à un an et une amende de 1 000 francs à 10 000 francs, ou de l’une de ces peines seulement.

Sur le plan pénal d’autre part, l’article 433*quinquies*, §1^{er}, 4° du Code Pénal punit, en tant que finalité, le prélèvement d’organes qui est en violation de la loi du 13 juin 1986 sur le prélèvement et la transplantation d’organes, ou de matériel corporel humain en violation de la loi du 19 décembre 2008 relative à l’obtention et à l’utilisation de matériel corporel humain destiné à des applications médicales humaines ou à des fins de recherche scientifique¹²⁴.

L’auteur doit avoir pour but de prélever lui-même ou de permettre le prélèvement.

Tant les médecins que les intermédiaires qui recherchent les donneurs, les paient, ou permettent le prélèvement sur des corps des condamnés sont donc visés par cette disposition.

Par contre, il est impossible de condamner l’acquéreur-transplanté sur cette base.

L’article 433*quinquies* du Code Pénal ne punit effectivement que celui qui recrute, transporte, transfère, héberge, accueille une personne, prend ou transfère le contrôle exercé sur elle afin de prélever sur cette personne ou de permettre le prélèvement d’un organe¹²⁵.

¹²³ Loi du 13 juin 1986 sur le prélèvement et la transplantation d’organes, *M.B.*, 14 février 1987.

¹²⁴ C.-E. CLESSE, *op. cit.*, p. 391.

¹²⁵ Article 433*quinquies*, 1^{er}, alinéa 1 du Code Pénal, *M.B.*, 9 juin 1867.

L'acte de recruter le donneur pourra éventuellement être attribué à la personne qui souhaite se faire transplanter, mais de manière générale, celle-ci va plutôt recourir aux services d'un médecin ou d'une clinique¹²⁶.

Cette absence de condamnation de l'acquéreur-transplanté, qui est également d'application au Luxembourg, est regrettable en matière de tourisme de transplantation, car « *celui-ci sait ou doit savoir que l'organe qu'il obtient si facilement dans un pays pauvre, alors qu'il est sur liste d'attente dans son pays riche, ne peut que provenir d'une victime consentante* »¹²⁷.

En comparaison, le Code pénal français punit le fait d'obtenir d'une personne l'un de ses organes contre un paiement même si l'organe en question provient d'un pays étranger et le Code pénal suisse incrimine l'acquéreur qui se livre à la traite d'un être humain en vue du prélèvement d'un organe. Le Conseil fédéral suisse a précisé que le bénéficiaire de la greffe sera punissable, étant donné qu'il prend part à l'acte, notamment en qualité d'instigateur.

Il paraît manifeste qu'une condamnation de l'acquéreur serait de nature à empêcher efficacement le tourisme de transplantation.

Au niveau civil, le corps humain étant hors commerce, toute transaction portant sur ce dernier est dès lors frappée de nullité sur la base de la contrariété à l'ordre public¹²⁸. Toutefois, l'exécution de cette sanction paraît inappropriée puisque la nullité du contrat implique de remettre les choses dans leur pristin état. Le donneur devrait alors se faire remettre son organe¹²⁹.

§2 – Au niveau européen

La plupart des pays du Conseil de l'Europe possèdent une législation luttant contre le commerce d'organes. Le mouvement a été lancé par la résolution (78) 29 du Conseil de l'Europe sur l'harmonisation des législations des États membres relatives aux prélèvements, greffes, et transplantations de substances d'origine humaine¹³⁰. Conformément à ses articles 9 et 14, aucune substance d'origine humaine ne peut être cédée dans un but lucratif.

¹²⁶ C.-E. CLESSE, *op.cit.*, p. 398.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ Voy. l'article 6 : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* » et l'article 1128 : « *Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions* » du Code civil, *M.B.*, 3 septembre 1807.

¹²⁹ C.-E. CLESSE, *op. cit.*, p. 404.

¹³⁰ Résolution (78) 29 du Comité des ministres du 11 mai 1978 sur l'harmonisation des législations des États membres relatives aux prélèvements, greffes et transplantations de substances d'origine humaine.

À sa suite, la Convention du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et de la biomédecine édicte, en son article 21, une interdiction de tirer profit du corps humain et de ses parties¹³¹. Elle astreint les États signataires à prévoir des sanctions en cas de manquements aux dispositions de la convention.

Un protocole additionnel, relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine, a été adopté le 24 janvier 2002 et prévoit l'interdiction du trafic d'organes et de tissus¹³².

Enfin, les principes directeurs de l'Organisation mondiale de la Santé sur la transplantation d'organes humains ont été approuvés par la résolution WHA44.25 adoptée par la 44^e Assemblée mondiale de la Santé en 1991. Ces principes ont influencé la législation de plus de 50 États membres ainsi que les codes et pratiques professionnelles¹³³.

§3 – *Au niveau international*

Trois instruments régissant le trafic d'organes et le tourisme de transplantation au niveau international peuvent être mis en évidence.

Il y a, d'une part, la déclaration d'Istanbul contre le trafic d'organes et le tourisme de transplantation qui relève du « *soft law* ». Il s'agit dès lors d'une norme à valeur indicative et non contraignante.

Elle a été élaborée et approuvée lors d'une conférence internationale organisée en mai 2008 et réunissant plus de 150 représentants provenant du monde entier : médecins, scientifiques, représentants de gouvernements, spécialistes en sciences sociales et éthiciens.

Parmi les six principes qu'elle édicte à propos du don et de la transplantation d'organes, l'un d'eux concerne la gratuité du don et l'interdiction du commerce. Ce principe décrète ainsi que « *le trafic d'organes et le tourisme de transplantation violent les principes d'égalité, de justice, et de respect de la dignité humaine et devraient être interdits* »¹³⁴.

Par ailleurs, il impose des obligations aux médecins et il tend à protéger les personnes vulnérables et susceptibles de devenir victimes d'un trafic ou d'un commerce d'organes, telles

¹³¹ Convention du conseil de l'Europe du 4 avril 1997 sur les droits de l'homme et la biomédecine (STCE n° 164).

¹³² Protocole additionnel relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine adopté le 24 janvier 2002.

¹³³ C.-E. CLESSE, *op. cit.*, p. 394.

¹³⁴ Principe 6 de la Déclaration d'Istanbul.

que des personnes analphabètes, pauvres, des immigrants en situation irrégulière, des prisonniers ou des réfugiés politiques ou économiques¹³⁵.

Enfin, la déclaration d'Istanbul émet des propositions de stratégies concrètes permettant de prévenir le trafic d'organes et le tourisme de transplantation en se focalisant sur la protection du donneur potentiel. Ces stratégies comprennent la prise en charge des frais exposés par le donneur vivant, y compris le suivi postopératoire, la conclusion d'un contrat d'assurance couvrant les risques de décès et d'invalidité du donneur, et l'accès prioritaire à la transplantation, inséré dans les règles de l'allocation, en cas de défaillance de l'organe restant pour le donneur vivant¹³⁶.

D'autre part, le Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants¹³⁷ et la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains du 16 mai 2005¹³⁸ comportent des dispositions incriminant la traite des êtres humains aux fins de prélèvement d'organes. Ces instruments internationaux sont, pour leur part, juridiquement contraignants.

En conclusion, nous pouvons constater que tant les législations nationales que les textes supranationaux consacrent l'interdiction de l'achat et de la vente d'organes ainsi que du trafic d'organes.

Sous-section 2 – Analyse du cadre légal international futur : la Convention du Conseil de l'Europe contre le trafic d'organes humains

§1 – Contexte d'élaboration de la Convention

Cette convention a été élaborée dans le contexte d'une prise de conscience quant aux nombreuses lacunes du cadre juridique international. Ce dernier n'envisage effectivement que le scénario d'un recours à des moyens coercitifs ou frauduleux pour exploiter une personne à des fins de prélèvement d'organes et ne couvre pas suffisamment les situations dans

¹³⁵ M. MADER, *op. cit.*, p. 137 ; M.-F. MAMZER BRUNEEL, "Déclaration d'Istanbul contre le trafic d'organes et le tourisme de transplantation", in *Accès aux transplantations d'organes et de tissus en europe et droits aux soins en Europe*, sous la coordination de Anne-Marie Duguet, Bordeaux, Les études hospitalières, 2009, p. 115.

¹³⁶ M. MADER, *op. cit.*, p. 138.

¹³⁷ Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, signée à New York le 15 novembre 2000.

¹³⁸ Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, signée à Varsovie le 16 mai 2005.

lesquelles le donneur aurait consenti au prélèvement ou ne serait pas considéré, pour d'autres raisons, comme une victime de traite au sens des conventions.

Le Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC), le Comité directeur pour la bioéthique (CDBI) et le Comité européen sur la transplantation d'organes (CD-P-TO) ont alors suggéré au Conseil de l'Europe d'élaborer une convention internationale de droit pénal contre le trafic d'organes humains afin de combler ces lacunes.

§2 – Contenu de la Convention

La Convention invite, en son article 4, les États parties à ériger en infraction pénale le prélèvement illicite d'organes humains de donneurs vivants ou décédés dans trois hypothèses. La première hypothèse concerne le prélèvement réalisé sans le consentement libre, éclairé et spécifique du donneur vivant ou décédé, ou dans le cas du donneur décédé, sans que le prélèvement ne soit autorisé en vertu du droit interne.

La deuxième hypothèse concerne l'octroi au donneur vivant ou à une tierce personne d'un profit ou d'un avantage comparable en échange du prélèvement d'organes.

Enfin, la troisième hypothèse concerne l'octroi à une tierce personne d'un profit ou d'un avantage comparable en échange du prélèvement d'organes sur un donneur décédé.

Elle invite également à ériger en infraction pénale les actes suivants : l'utilisation d'organes prélevés de manière illicite à des fins d'implantation ou à d'autres fins¹³⁹ ; l'implantation d'organes hors du système interne de transplantation ou en violation des principes essentiels des lois nationales en matière de transplantation¹⁴⁰ ; la sollicitation et le recrutement illicite, l'offre et la demande d'avantages indus¹⁴¹ ; la préparation, la préservation, le stockage, le transport, le transfert, la réception, l'importation et l'exportation d'organes humains prélevés de manière illicite¹⁴². Tout acte de complicité ou de tentative de commission de ces comportements est également érigé en infraction¹⁴³.

¹³⁹ Article 5 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, signée à Varsovie le 16 mai 2005.

¹⁴⁰ Article 6 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, signée à Varsovie le 16 mai 2005.

¹⁴¹ Article 7 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, signée à Varsovie le 16 mai 2005.

¹⁴² Article 8 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, signée à Varsovie le 16 mai 2005.

¹⁴³ Article 9 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, signée à Varsovie le 16 mai 2005.

En outre, la Convention prévoit des mesures de protection et de dédommagement des victimes. Elle institue par ailleurs des mesures de prévention destinées à garantir la transparence et un accès équitable aux services de transplantation.

Il faut préciser que les États parties restent libres d'appliquer les infractions mentionnées aux articles 4, 5, 7 et 9 au donneur et au receveur. En revanche, le chirurgien qui effectue le prélèvement ou l'implantation sera toujours couvert par l'obligation de criminalisation¹⁴⁴.

§3 – Critiques

Cet instrument est le premier traité international s'attaquant au crime que constitue le trafic d'organes.

Il présente l'avantage d'être ouvert à la signature des états membres du Conseil de l'Europe, de l'Union européenne, mais également des états non membres ayant le statut d'observateur auprès du Conseil de l'Europe. Elle a, dès lors, vocation à devenir une norme mondiale, ce qui constitue un atout non négligeable étant donné que le trafic d'organes touche essentiellement les pays du tiers-monde.

Par ailleurs, le champ d'application se veut particulièrement large au vu des nombreux comportements qu'elle érige en infraction pénale. Il est, en revanche, regrettable de laisser aux parties la liberté de sanctionner le donneur et le receveur, une telle possibilité nous paraissant être plus encline à empêcher efficacement le trafic d'organes.

Enfin, l'absence de toute référence faite à la pénurie d'organes, qui est l'une des principales causes du trafic d'organes, dans le chapitre relatif aux mesures de prévention pouvant être prises au niveau national, est déplorable¹⁴⁵.

§4 – État des signatures et entrée en vigueur

Rappelons que les conventions européennes ne deviennent juridiquement contraignantes que pour les États membres qui les signent et les ratifient.

À l'heure actuelle, quatorze pays ont signé la Convention. Il s'agit de l'Albanie, l'Autriche, la Belgique, l'Espagne, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg, la République de Moldova, la Norvège, la Pologne, le Portugal, la République tchèque, le Royaume-Uni et la Turquie.

La Convention entrera en vigueur dès que cinq pays l'auront ratifiée.

¹⁴⁴ Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe contre le trafic d'organes humains, signée à Saint-Jacques-de-Compostelle le 25 mars 2015.

¹⁴⁵ Avis 286 de l'Assemblée Parlementaire du 22 novembre 2013 sur le projet de Convention du Conseil de l'Europe contre le trafic d'organes humains.

Chapitre 4 – Les modèles de récompense au don d’organes

Perçus comme un moyen promoteur permettant de combattre la pénurie d’organes, les instruments incitatifs que peut adopter l’état prennent trois formes distinctes.

Nous analyserons successivement le modèle d’indemnisation (section 1), le modèle non pécuniaire, ou le modèle solidaire (section 2) et le modèle pécuniaire qui peut être soit indirect (section 3) soit direct (section 4).

Précisons d’emblée qu’il faut distinguer ces modèles de récompense du commerce d’organes. Alors que les premiers opèrent systématiquement dans le cadre d’un système de don et font intervenir une autorité étatique ou paraétatique, le deuxième implique des transactions à titre onéreux entre le donneur, le receveur et des tiers¹⁴⁶.

Le modèle du don récompensé constitue dès lors un troisième modèle qui s’inscrit à côté du modèle du don purement altruiste et de celui du don rémunéré opérant dans le cadre d’un marché libre.

Afin de maintenir une certaine uniformité, nous emploierons les termes de don, donneur et receveur dans le cadre de ce chapitre, même si, pour certains instruments incitatifs, il s’agit d’une véritable vente.

Section 1 – Modèle d’indemnisation

Ce modèle se traduit par le remboursement des frais occasionnés par le don et par la compensation du dommage résultant de cet acte. En conséquence, il ne peut concerner que le don entre vifs.

Les deux grands piliers de ce modèle sont d’une part, le remboursement des frais effectifs, et d’autre part, la conclusion d’une assurance contre les risques encourus à la suite du prélèvement. Les frais effectifs comprennent les frais d’hospitalisation, les coûts des analyses médicales et du suivi postopératoire ainsi que la perte de gain subie par le donneur.

L’objectif de ce modèle reposant sur la suppression des obstacles financiers au don d’organes, il ne constitue pas une réelle incitation directe au don d’organes.

Comme il a été exposé plus haut, le système de dédommagement belge constitue l’un des obstacles le plus important au développement du don entre vifs. En pratique, il se limite au

¹⁴⁶ M. MADER, *op. cit.*, p. 522.

remboursement des frais d'hôpitaux. Dans ce cadre, l'introduction d'un tel modèle est particulièrement bénéfique afin de promouvoir le don entre vifs.

Section 2 – Modèles non pécuniaires ou solidaires

Les modèles non pécuniaires ou solidaires envisagent l'instauration d'instruments incitatifs de nature non pécuniaire. Ils concernent la position sur la liste d'attente en octroyant une certaine priorité aux personnes ayant consenti au don d'organe. Il s'agit notamment du principe de prévoyance (sous-section 1) et de l'instrument incitatif accordant une priorité d'allocation pour les donneurs vivants (sous-section 2). Ils ont pour caractéristique commune de se baser sur les principes de solidarité et de réciprocité entre les membres de la société.

Sous-section 1 – Le principe de prévoyance

§1 – Définition et notion

Le principe de prévoyance repose sur l'idée que toute personne ayant enregistré sa volonté d'être donneur se voit récompensée par une priorité accordée sur la liste d'attente lorsque cette personne est elle-même en besoin d'organes au cours de sa vie¹⁴⁷.

En incitant toute personne à manifester de son vivant sa volonté de donner, cet instrument n'a d'influence que sur le don *post mortem*.

Basé sur la solidarité et la réciprocité entre les membres d'une société, il établit un lien entre la décision préalable de donner ses organes et l'allocation des organes aux patients inscrits sur une liste d'attente¹⁴⁸.

Ce principe peut se concrétiser sous la forme de deux modèles différents : le modèle de la motivation et le modèle club.

§2 – Le modèle de la motivation

Le modèle de la motivation incarne le principe de prévoyance sous une forme publique. Il se caractérise effectivement par l'entremise de l'État.

Ce système attribue une priorité absolue sur la liste d'attente aux personnes ayant déclaré leur volonté d'être donneur après leur décès. Il fait, dès lors, passer les donneurs potentiels enregistrés devant les autres patients inscrits en liste d'attente.

¹⁴⁷ S. NADEL MARK, A. NADEL CAROLINA, « Using reciprocity to motivate organ donations », *Yale Journal of Health Policy, Law and Ethics*, 2005, vol. 5 (1), p. 312.

¹⁴⁸ M. MADER, *op. cit.*, pp. 525-526.

Les auteurs Mark S. Nadel et Carolina A. Nadel¹⁴⁹ proposent, en tant qu'alternative à ce système, d'attribuer non pas une priorité absolue, mais relative. La disposition au don d'organes ne serait alors qu'un critère d'allocation à côté des autres critères usuels tels que l'urgence médicale, l'efficacité thérapeutique, et le délai d'attente. Contrairement au système de priorité absolue, les critères médicaux conserveraient alors toute leur importance¹⁵⁰.

§3 – Le modèle club

Le modèle club incarne le principe de prévoyance sous une forme privée. Il se concrétise effectivement par la conclusion d'un contrat. Pour adhérer à un tel club, le donneur potentiel doit signer une clause prévoyant qu'en cas de décès, ses organes seront accordés prioritairement à un autre membre du club. Les organes sont mis à disposition des non-membres du club, et donc de la collectivité, dans l'hypothèse où aucun membre n'est un receveur compatible d'un point de vue médical.

La contrepartie de la signature de cette clause consiste en une priorité accordée à chaque membre du club ayant besoin d'un organe sur tous les organes provenant de membres décédés.

Pour fonctionner de manière efficace, ce club doit être aussi large que possible : en effet, plus le nombre de membres est élevé, plus la probabilité d'avoir une compatibilité tissulaire entre le donneur et le receveur est importante.

Notons toutefois que le modèle club entre en contradiction avec le principe d'anonymat qui régit actuellement le don *post mortem*, car il suppose que le don puisse être dirigé vers une catégorie de personne déterminée que sont les membres du club¹⁵¹.

Aux États-Unis, le modèle club a été mis en œuvre par l'organisation à but non lucratif dénommée « *LifeSharers* » qui compte 14 200 adhérents.

Nonobstant la forme privée du principe de prévoyance que constitue le modèle club pratiqué par l'organisation « *LifeSharers* », celle-ci reste liée à la liste d'attente officielle. Tous les membres du club en attente d'un organe sont effectivement inscrits sur la liste d'attente.

En conséquence, si l'organe disponible provient d'un donneur non membre de l'organisation, tous les patients sont placés sur pied d'égalité et l'allocation de cet organe est réalisée selon

¹⁴⁹ S. NADEL MARK, A. NADEL CAROLINA, *op. cit.*, p. 314.

¹⁵⁰ M. MADER, *op. cit.*, pp. 526-527.

¹⁵¹ M. MADER, *op. cit.*, pp. 529-530.

les critères usuels. Par contre, si l'organe disponible provient d'un membre de l'organisation, l'organe est prioritairement alloué à un patient également membre de l'organisation¹⁵².

§4 – Adéquation avec le principe d'égalité de traitement

Il convient de se demander si la différence de traitement qui est établie entre les donneurs et les non-donneurs, selon le choix préalable de la personne d'être donneur d'organes ou de ne pas l'être, est justifiée.

Tout d'abord, il est admis que la disposition au don d'organe constitue un critère de distinction objectif contrairement à un critère se référant à l'âge de la personne et accordant a priorité à une jeune mère de famille par rapport à une personne plus âgée par exemple.

Ensuite, relevons qu'il existe un lien intellectuel étroit entre le choix d'être donneur et la quantité d'organes disponibles puisque sans donneurs, la médecine de transplantation n'existerait pas. Ce lien étroit légitime la différence de traitement ainsi établie entre les donneurs et les non-donneurs.

Toutefois, afin d'être conforme au principe de proportionnalité, un système de priorité relative, qui prend en compte le choix préalable d'être donneur comme critère d'allocation parmi d'autres, est préférable au système de priorité absolue. Nous rejoignons effectivement l'avis selon lequel « *l'exclusion des personnes ayant refusé d'être donneurs ou la priorité absolue accordée à celles qui ont accepté de l'être ne constitueraient pas des mesures proportionnelles* »¹⁵³.

§5 – Appréciation

Deux critiques principales peuvent être formulées à l'égard du principe de prévoyance.

La première critique concerne le risque de comportements stratégiques de la part du donneur qui enregistre sa volonté de donner. Ce dernier pourrait effectivement se désister peu de temps avant sa mort via son droit de rétractation. Cette difficulté doit néanmoins être nuancée par les deux propos suivants.

¹⁵² M. MADER, *op. cit.*, pp. 534-535.

¹⁵³ O. GUILLOD et G. STEFFEN, *Attribution d'organes en médecine de transplantation : Le choix préalable de la personne d'être donneur d'organes est-il un critère juridiquement admissible ?*, Avis à l'intention de l'OFSP, Neuchâtel, 2003, p. 24.

Tout d'abord, le droit de retirer son consentement au don d'organes est conforme au principe de réciprocité étant donné que les organes de la personne concernée auraient pu être utilisés si elle était venue à décéder dans des circonstances permettant le prélèvement, pendant la période où le consentement est enregistré. Une fois le consentement retiré, la personne n'est par contre plus considérée comme un donneur potentiel.

Ensuite, si une personne retire son consentement en fin de vie, ses organes n'auraient, selon toutes prévisions, pas pu être utilisés à des fins de transplantations.

La deuxième critique concerne le risque de sélection adverse. Il s'agit du risque d'inciter uniquement les personnes en mauvaise santé à s'enregistrer comme donneurs, mettant ainsi en cause l'efficacité du principe de prévoyance. En effet, par le déséquilibre qu'il crée entre un nombre de receveurs potentiels trop élevé et un nombre de donneurs adéquats peu élevé, le phénomène de sélection adverse a pour conséquence de diminuer la probabilité de recevoir un organe.

Il est toutefois possible d'éviter le risque de sélection adverse et d'inciter les personnes en bonne santé à s'enregistrer également en tant que donneur en communiquant à ces dernières les probabilités de se retrouver un jour sur une liste d'attente¹⁵⁴.

Le principe de prévoyance présente également deux avantages.

Premièrement, l'affirmation selon laquelle il est plus probable pour chaque individu d'avoir un jour besoin d'un organe qu'il est probable de devenir donneur rend cet instrument incitatif très attrayant et efficace. Ce calcul des risques contribue « *à ce que toute personne surmonte la barrière psychologique qui l'empêche de réfléchir à sa propre mort, en liant cette réflexion à l'idée de sa propre survie en cas de maladie* »¹⁵⁵.

Deuxièmement, en encourageant le don *post mortem*, et dans l'hypothèse où il augmenterait effectivement le nombre d'organes disponibles, le principe de prévoyance amoindrit le recours au don entre vifs qui est plus problématique étant qu'il suppose une intervention sur une personne en bonne santé.

¹⁵⁴ M. MADER, *op. cit.*, pp. 550-551.

¹⁵⁵ M. MADER, *op. cit.*, p. 554.

Sous-section 2 – Priorité d’allocation pour les donneurs vivants

§1 – Définition et notion

Cet instrument s’appuie sur les mêmes idées que le principe de prévoyance, mais concerne le don entre vifs cette fois-ci. Un donneur qui a fait don d’un de ses organes de son vivant, et qui se retrouve par la suite inscrit sur une liste d’attente, bénéficie d’une priorité lors de l’allocation des organes.

Les États-Unis ont implanté ce modèle de récompense. L’organisme responsable de l’allocation des organes se base effectivement sur un système de points attribués à chaque patient inscrit en liste d’attente pour l’allocation des organes.

L’extrême générosité dont fait preuve la personne qui donne l’un de ses organes de son vivant est récompensée par l’octroi de points supplémentaires, lui accordant ainsi une certaine priorité sur la liste d’attente¹⁵⁶.

§2 – Appréciation

Ce modèle est intéressant en ce sens qu’il enlève un obstacle décisif au don d’organe entre vifs qui est la peur de perdre l’organe restant. Par ailleurs, des médecins suisses directement impliqués dans la transplantation d’organes se montrent très favorables à ce système¹⁵⁷.

Section 3 – Modèles pécuniaires indirects

Les modèles pécuniaires indirects proposent des instruments incitatifs, tels que la réduction d’impôt, la réduction des primes d’assurance-maladie et le don d’argent en faveur d’une œuvre caritative, octroyant une valeur symbolique aux donneurs pour l’acte altruiste qu’ils accomplissent. Ces derniers sont qualifiés de « modèles pécuniaires indirects » étant donné qu’ils n’attribuent pas une somme d’argent versée en échange direct d’un organe.

Sous-section 1 – La réduction d’impôt comme instrument de politique sociale

§1 – Définition et notion

L’instrument incitatif que constitue la réduction d’impôt concerne aussi bien le don *post mortem* (§2) que le don entre vifs (§3).

¹⁵⁶ M. MADER, *op. cit.*, pp. 557-558.

¹⁵⁷ M. MADER, *op. cit.*, p. 558.

En premier lieu, il convient de distinguer les deux formes de don d'organes, car le moment pendant lequel l'instrument intervient n'est pas identique et la réduction d'impôt ne prend pas la même forme dans les deux hypothèses. En effet, dans le cas du don entre vifs, la réduction intervient une fois le prélèvement d'organes effectué. Dans le cas du don *post mortem*, deux moments peuvent être retenus pour l'octroi de la réduction. Il est possible d'honorer soit la décision du donneur, pendant de sa vie, de faire don de ses organes une fois sa mort survenue (§§1), soit le prélèvement effectif lorsque sa mort est constatée (§§2).

Ensuite, il faut préciser que la réduction d'impôt peut s'effectuer selon plusieurs modalités. Il est question soit d'une réduction d'impôt sur le revenu soit d'une réduction de l'impôt successoral¹⁵⁸.

§2 — *Don post mortem*

§§1 – Moment de l'enregistrement

Lorsque le moment déterminant pour octroyer la réduction est le moment où le donneur enregistre sa volonté de faire don de ses organes après sa mort, l'incitation prend la forme d'une réduction d'impôt sur le revenu.

Concernant le montant de la réduction, certains auteurs tels qu'Andrew Oswald considèrent qu'un faible montant de l'ordre de 15 dollars par an sur la facture d'impôt est susceptible d'accroître le nombre d'organes disponibles¹⁵⁹. À l'inverse, d'autres auteurs¹⁶⁰ estiment que le montant doit être assez élevé pour créer une véritable incitation, sans toutefois se prononcer précisément sur un montant. Ces auteurs considèrent également que la déduction devrait varier en fonction de l'âge du donneur au moment de l'enregistrement¹⁶¹.

§§2 – Moment du prélèvement effectif

En honorant le prélèvement effectif sur le donneur potentiel une fois que le décès est survenu, l'instrument incitatif, qui consiste en une réduction de l'impôt successoral, vise les proches.

¹⁵⁸ M. MADER, *op. cit.*, p. 568.

¹⁵⁹ J. OSWALD ANDREW, *Economics that Matters : Using the Tax System to Solve the Shortage of Human Organs*, *Kyklos – International Review for Social Sciences*, 2001, Vol. 54 (2-3), p. 380.

¹⁶⁰ R. PARKER JR FREDERICK, J. WILLIAM WINSLADE, J. PAINE CHARLES, « Organ Procurement and Tax Policy », *Houston Journal of Health Law and Policy*, 2002, Vol. 2, p. 176.

¹⁶¹ *Ibidem*.

Concernant le montant de ladite réduction et à titre d'exemple, un projet de loi présenté au Congrès américain proposait une déduction d'un montant de 25 000 dollars sur la succession imposable¹⁶².

§3 – *Don entre vifs*

La réduction d'impôt en tant qu'instrument incitatif, lorsqu'il s'applique au don entre vifs, vise les donateurs vivants en leur accordant une telle réduction sur leur revenu.

Concernant le montant de la déduction, soit ce dernier est mis en lien avec les dépenses exposées par le donneur du fait de l'acte de don soit ce dernier constitue un forfait indépendant de toute dépense concrète du donneur vivant¹⁶³.

§4 – *Appréciation*

L'État utilise, dans cette hypothèse, le système fiscal en tant qu'instrument de politique sociale pour promouvoir le don d'organes¹⁶⁴. Andrew Oswald emploie l'expression « *subventionner l'altruisme* » pour traduire le rôle du système fiscal¹⁶⁵.

Il convient de réaliser à cet égard un parallèle avec les dons en faveur d'œuvres caritatives pour lesquels la promotion passe également par une réduction d'impôt. Il s'agit, dans les deux cas, d'un acte altruiste et d'un acte bénéfique pour la société¹⁶⁶. Le parallèle est évident et renforce la légitimité de cet instrument. L'usage du système fiscal en tant qu'instrument de politique sociale n'est, dès lors, pas exceptionnel.

Si les trois hypothèses de réduction de l'impôt nous paraissent concluantes, un bémol peut néanmoins être pointé concernant la réduction accordée, pour le don *post mortem*, aux personnes qui s'enregistrent comme donneur potentiel de leur vivant. En effet, un tel mécanisme engendre des coûts considérables pour l'État puisqu'il offre une incitation sans qu'il y ait de garantie quant au prélèvement effectif. Les cas de mort cérébrale permettant le prélèvement effectif sur la personne concernée ne représentent effectivement qu'un pourcent des décès survenant chaque année au sein de la population.

¹⁶² M. MADER, *op. cit.*, pp. 570-571.

¹⁶³ M. MADER, *op. cit.*, p. 571.

¹⁶⁴ R. PARKER JR FREDERICK, J. WINSLADE WILLIAM, J. PAINE CHARLES, *op. cit.*, p. 173

¹⁶⁵ J. OSWALD ANDREW, *op. cit.*, p. 380.

¹⁶⁶ R. PARKER JR FREDERICK, J. WINSLADE WILLIAM, J. PAINE CHARLES, *op. cit.*, p. 179.

Cependant, un tel instrument honorant la décision des donneurs potentiels de leur vivant présente l'avantage de recourir moins fréquemment au don entre vifs étant donné qu'il vise à accroître le don d'organes provenant de personnes décédées¹⁶⁷.

Sous-section 2 – Réduction des primes d'assurance-maladie

§1 – Définition et notion

La réduction des primes d'assurance-maladie, qui concerne autant le don *post mortem* que le don entre vifs, prend la forme d'une déduction octroyée sur la facture, annuelle ou mensuelle, des primes de cette assurance¹⁶⁸.

En ce qui concerne le don *post mortem*, l'instrument incitatif qu'est la réduction des primes d'assurance-maladie honore la décision prise par le donneur, pendant sa vie, de faire don de ses organes après son décès. Ainsi, le bénéficiaire de la réduction est le donneur potentiel¹⁶⁹.

En ce qui concerne le don entre vifs, la réduction opère une fois le prélèvement réalisé. Ainsi, le bénéficiaire de la réduction est le donneur effectif et non potentiel. Il est envisageable d'opter pour une réduction, voire une exemption, à vie des primes d'assurance-maladie pour le don entre vifs.

La différence dans la valeur de la récompense entre le don entre vifs et le don *post mortem* se justifie par le fait que dans l'hypothèse du don entre vifs, la récompense honore le prélèvement effectif d'un organe¹⁷⁰. *A contrario*, dans le cadre du don *post mortem*, il n'y a pas de certitude quant au prélèvement effectif des organes sur la personne concernée.

Après l'évaluation très favorable du « *Centre for Ethics and Health* »¹⁷¹ à propos de ce modèle de récompense, les Pays-Bas ont instauré un modèle de réduction des primes d'assurance-maladie pour toute personne s'enregistrant comme donneur *post mortem* potentiel. Cinq compagnies d'assurance-maladie importantes ont dès lors décidé d'accorder une réduction de 120 euros sur les primes annuelles de l'assurance-maladie de base qui s'élèvent à 1 200 euros pour un adulte en 2009¹⁷².

¹⁶⁷ M. MADER, *op. cit.*, pp. 574-576.

¹⁶⁸ M. MADER, *op. cit.*, p. 578.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ M. MADER, *op. cit.*, p. 579-580.

¹⁷¹ Il s'agit d'un conseil d'experts associé au Ministre de la santé, des affaires sociales et du sport aux Pays-Bas qui était chargé d'analyser la légitimité éthique des instruments incitatifs au don d'organes.

¹⁷² M. MADER, *op. cit.*, pp. 580-581.

§2 – Appréciation

Il est permis de douter de l'efficacité de l'exemption des primes pour les donneurs vivants, car le don entre vifs est généralement réalisé dans le cadre de liens familiaux ou affectifs étroits. Dès lors, il n'est pas certain qu'un tel instrument incitatif contribuerait à accroître le nombre d'organes disponibles.

A contrario, la réduction des primes d'assurance-maladie consentie aux donneurs *post mortem* enregistrés constitue un moyen attrayant susceptible d'accroître le nombre de personnes s'exprimant, pendant leur vie, en faveur du don d'organes *post mortem*.

Cependant, elle implique des coûts importants pour l'état étant donné qu'il s'agit d'une incitation sans qu'un prélèvement effectif d'organes ne soit garanti. Toute personne s'enregistrant en faveur du don *post mortem* ne représente effectivement qu'un donneur potentiel, et non un donneur effectif¹⁷³.

Sous – section 3 – Don d'argent au profit d'une œuvre caritative

§1 – Définition et notion

Le don d'argent au profit d'une œuvre caritative vise autant les donneurs vivants que les donneurs *post mortem*. Cet instrument incitatif se présente sous la forme d'un versement d'une somme d'argent, non pas directement au donneur ou à ses proches comme c'est le cas dans le cadre d'un marché régulé d'organes, mais directement à l'œuvre caritative choisie.

Le don d'argent n'intervient qu'une fois le prélèvement effectué.

§2 – Appréciation

Plusieurs auteurs se montrent fortement favorables à cet instrument incitatif en raison de l'idée d'altruisme indirect qu'il inspire. Ce caractère altruiste empêche que des personnes ne renoncent au don, car leur motivation intrinsèque serait entachée par l'introduction d'instruments incitatifs.

Il est effectivement possible que certaines personnes disposées aujourd'hui à faire don de leurs organes dans notre système altruiste refusent, pour des motifs éthiques, d'accomplir le même acte dans le cadre d'un système qui recourt à des instruments incitatifs¹⁷⁴.

¹⁷³ M. MADER, *op. cit.*, pp. 581-582.

¹⁷⁴ M. MADER, *op. cit.*, p. 279.

En outre, un tel système permet la collaboration des institutions et des organismes caritatifs aux activités de promotion du don d'organes.

En revanche, il est à craindre que cet instrument incitatif ne soit pas réellement efficace quant à l'objectif d'accroître le nombre d'organes dans le cadre de la lutte contre la pénurie d'organes.

Section 4 – Modèles pécuniaires directs

Les instruments incitatifs, que sont le « *Futures market* » (sous-section 1) et le marché régulé d'organes (sous-section 2), et que nous analysons dans cette section, ont une nature pécuniaire indirecte au sens où ils attribuent une véritable valeur vénale aux organes.

Sous-section 1 – « *Futures market* »

§1 – Définition et notion

Le « *Futures market* » constitue un instrument incitatif, visant uniquement le don *post mortem*, par lequel des individus en bonne santé concluent, pendant leur vie, un contrat portant sur la vente de leurs organes avec livraison après leur décès. Les deux parties contractantes sont l'État et le donneur potentiel. Il s'agit d'un contrat conditionnel qui ne s'exécute que si d'une part, les circonstances dans lesquelles la mort est survenue permettent effectivement un prélèvement et si d'autre part, les organes présentent un état acceptable¹⁷⁵.

§2 – Caractéristiques

§§1 – Rôle de l'État

Il convient de préciser que le débiteur de la somme d'argent est une autorité étatique ou paraétatique, ce qui a pour conséquence d'exclure toutes transactions entre personnes privées¹⁷⁶. Une telle mission pourrait être confiée à Eurotransplant par exemple.

§§2 – Le paiement

La somme d'argent est versée à la succession du donneur ou à une personne désignée par celui-ci lorsque des organes sont effectivement prélevés.

Le moment de l'exécution du contrat correspond, dès lors, au moment où la mort cérébrale du donneur est constatée et où un prélèvement des organes est jugé réalisable.¹⁷⁷

¹⁷⁵ M. MADER, *op. cit.*, pp. 593-594.

¹⁷⁶ M. MADER, *op. cit.*, p. 594.

§§3 – Profil du « donneur » et montant du prix de vente

Sont éligibles à la conclusion d'un tel contrat, toutes personnes majeures, capables de discernement et présentant un bon état de santé¹⁷⁸.

Afin de garantir une égalité de traitement entre les individus, le montant du prix de vente se doit d'être fixe. Par ailleurs, l'introduction d'un tel instrument incitatif nécessite un montant à la fois assez élevé pour satisfaire la demande d'organes et à la fois peu élevé pour éviter toute pression sur les vendeurs potentiels¹⁷⁹.

§§4 – Modalités pratiques

D'une part, l'instauration d'un tel système requiert la création d'un registre national dans lequel sont inscrites les personnes ayant souscrit un contrat portant sur la vente de leurs organes après leur décès.

D'autre part, des obligations supplémentaires doivent être mises à charge des équipes médicales dont le rôle est particulièrement décisif concernant la bonne exécution des contrats. Il s'agit de l'obligation de consulter le registre pour chaque donneur potentiel, de l'obligation de notifier l'autorité responsable et l'obligation de préserver les organes du donneur dans un état permettant un prélèvement effectif¹⁸⁰.

§3 – *Appréciation*

Étant donné qu'il a pour finalité d'augmenter le nombre d'organes provenant de donneurs décédés, cet instrument incitatif présente l'avantage de réduire les recours au don entre vifs. Certains auteurs, tels que Gloria J. Banks, sont ainsi favorables à l'introduction d'un tel système tout en refusant l'existence d'un marché d'organes provenant de donneurs vivants¹⁸¹.

Par ailleurs, les circonstances entourant l'exécution du « *Futures Market* » présentent l'avantage de protéger le donneur contre d'éventuelles pressions. Le fait que le paiement, qui intervient au moment du prélèvement, n'est pas immédiatement consécutif à la signature du

¹⁷⁷ J. BANKS GLORIA, « Legal & ethical safeguards : protection of society's most vulnerable participants in a commercialized organ transplantation system », *American Journal of Law & Medicine*, 1995, Vol. 21 (1), p. 97.

¹⁷⁸ M. MADER, *op. cit.*, p. 596.

¹⁷⁹ J. BANKS GLORIA, *op. cit.*, p. 79.

¹⁸⁰ M. MADER, *op. cit.*, pp. 597-598.

¹⁸¹ J. BANKS GLORIA, *op. cit.*, p. 108.

contrat, a pour conséquence d'éviter que le donneur en difficultés financières urgentes ne soit tenté de vendre l'un de ses organes¹⁸².

Trois inconvénients majeurs se doivent d'être mentionnés.

Premièrement, la fixation d'un prix idéal est problématique étant donné que ce dernier dépend autant de la future demande d'organes que de la relation entre le nombre de contrats conclus et le nombre d'organes qui pourront être effectivement prélevés. Or, ces deux éléments relèvent de l'incertitude¹⁸³.

Deuxièmement, contrairement aux autres instruments incitatifs, l'instauration du « *Futures Market* », impliquant la conclusion d'un contrat de vente portant sur des organes, exige la reconnaissance juridique d'un droit de propriété du donneur *post mortem* potentiel sur ses organes. Par ailleurs, il ne permet pas « *d'exprimer l'aspect de gratitude et de reconnaissance de la société envers l'acte de solidarité du donneur* »¹⁸⁴ ni de tenir compte de la nature symbolique de l'acte.

Enfin, en conférant aux organes une réelle valeur vénale et en admettant que ces organes puissent ainsi faire l'objet de transactions commerciales, le « *Futures Market* » contrevient au principe de gratuité qui régit actuellement le don d'organes¹⁸⁵.

Sous-section 2 – Marché régulé d'organes

§1 – Définition et notion

Un marché régulé peut être défini comme « *un marché encadré par des contraintes politiques et éthiques plus ou moins restrictives* »¹⁸⁶.

Nous n'examinerons que l'hypothèse d'un marché régulé provenant de donneurs vivants.

Le marché régulé qui vise le don *post mortem* concerne l'hypothèse où le donneur n'a pas manifesté son consentement au don d'organes de son vivant et où il appartient, dès lors, aux proches de se prononcer sur la question d'un prélèvement d'organes après son décès¹⁸⁷. Une

¹⁸² P. STEINER, « Le don d'organes : une typologie analytique », *Revue française de sociologie*, 2006 (3), p. 497 ; M. MADER, *op. cit.*, p. 601.

¹⁸³ M. MADER, *op. cit.*, p. 601.

¹⁸⁴ M. MADER, *op. cit.*, pp. 599-600.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ P. STEINER, *La transplantation d'organes : Un commerce nouveau entre les êtres humains*, Paris, Gallimard, 2010, p. 248.

¹⁸⁷ M. MADER, *op. cit.*, p. 609.

telle hypothèse serait envisageable dans le cadre d'un système qui consacre le consentement explicite en matière de don. En l'absence d'un tel consentement, les proches pourraient alors se prononcer sur la question du prélèvement après le décès du donneur potentiel. Or, notre système légal belge est basé sur le principe du consentement présumé. Toute personne n'ayant pas exprimé son opposition au prélèvement est considérée comme donneur potentiel. Il n'appartient, dès lors, pas aux proches de consentir en lieu et place de celui-ci.

§2 – « *Single buyer concept* »

Il convient de présenter cet instrument incitatif sous la forme du « *single buyer concept* » qui est un concept développé par John Harris et Charles Erin¹⁸⁸ et qui permet d'écarter les risques d'abus et d'exploitation qui caractérisent actuellement le marché noir d'organes.

Les particularités de ce concept sont la délimitation géographique du territoire sur lequel opère le marché régulé, une autorité étatique ou paraétatique en tant qu'acheteur unique, et la fixité du prix de vente¹⁸⁹.

Le rôle de l'acheteur unique appartient à l'état ou à une autorité paraétatique au sens où seuls ceux-ci peuvent offrir et verser un paiement pour un organe provenant d'un donneur vivant. Cet attribut est avantageux à plusieurs titres. Premièrement, toute transaction directe entre le donneur et le receveur est exclue. Deuxièmement, l'acheteur unique a pour mission non seulement d'obtenir, mais aussi d'allouer les organes selon des critères usuels et équitables. Ainsi, alors que l'obtention des organes dépend des aspects pécuniaires, l'allocation et la distribution sont totalement indépendantes de la capacité financière du receveur¹⁹⁰.

Concernant le prix de vente, celui-ci doit être fixe et ne peut faire l'objet de négociations. Afin d'assurer l'efficacité du marché régulé et de créer une véritable incitation en faveur du don entre vifs, le montant du prix de vente doit être assez élevé¹⁹¹.

Enfin, le marché régulé d'organes doit se déployer dans un espace géographiquement délimité, c'est-à-dire soit à l'intérieur d'un même pays, soit dans un espace rassemblant plusieurs pays tels qu'Eurotransplant ou l'Union européenne. L'espace géographique sur

¹⁸⁸ A. ERIN CHARLES, J. HARRIS, « A monopsonistic market – or how to buy and sell human organs, tissues and cells ethically », *Life and Death Under High Technology Medicine*, London, Manchester University Press, 1994, p. 134.

¹⁸⁹ M. MADER, *op. cit.*, p. 605.

¹⁹⁰ M. MADER, *op. cit.*, pp. 606-607.

¹⁹¹ M. MADER, *op. cit.*, pp. 607-608.

lequel le marché régulé opère doit également être fermé, c'est-à-dire que les donneurs vivants cédant leurs organes doivent avoir leur domicile dans l'espace géographique délimité¹⁹².

Cette caractéristique a pour avantage d'être en parfaite conformité avec le principe de réciprocité, étant donné que les donneurs et les receveurs font partie d'un même espace et que dès lors, chaque donneur potentiel est également susceptible d'être un receveur potentiel.

De plus, elle facilite le transport des organes et empêche l'apparition d'un tourisme de transplantation en direction du marché régulé¹⁹³.

§3 – Caractéristiques

Le paiement du prix de vente de l'organe intervient à l'issue du prélèvement, pour autant que toutes les conditions, que nous examinerons plus bas, aient été respectées.

Quant à l'éligibilité, le donneur doit avoir soit son domicile dans l'espace géographiquement délimité soit un permis de séjour ou d'établissement dans ce dernier. En outre, tant les donneurs possédant un lien familial ou affectif étroit avec le receveur que les donneurs anonymes dont les organes sont alloués selon les critères usuels aux personnes en tête de la liste d'attente sont admis à participer au marché régulé d'organes¹⁹⁴.

En ce qui concerne le montant du prix de vente, Arthur J. Matas et Mark A. Schnitzler¹⁹⁵ proposent la somme de 94 000 euros. Selon ces auteurs, même une somme aussi élevée reste avantageuse au niveau du rapport coût-efficacité.

Enfin, certaines conditions doivent être remplies afin de permettre que le prélèvement, constituant une atteinte grave à l'intégrité physique, puisse se dérouler.

Premièrement, le prélèvement d'organes sur un donneur vivant requiert un consentement libre et éclairé de la part de ce dernier. À cet effet, une information claire et précise relative au prélèvement doit être fournie au donneur. En outre, il est exigé que l'acte soit volontaire.

Il est par ailleurs suggéré de prescrire un certain délai de réflexion, pouvant aller de trois à six mois, entre le moment du consentement et du prélèvement.

Deuxièmement, le prélèvement nécessite la participation de tout donneur vivant à des examens médicaux et psychologiques avant l'opération.

¹⁹² M. MADER, *op. cit.*, pp. 608-609.

¹⁹³ M. MADER, *op. cit.*, pp. 608-609.

¹⁹⁴ M. MADER, *op. cit.*, p. 611.

¹⁹⁵ J. MATAS ARTHUR, A. SCHNITZLER MARK, « Payment for living donor (vendor) kidneys : a cost-effectiveness analysis », *American Journal of Transplantation*, 2004, Vol. 4 (2), p. 216.

Troisièmement, une commission d'éthique indépendante doit donner son agrément à tout prélèvement d'organes sur une personne vivante.

Enfin, il convient de garantir un suivi postopératoire à long terme tant pour le donneur que pour le receveur. Par ailleurs une assurance-vie et une assurance-invalidité doivent pouvoir être octroyées à tout donneur vivant afin de le prémunir contre d'éventuelles conséquences graves du prélèvement¹⁹⁶.

§4 – Exemple de l'Iran

L'Iran est actuellement le seul pays au monde à avoir instauré, en 1996, un véritable marché d'organes. Ce marché régulé concerne uniquement les prélèvements de reins sur des donneurs vivants et seuls les nationaux peuvent bénéficier de ce programme.

La régulation provient de ce que l'État ainsi qu'une association à but non lucratif assurent la rencontre de l'offre et de la demande, et permettent qu'un nombre plus élevé de greffons soient obtenus.

Pour pouvoir acquérir le statut de vendeur, la personne doit être jeune (entre 24 et 35 ans), en bonne santé (il devra se soumettre à un examen médical), être munie d'une autorisation familiale, et enfin, elle passera devant un comité de sélection.

Les vendeurs de reins reçoivent deux paiements différents. Le modèle iranien combine un montant forfaitaire mis à disposition par le gouvernement et une rémunération supplémentaire provenant du receveur ou d'une association si ce dernier n'a pas les moyens de la payer. Cette rémunération supplémentaire résulte d'une négociation directe entre le vendeur et l'acheteur¹⁹⁷.

Par ailleurs, le montant forfaitaire s'accompagne d'une couverture d'assurance-maladie limitée à un an pour toute complication ultérieure au prélèvement. Le montant forfaitaire est de l'ordre de 900 à 1 200 dollars et la rémunération supplémentaire peut aller de 2 300 à 4 500 dollars. Le salaire moyen annuel iranien, en comparaison, est d'environ 2 600 dollars¹⁹⁸.

Il est intéressant de constater que l'introduction d'un tel système ne semble pas faire échec aux dons d'organes altruistes. Le nombre de dons non rémunérés par des personnes

¹⁹⁶ M. MADER, *op. cit.*, pp. 613-615.

¹⁹⁷ P. STEINER, *La transplantation d'organes : Un commerce nouveau entre les êtres humains*, Paris, Gallimard, 2010, p. 249.

¹⁹⁸ P. STEINER, *La transplantation d'organes : Un commerce nouveau entre les êtres humains*, Paris, Gallimard, 2010, p. 250 ; M. MADER, *Le don d'organes entre gratuité et modèles de récompense : Quels instruments étatiques face à la pénurie d'organes*, Bâle, Helbing und Lichtenhahn, 2011, p. 618.

apparentées aux receveurs n'a effectivement pas diminué depuis la création du marché régulé¹⁹⁹. L'un et l'autre ne sont dès lors pas incompatibles et peuvent coexister de manière alternative, ce qui devrait rassurer certains opposants à l'introduction d'un marché régulé.

L'avantage considérable de ce type de marché réside dans l'exclusion de tout intermédiaire marchand profitant de la détresse des patients. En effet, ni les membres de l'association ni les professionnels de la transplantation ne perçoivent une rémunération pour leur travail de « *matching* » des receveurs potentiels avec des vendeurs d'un rein compatible, empêchant ainsi l'émergence d'un commerce illégal²⁰⁰. De surcroît, l'exclusion des étrangers fait obstacle à l'apparition d'un tourisme de transplantation en direction de l'Iran²⁰¹.

Quant au suivi postopératoire du vendeur de reins, il est à craindre que ce dernier soit quasiment inexistant. La couverture d'assurance-maladie étant limitée à un an, il incombe au donneur de prendre en charge son suivi postopératoire dans une large mesure. Or, les donneurs ont généralement peu de moyens financiers²⁰². C'est une des plus grandes critiques que l'on peut adresser à l'égard du système iranien.

Enfin, les transplantateurs iraniens affirment que la liste d'attente pour la transplantation rénale aurait disparu depuis la légalisation de ce « biomarché ».

Toutefois, des doutes peuvent être émis, car il est peu probable qu'avec 28 transplantations rénales par million d'habitants, ce qui constitue moins de la moitié de ce qui est réalisé aux États-Unis, l'Iran parvienne à satisfaire toutes les personnes en attente de greffe²⁰³.

Il convient de mentionner à cet égard que la création de ce marché n'a pas empêché le maintien de 8 000 personnes sous dialyse. Il s'agit principalement de patients pauvres n'ayant pas les moyens de payer une greffe²⁰⁴.

§5 – *Appréciation*

Les inconvénients majeurs à la création d'un marché régulé d'organes provenant de donneurs vivants concernent principalement l'exigence de la reconnaissance d'un droit de propriété du

¹⁹⁹ M. MADER, *op. cit.*, p. 619.

²⁰⁰ P. STEINER, *La transplantation d'organes : Un commerce nouveau entre les êtres humains*, Paris, Gallimard, 2010, p. 249 ; M. MADER, *op. cit.*, p. 618.

²⁰¹ M. MADER, *op. cit.*, p. 618.

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ P. STEINER, *La transplantation d'organes : Un commerce nouveau entre les êtres humains*, Paris, Gallimard, 2010, p. 249.

²⁰⁴ S. BELOUCIF, « La fausse solution du marché régulé d'organes provenant de donneurs vivants », in *Réflexions éthiques sur la pénurie d'organes en Europe*, sous la direction de Y. Caille et M. Doucin, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 225.

donneur vivant sur ses organes et la violation du principe de gratuité du don²⁰⁵. Nous renvoyons, dès lors, aux indications exposées plus haut à propos du « *Futures market* ».

Concernant les avantages, il est particulièrement intéressant d'en faire la démonstration à travers la comparaison entre le marché régulé d'organes et le marché noir d'organes qui se déploie actuellement dans les pays du tiers-monde.

Le marché noir d'organes implique une transaction directe entre le receveur et le donneur ainsi que l'intervention de tiers intermédiaires établissant le contact entre les deux et utilisant la détresse des individus pour les recruter. Il se caractérise par une protection insuffisante du donneur et du receveur qui se trouvent dans une situation de vulnérabilité. De plus, les bénéficiaires de ce marché noir sont exclusivement des personnes fortunées. L'évaluation médicale et psychologique à laquelle sont soumis les donneurs est insuffisante, voire inexistante. Et enfin, les donneurs ne disposent habituellement d'aucun suivi postopératoire et n'ont, par ailleurs, pas les moyens de l'assurer eux-mêmes²⁰⁶.

A contrario, le marché régulé d'organes prévoit le paiement de la somme d'argent par un acheteur unique, à savoir l'état ou une autorité étatique, et l'allocation des organes selon des critères usuels et équitables. Dès lors, le marché n'est pas réservé aux personnes disposant d'importants moyens financiers étant donné que l'accès à un organe ne dépend absolument pas de la capacité financière du receveur. Par ailleurs, le marché régulé d'organes prévoit une évaluation médicale et psychologique optimale du donneur ainsi qu'un suivi à long terme du donneur et du receveur. Enfin, il exige un consentement libre et éclairé de la part du donneur, afin de garantir sa pleine et entière volonté²⁰⁷.

Ces multiples motifs nous amènent à penser qu'il convient d'éradiquer ce marché noir d'organes au profit d'une régulation offrant un système transparent, une protection des personnes impliquées, et l'abolition de toute pression, contrainte, corruption et crime.

²⁰⁵ M. MADER, *op. cit.*, pp. 622-623.

²⁰⁶ M. MADER, *op. cit.*, p. 620.

²⁰⁷ *Ibidem*.

Chapitre 5 – « Vers une légalisation du commerce d’organes ? » : Le modèle du don rémunéré

Nos sociétés conçoivent le don comme un acte moral, supposant la gratuité et relevant de la sphère du privé. Cependant, il ne faut pas s’étonner si dans notre société contemporaine occidentale libérale, construite sur la modalité de l’échange et de la contractualité et non sur celle de la gratuité, le don d’organes n’emporte pas le succès espéré²⁰⁸.

L’écart subsistant entre le nombre de personnes inscrites sur les listes d’attente et les organes disponibles a pour effet d’accroître les prises de position en faveur du commerce d’organes dont les avantages, non négligeables, sont l’augmentation du nombre de greffons et la diminution des frais de santé.

Dans certains pays tels que l’Allemagne ou la Suisse, il est intéressant d’observer que le législateur envisage la réglementation/légalisation du commerce d’organes dans le but précis de lutter contre le trafic d’organes humains, de la même manière que l’on se pose la question de réglementer/légaliser la prostitution afin de diminuer les trafics d’êtres humains²⁰⁹.

Nous présenterons, dans un premier temps, les valeurs qui sous-tendent le principe de gratuité qui régit actuellement le don d’organes (section 1). Il est effectivement important de saisir les valeurs sur lesquelles s’appuie un principe avant de l’évacuer.

Par après, il sera question d’exposer les arguments des partisans et des opposants au débat de la légalisation du commerce d’organes (section 2 et section 3).

Section 1 – Les valeurs fondant le principe de gratuité du don d’organes

Le principe de gratuité a pour but de préserver le consentement libre et éclairé du candidat au don. En effet, en évitant l’introduction de l’intérêt dans la motivation du donneur, on supprime toute pression éventuelle sur le consentement de ce dernier. Ce principe protège ainsi les plus défavorisés sur le plan matériel, qu’ils soient donneurs ou receveurs. Il empêche que les donneurs soient transformés en objet de commerce, et permet aux receveurs de bénéficier d’une égalité dans l’accès aux soins.

²⁰⁸ M. GRASSIN, « Les dimensions sociologiques et religieuses », in *Réflexions éthiques sur la pénurie d’organes en Europe*, sous la direction de Y. Caille et M. Doucin, Paris, L’Harmattan, 2010, p. 160.

²⁰⁹ B. BOETON, “Trafics d’organes : Y a-t-il quelque chose derrière la légende urbaine ?” in *Trafic d’enfants : une fatalité ? De la réalité du terrain aux meilleures pratiques*, 10^e séminaire de l’IDE, 19 au 23 octobre 2004, p. 128.

Le principe de gratuité défend également le principe d'indisponibilité et le principe de non-commercialisation du corps humain, principes fondés sur une éthique sociale selon laquelle l'organe, en tant qu'objet du don, symbolise la solidarité entre les membres d'une société.

Les principes d'indisponibilité et de non-commercialisation du corps humain ont pour effet de limiter le pouvoir qu'exerce l'individu sur son propre corps, l'objectif étant de le protéger²¹⁰. Le protéger contre lui-même, mais surtout le protéger de la société. L'interdiction faite à l'individu de tirer profit de la vente de son corps ou de ses parties permet d'éviter que les membres de la société n'acquière une valeur marchande, les rendant inégaux entre eux et objets de convoitise²¹¹. La stabilité de la société pourrait ainsi être mise en péril, car l'individu qui naîtrait avec une malformation cardiaque ou avec un seul rein serait déprécié par rapport aux autres²¹².

Section 2 – Les arguments en défaveur d'une commercialisation des organes

Les opposants à la commercialisation des organes se basent principalement sur la pensée Kantienne et plus particulièrement sur la notion d'autonomie morale (sous-section 1). Ils évoquent également l'importance de la dignité humaine pour justifier le maintien de l'interdiction de rémunération des donneurs (sous-section 2).

Le risque de création d'injustices notoires constitue le troisième argument présenté par les opposants au débat (sous-section 3). Pour finir, ces derniers s'appuient sur certains problèmes pratiques que risque d'engendrer une commercialisation des organes pour écarter celle-ci (sous-section 4).

Sous-section 1 – L'autonomie morale selon Kant

Selon la pensée Kantienne, le corps est constitutif de la personne, et dès lors, le respect de la personne passe avant tout par le respect de son corps²¹³.

L'autonomie symbolise la possibilité de raisonner et d'agir en fonction de la loi morale et non en fonction de ses inclinations ou de son intérêt.

La loi morale de Kant s'énonce sous la forme de trois maximes qui sont les suivantes :

« Agis uniquement d'après la maxime qui fait que tu puisses vouloir en même temps qu'elle devienne une loi universelle »²¹⁴, « Agis comme si la maxime de ton action devait être érigée

²¹⁰ T. BOURGOIGNIE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, Bruxelles, Services fédéraux des affaires scientifiques, techniques et culturelles, 1996, p. 53.

²¹¹ H. KREIS, *Les greffes d'organes : une nouvelle fabrique du corps*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 157.

²¹² *Ibidem*.

²¹³ V. GATEAU, *op. cit.*, p. 154.

par ta volonté en loi universelle de la nature »²¹⁵, « Agis de telle sorte que tu traites l'humanité aussi bien dans ta personne que dans la personne de toute autre toujours en même temps comme une fin, et jamais simplement comme un moyen »²¹⁶.

L'autonomie, définie en tant que capacité de diriger librement sa volonté, fonde la dignité de la personne humaine ainsi que le respect qui lui est dû.

Puisque la personne n'est pas indépendante de son corps, le respect de la dignité de la personne humaine passe également par le respect de son corps. Ce respect lui impose certaines limites quant à ce qu'elle peut faire de son corps²¹⁷.

Cette idée correspond à notre cadre juridique selon lequel le corps humain est « hors commerce » au sens où il ne peut faire l'objet d'un droit patrimonial²¹⁸ ni être l'objet d'une convention. L'article 1128 du Code civil dispose qu'« *il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puisse être l'objet des conventions* ».

La rémunération des donneurs, tout en contrevenant au principe de non-patrimonialité du corps humain, porte atteinte à l'autonomie de la personne humaine. Elle annule la liberté de la personne en faisant du pourvoyeur d'organes un simple moyen pour soigner quelqu'un d'autre²¹⁹.

A contrario, le système du don altruiste préserverait la liberté et le consentement du donneur. Il est toutefois permis de douter du degré réel de liberté ou de soumission du donneur dans le cadre du système actuel régissant le don d'organes, et plus particulièrement pour le don entre vifs apparentés. On peut effectivement se demander si le consentement du donneur est bien exempt de toute pression extérieure étant donné la nature personnelle des liens qui unissent le donneur et le receveur. « *Selon certains, les proches parents du receveur éventuel sont justement les personnes les plus vulnérables de consentir à un tel don sous l'effet d'une pression psychologique et émotionnelle* »²²⁰.

²¹⁴ E. KANT, « Fondements de la métaphysique des mœurs », in *Œuvres philosophiques II*, Paris, Gallimard, 1985, p. 285.

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ E. KANT, *op. cit.*, p. 295.

²¹⁷ V. GATEAU, *op. cit.*, p. 155.

²¹⁸ Article 16-1, alinéa 3 du Code civil français : « *Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial* ».

²¹⁹ V. GATEAU, *op. cit.*, p. 156.

²²⁰ S. GASCON, *L'utilisation médicale et la commercialisation du corps humain*, Cowansville, Biais, 1993, p. 52.

Sous-section 2 – La dignité humaine

Dans la mesure où la pensée kantienne oppose ce qui a un prix, à savoir une chose, et ce qui a une dignité, à savoir une personne, la rémunération des donneurs nuit à la dignité humaine²²¹. Ainsi, ce qui a une dignité est précisément ce qui n'a pas de prix et ce qui a une valeur intrinsèque, à l'inverse des choses qui ont une valeur relative²²². Autoriser le commerce d'organes reviendrait à considérer les personnes comme des choses vendables et des réserves potentielles d'organes²²³.

Là où la vente vient attribuer un prix à la vie humaine et conduit à nier sa dignité, le don, qui relève de l'altruisme et de la solidarité envers autrui, fonde la valeur morale du prélèvement. Le don permet de rester dans une relation entre personnes, puisque l'organe est alors considéré comme étant non évaluable, « hors de prix »²²⁴.

Sous-section 3 – Le principe de justice

Nous le verrons plus bas²²⁵, les partisans de la commercialisation des organes avancent l'argument de l'injustice sociale qu'engendre la situation de pénurie d'organes.

Il convient, à cet égard, d'examiner l'étendue des droits reconnus aux patients en attente d'un organe. La protection de la santé constitue effectivement un droit subjectif reconnu par l'article 23 de la Constitution belge qui garantit les droits économiques, sociaux et culturels afin que chacun puisse exercer son droit à mener une vie conforme à la dignité humaine.

Cependant, il s'agit du droit d'être soigné et non du droit de ne pas être malade. Or, comment cerner les limites et contours d'un tel droit ? Il paraît évident que l'atteinte à la dignité des tiers, par le biais de la légalisation du commerce d'organes, constitue une limite à ce droit.

Si l'on admet que la justice consiste en la volonté constante et perpétuelle d'attribuer à chacun le sien, il faut préciser que la nature donne à chacun « un sien » qu'il n'a pas choisi, à savoir son propre corps. La justice s'emploie à garantir ce « propre » à travers le droit à l'intégrité physique, le droit à la vie, et le droit aux moyens de subsistance. En dehors de cela, il n'est pas certain que l'on puisse parler d'injustice sociale pour qualifier la pénurie d'organes.

²²¹ *Ibidem*.

²²² E. KANT, *op. cit.*, pp. 301-302.

²²³ D. JORAMELON, P. COX, « Body Values : The Case against Compensating for Transplant Organs », *Housing Center Report*, vol. 33, n°1, 2003, p. 29.

²²⁴ V. GATEAU, *op. cit.*, p. 157.

²²⁵ Voy. p. 64.

A contrario, la remise en cause du principe de non-commercialisation du corps humain risque de créer une situation de profonde inégalité en appliquant la loi du marché aux éléments du corps humain²²⁶. D'une part, la rémunération a pour effet de renforcer l'inégalité sociale qui est induite par la richesse ou la pauvreté des uns et des autres. La rémunération crée effectivement une pression plus importante sur la catégorie des individus pauvres.

D'autre part, elle instaure une inégalité supplémentaire à l'égard des individus pauvres en mauvaise santé qui ne pourront ni vendre ni recevoir²²⁷.

Sous-section 4 – Quelques problèmes pratiques

Enfin, les opposants au débat évoquent les problèmes pratiques susceptibles d'être posés par la rémunération des organes.

Premièrement, des auteurs démontrent l'impossibilité de fixer un prix « juste » entendu comme un prix à la fois incitatif et non irrésistible²²⁸. Si un tel prix ne peut être fixé, la conséquence est que certains individus ne pourront résister à l'offre et seront contraints de vendre alors que pour d'autres, elle paraîtra dérisoire²²⁹.

Deuxièmement, le grand public tenant en horreur l'idée d'une commercialisation du corps humain, l'autorisation de la rémunération serait inutile et n'aurait dès lors aucune influence sur la pénurie d'organes. Elle pourrait même avoir pour effet de diminuer le nombre de dons en aggravant le sentiment de dégoût, chez certaines personnes, quant au prélèvement des organes²³⁰.

Troisièmement, si la rémunération des organes n'est pas immorale dans son principe même, c'est sa mise en œuvre qui risque d'engendrer des conséquences néfastes qui sont de plusieurs ordres.

Tout d'abord, la rémunération aurait pour effet de mener à l'exploitation des pauvres.

Ensuite, nos valeurs morales et humaines s'en trouveraient atteintes. Attribuer un prix aux organes contribue à considérer chaque individu comme une réserve potentielle d'organes, et risque de conduire à la décadence de la société.

²²⁶ X. DIJON, « Vers un commerce du corps humain », *J.T.*, 2006, pp. 503-504.

²²⁷ V. GATEAU, *op. cit.*, pp. 157-158.

²²⁸ M.B. GILL, R.M. SADE, « Paying for Kidneys : The Case against Prohibition », *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 12 (1), 2002, p. 33.

²²⁹ V. GATEAU, *op. cit.*, p. 158.

²³⁰ V. GATEAU, *op. cit.*, pp. 158-159.

Enfin, les précautions proposées par les partisans de la rémunération, dont le fait que l'État soit le seul acheteur et le seul fournisseur d'organes, seraient illusoires selon les opposants au débat, vu que la rémunération aurait pour effet d'encourager les trafics et les transactions privées²³¹.

Section 3 – Les arguments en faveur d'une commercialisation

Les arguments qui plaident en faveur d'une légalisation du commerce d'organes sont de deux types : les arguments de type utilitariste (sous-section 1) et les autres (sous-section 2).

Sous-section 1 – Les arguments de type utilitariste

L'utilitarisme, qui est très présent dans le débat bioéthique en Grande-Bretagne, est une théorie morale selon laquelle « *les actions sont bonnes ou sont mauvaises dans la mesure où elles tendent à accroître le bonheur ou à produire le contraire du bonheur* »²³².

Cette théorie enseigne que l'individu est le propre souverain de lui-même, de son corps et de son esprit pour autant que ses actes n'affectent que lui-même et ne portent pas préjudice à autrui²³³. Tout individu est dès lors propriétaire de ses organes et est libre d'en déterminer la destination. Une fois détaché du corps humain, l'organe devient une chose sur laquelle l'être humain peut exercer un droit de propriété dès lors que chacun a le droit de disposer librement de son corps²³⁴. Selon cette tendance, qui pose la question de la commercialisation, l'organe perd sa valeur symbolique pour être réduit à l'état de moyen de préservation de la vie d'autrui.

Les tenants d'une rémunération des donneurs partent également du postulat selon lequel le corps et la personne ne sont pas indivisibles, ne se confondent pas²³⁵. Partir du principe en vertu duquel l'humanité est non seulement dans la personne, mais aussi dans le corps humain, revient à reconnaître qu'il y a une humanité par corps : une humanité des hommes, une humanité des femmes, une humanité des gros, une des maigres. Or, une telle affirmation est contraire à l'éthique des droits de l'homme qui est universaliste et égalitaire²³⁶.

²³¹ V. GATEAU, *op. cit.*, p. 159.

²³² J.S. MILL, *L'utilitarisme*, Paris, Flammarion, 1988, p. 49.

²³³ V. GATEAU, *op. cit.*, p. 167.

²³⁴ *Ibidem*.

²³⁵ V. GATEAU, *op. cit.*, p. 160.

²³⁶ *Ibidem*.

Nous exposons, dans cette présente sous-section, les différents arguments avancés par les partisans de la rémunération qui ne font que reprendre les arguments des opposants pour les contrer et démontrer qu'ils sont infondés.

§1 – Quant à l'autonomie et à la liberté du donneur

Rappelons-nous que selon les opposants au débat, vendre un organe aliène l'autonomie de la personne. Les partisans de la rémunération avancent deux arguments pour contrer cette affirmation.

D'une part, ils font valoir que l'argument Kantien est contradictoire. Le don, bien que réalisé dans des conditions qui empêchent la déchéance morale des donneurs, constitue déjà une aliénation des organes et devrait, dès lors, être interdit au même titre que la vente d'organes si l'on suit l'enseignement Kantien. En effet, le don porte également atteinte à l'ensemble « corps-personne » et à l'autonomie du sujet²³⁷.

D'autre part, ils considèrent que l'autonomie consiste dans la capacité d'effectuer des choix rationnels et libres. En conséquence, interdire la vente d'organes constitue un frein à l'autonomie des individus²³⁸. Selon Mill, « *chacun est le gardien naturel de sa propre santé aussi bien physique que mentale et spirituelle* »²³⁹ et « *personne n'est autorisé à dire à un homme d'âge mûr que, dans son intérêt, il ne doit pas faire de sa vie ce qu'il a choisi d'en faire. Il est celui que son bien-être préoccupe le plus* »²⁴⁰.

En se fondant sur la division du corps et de la personne, les tenants de la rémunération estiment que la vente d'un organe n'affecte pas plus l'autonomie de la personne que le don. L'ablation d'un organe n'empêche pas de faire des choix rationnels²⁴¹.

Concernant la liberté, celle-ci se trouve annulée par la mise en vente de l'organe, la contrainte financière créant une situation de non-choix d'après les opposants.

Selon la pensée utilitariste, la liberté, entendue comme absence de contrainte extérieure, n'est pas atteinte lorsque la société introduit à côté du don la possibilité de vendre un organe. Autoriser une telle alternative au don élargit simplement le choix du « donneur » potentiel.

²³⁷ V. GATEAU, *op. cit.*, p. 163.

²³⁸ V. GATEAU, *op. cit.*, p. 162.

²³⁹ J.S. MILL, *De la liberté*, Paris, Gallimard, 1990, p. 79.

²⁴⁰ J.S. MILL, *De la liberté*, Paris, Gallimard, 1990, p. 178.

²⁴¹ V. GATEAU, *op. cit.*, p. 162.

L'individu reste libre de vendre ou de donner. L'exemple suivant est particulièrement parlant : le fait d'offrir un travail mieux payé est une offre attractive, mais qui n'est pas nécessairement contraignante. C'est simplement offrir du choix.

En autorisant la vente, on règle le problème de la pénurie d'organes, et en maintenant la possibilité du don, on règle le problème de conscience des donneurs qui continuent à voir dans la vente une atteinte à la dignité humaine. L'argumentation libérale contente dès lors tout le monde²⁴².

La société a pour mission de protéger cette liberté de chaque individu à disposer de sa vie. L'absence de contrainte et l'offre élargie de choix constituent précisément des garanties de la liberté des individus²⁴³.

§2 – Quant à la dignité du donneur

Alors que selon Kant, les « devoirs envers soi-même », dont le respect est la condition nécessaire de la dignité humaine, se traduisent par le respect de la loi morale et la non-soumission à ses désirs et inclinations, ces mêmes devoirs n'ont pas la même signification chez Mill.

Ce dernier interprète ces « devoirs » comme étant la libre expression de soi et de ses inclinations²⁴⁴. Dès lors, à partir du moment où l'individu suit ses inclinations et ne porte pas atteinte à autrui, la dignité est préservée. Et le mobile financier de l'action ne peut être source d'indignité à lui tout seul, car on ne peut évaluer l'aspect éthique d'un acte en référence à sa seule finalité, qui est de gagner de l'argent. C'est la conséquence de l'acte qui fonde la dignité de ce dernier dans la vente d'organes, puisque cette vente conduit à offrir au receveur la possibilité de vivre²⁴⁵.

Ensuite, pour contrer l'argument selon lequel l'idée d'une rémunération suscite des sentiments de répugnance et d'horreur dans la population, les tenants du débat établissent un parallèle avec la situation aux États-Unis où la vente de sang et de sperme est légalisée sans que les citoyens semblent être tombés dans une indignité particulière. En outre, ces sentiments

²⁴² X. DIJON, « Chapitre 1 : La gestion du vivant », in *La raison du corps*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 160.

²⁴³ V. GATEAU, *op. cit.*, pp. 163-164.

²⁴⁴ J.S. MILL, *De la liberté*, Paris, Gallimard, 1990, p. 183.

²⁴⁵ V. GATEAU, *op. cit.*, pp. 164-165.

moraux sont susceptibles de varier avec le temps et les pratiques, comme ce fut le cas de la transplantation qui, à ses débuts, a pu être vue comme répugnante²⁴⁶.

§3 – Quant au principe de justice

Selon les partisans de la rémunération, le principe de justice qui est proclamé par les opposants n'est que théorique. Ils dénoncent l'hypocrisie de cet argument.

Avant toute chose, si la rémunération est en débat aujourd'hui, c'est justement parce que la pénurie crée une situation d'injustice, à savoir que de nombreux patients meurent faute d'organes disponibles alors que la rémunération serait un moyen efficace pour combler la pénurie de greffons²⁴⁷. De plus, la non-commercialisation conduit à des inégalités de fait et ne pénalise finalement que les individus défavorisés. Les plus nantis auront effectivement toujours la possibilité de se procurer à prix d'or l'organe dont ils ont besoin. Le système altruiste du don amène dès lors à une situation paradoxale. *« Tout en se réclamant d'une éthique de l'égalité et de la solidarité, il ne prive pas les riches de l'accès au corps commercialisé, mais il condamne les pauvres à dépendre de l'amour et de l'altruisme »*²⁴⁸.

Quant à l'argument selon lequel seuls les individus défavorisés seront incités à vendre leurs organes, il faut constater que ces derniers exécutent déjà ce que les riches ne veulent pas faire au quotidien. De surcroît, priver ces individus de la possibilité de commercialiser leur seul patrimoine serait encore plus immoral que de leur permettre de vendre un organe²⁴⁹.

Ensuite, il convient de pointer l'injustice de la situation actuelle dans laquelle le donneur est le seul à assumer les risques et le seul à ne percevoir aucun bénéfice.

Le receveur, ainsi que l'ensemble de la société, par le biais de la diminution de l'attente, bénéficient de l'opération, là où le donneur ne reçoit rien²⁵⁰.

Enfin, les utilitaristes appliquent un principe de réalité qui consiste à admettre qu'il existe déjà un marché noir dans lequel les individus provenant de pays pauvres vendent leurs organes au profit des individus des pays riches. L'Angleterre est un précurseur sur ce point-là : l'existence d'un trafic avec l'Inde incite effectivement certains auteurs à considérer la

²⁴⁶ V. GATEAU, *op. cit.*, p. 165.

²⁴⁷ *Ibidem*.

²⁴⁸ Avis n°30 (5 juillet 2004) du Comité belge consultatif de bioéthique relatif à la gestation pour autrui, n° 4.3.3.2, p. 33.

²⁴⁹ V. GATEAU, *op. cit.*, p. 166.

²⁵⁰ V. GATEAU, *op. cit.*, p. 167.

question de la rémunération afin de ne pas faire peser la charge du prélèvement sur les pays pauvres²⁵¹.

Sous-section 2 – Les autres arguments

Un des arguments en faveur de la commercialisation du corps humain consiste dans l'idée qu'une telle commercialisation serait profitable à tous, étant donné que l'individu pauvre qui vend ses organes y voit un moyen d'améliorer ses conditions matérielles de vie tandis que l'individu riche receveur recouvre ainsi la santé.

Un autre argument provient de l'affirmation selon laquelle le corps de la personne décédée, contrairement à celui d'une personne vivante, ne peut plus être considéré comme constitutif de la personne puisque la mort représente précisément la fin de cette personne²⁵². Le corps deviendrait alors un objet, méritant toutefois le respect puisque le cadavre constitue le dernier souvenir de la vie, susceptible d'être vendu par la personne lorsqu'elle était encore en vie ou par un éventuel propriétaire après la mort²⁵³. Cet argument ne concerne toutefois que la vente d'organes une fois la mort survenue.

Il reste que cette vision des choses choque notre éthique actuelle. Nous pouvons alors faire un parallèle avec l'achat des cadavres par des laboratoires d'anatomie à des individus pauvres le plus souvent, pour éviter à leurs proches le coût des funérailles. Cette situation n'a pas l'air d'heurter les mentalités. Or, quelle est la différence, d'autant plus que la vente d'un organe sert des intérêts infiniment plus nobles et plus importants puisqu'il s'agit de sauver la vie d'hommes et femmes autrement condamnés²⁵⁴ ?

Ensuite, l'altruisme est et doit être la seule motivation du don à l'heure actuelle. Il est souvent affirmé qu'en introduisant le commerce dans ce domaine, l'altruisme disparaîtrait. Or, en introduisant le commerce en tant qu'alternative au don, l'altruisme, s'il existe, apparaîtra avec plus de force et d'éclat. En effet, celui qui donne un organe plutôt que de le vendre fera preuve d'un altruisme plus réel que celui qui donne lorsqu'il n'y a pas d'alternative au don.

Si tout le monde préfère vendre, il sera alors prouvé que l'altruisme cède face au lucre et qu'il était vain d'y recourir pour répondre aux besoins d'organes²⁵⁵.

²⁵¹ V. GATEAU, *op. cit.*, p. 166.

²⁵² H. KREIS, *op. cit.*, p. 159.

²⁵³ H. KREIS, *op. cit.*, pp. 159-160.

²⁵⁴ H. KREIS, *op. cit.*, p. 162.

²⁵⁵ H. KREIS, *op. cit.*, pp. 162-163.

En outre, la légalisation du commerce d'organes remédierait au marché noir d'organes qui sévit actuellement. En augmentant la disponibilité des organes, et en influençant positivement la pénurie d'organes, une telle légalisation diminuerait les trafics d'organes. Toutefois, il convient de se demander en quoi le changement d'étiquette augmenterait la moralité du comportement²⁵⁶. En effet, comme X. DIJON l'exprime si bien : « *que les trafiquants se cachent pour se livrer à leurs pratiques illicites, c'est l'hommage obligé que le vice rend à la vertu. Mais que ces pratiques soient légalisées par une autorisation de commercialisation en bonne et due forme, c'est l'excessif honneur que la vertu rendra au vice* »²⁵⁷.

Légaliser le commerce d'organes semble dangereux étant donné que cela reviendrait à cautionner le trafic d'organes et à lui accorder une importance symbolique qu'il n'avait pas auparavant.

Enfin, il existe des obstacles culturels et psychologiques au respect du principe de non-commercialisation et qui contribuent dès lors à la commercialisation du corps humain.

Dans les pays islamiques et orientaux, le don entre vifs est quasiment la source exclusive d'organes, car dans ces cultures, « *le mort est plus intouchable que le vivant* »²⁵⁸.

De manière plus générale, dans les pays en voie de développement, le don entre vifs constitue également la seule source d'organes étant donné que les infrastructures nécessaires à la bonne conservation des organes provenant de donneurs décédés n'existent pas. Dès lors, même si l'on en venait à adopter une loi autorisant le prélèvement sur les cadavres dans ces pays, le manque d'ambulances, de routes praticables, d'hélicoptères ainsi que d'équipes médicales aura pour conséquence que 99% des individus en état de mort cérébrale ne pourront plus être considérés comme donneurs²⁵⁹. Or, le don entre vifs encourage les transactions financières. La pauvreté incite effectivement les individus à vendre leurs organes.

Compte tenu de ces obstacles et de l'incapacité du cadre légal actuel à empêcher ce marché noir d'organes, il semble inutile de continuer à proclamer l'interdiction absolue du commerce d'organes.

²⁵⁶ X. DIJON, « Vers un commerce du corps humain », *J.T.*, 2006, p. 504.

²⁵⁷ *Ibidem*.

²⁵⁸ D. SICARD, *op. cit.*, p. 23.

²⁵⁹ T. BOURGOIGNIE, *op. cit.*, 1996, p. 55.

Conclusion

Il devient difficilement supportable de voir les patients en attente d'un organe, en attente d'un futur, en attente d'un moyen de survie, privé d'un épanouissement que la médecine est en mesure de leur offrir, en raison d'un principe juridique prescrivant l'interdiction du commerce d'organes. Il est également déplorable d'observer, en conséquence de ce manque crucial d'organes disponibles, que les pauvres sont à nouveau les victimes du système, par le déploiement d'un trafic d'organes et d'un tourisme de transplantation.

Alors que l'esclavage, qui peut être défini comme la commercialisation de l'humain dans sa totalité, a été abrogé, le 21^e siècle affronte la question de l'instauration du marché de l'humain « *par morceau* »²⁶⁰. Vu le constat de l'incapacité du système actuel à couvrir la demande croissante d'organes, une remise en cause de ce système est nécessaire. Là où le système altruiste limite l'offre d'organes, le don récompensé, par l'introduction d'instruments incitatifs adoptés par l'Etat ainsi que le don rémunéré, par la légalisation du commerce d'organes, sont susceptibles de l'augmenter.

Nous avons pu observer que la législation belge encadrant le don et la transplantation d'organes, comme c'est le cas pour la plupart des législations dans le monde, avec une petite exception pour l'Iran, contient d'importants obstacles empêchant qu'un nombre plus élevé d'organes ne soit disponible. Ces derniers sont constitués par la défaillance du système de dédommagement relatif au don, les conditions supplémentaires strictes qu'exigent certaines situations particulières, et la difficulté qu'engendre le système de consentement présumé face à un refus de prélèvement exprimé par les proches.

Ainsi, l'offre d'organes ne parvient pas à rencontrer la demande d'organes qui ne cesse d'augmenter en raison des progrès médicaux et scientifiques, du succès de la transplantation d'organes, de l'augmentation de l'espérance de vie et des maladies de civilisation, et du bénéfice en termes de coûts et d'efficacité qu'engendre la greffe d'organe par rapport à des traitements alternatifs.

Il a été constaté que la pénurie d'organes avait notamment pour cause les principes de gratuité du don et de l'interdiction du commerce d'organes qui sont le fondement du système altruiste.

²⁶⁰ P. STEINER, *La transplantation d'organes : Un commerce nouveau entre les êtres humains*, Paris, Gallimard, 2010, p. 254.

Le seul pays au monde n'ayant pas de liste d'attente étant également le seul à avoir introduit un marché régulé d'organes, il est légitime de penser que le système altruiste basé sur la solidarité humaine n'est plus satisfaisant et doit, dès lors, subir une remise en cause.

La problématique du trafic d'organes et du tourisme de transplantation, en tant que conséquence indirecte de la pénurie d'organes, a, par la suite, été étudiée. Un état des lieux de la situation a permis de comprendre que le trafic d'organes contribue à renforcer la pauvreté des vendeurs, qui se situent principalement dans les pays du tiers-monde, en ce qu'ils perçoivent 30% de moins que le montant promis et qu'ils subissent généralement une diminution de leurs capacités physiques et de travail, entraînant une perte mensuelle de revenu. Le trafic d'organes, en impliquant le plus souvent des femmes, des individus pauvres et des personnes « de couleur », contribue également à accentuer les inégalités. En outre, les transplantations sont réalisées dans des conditions sanitaires inadéquates occasionnant des complications chez le receveur.

Il a également pu être observé que l'existence de législations nationales, européennes et internationales réprimant tant l'achat et la vente d'organes que le trafic d'organes d'une manière plus générale, n'est pas parvenue à enrayer le déploiement, toujours plus important, du trafic d'organes et du tourisme de transplantation. La nouvelle convention du Conseil de l'Europe contre le trafic d'organes humains, qui n'est pas encore entrée en vigueur, présente toutefois de belles perspectives d'avenir étant donné qu'il est le premier traité international juridiquement contraignant en matière de trafic d'organes.

En conséquence, il convient d'adopter, d'urgence, des mesures destinées à lutter contre la pénurie d'organes dans le but d'anéantir et du moins d'atténuer ce marché noir d'organes qui s'accompagne de pressions, de contraintes, d'abus, de corruption et de crime, et qui se déroule exclusivement au détriment des populations les plus défavorisées.

C'est dans cet esprit qu'a été présenté les deux alternatives au modèle altruiste du don d'organes : le modèle de récompense au don d'organes et le modèle du don rémunéré par la légalisation du commerce d'organes.

Le modèle de récompense au don d'organes prend la forme d'instruments incitatifs adoptés par l'Etat dans le cadre de sa politique de promotion du don d'organes. Parmi ces modèles, il

faut différencier le modèle d'indemnisation, le modèle solidaire ou non pécuniaire et le modèle pécuniaire.

Le modèle d'indemnisation, qui accorde le remboursement des frais liés au don et la compensation du dommage résultant de cet acte, a plus pour objectif de supprimer les obstacles financiers au don d'organes que de créer une réelle incitation au don.

Le modèle solidaire ou non pécuniaire octroie une priorité, sur la liste d'attente, aux personnes ayant consenti au don d'organes. Quant au modèle pécuniaire, les instruments incitatifs proposés peuvent être soit directs et accorder une véritable valeur vénale aux organes, soit indirects et n'offrir qu'une valeur symbolique pour l'acte altruiste accompli.

Les modèles solidaires ou non pécuniaires se basent sur l'idée de réciprocité et de solidarité pour inciter les individus à faire le don de leurs organes. La priorité d'allocation pour les donneurs vivants présente l'avantage d'éviter le risque de comportements stratégiques que comporte le principe de prévoyance puisqu'elle honore le prélèvement effectif d'organe, là où le principe de prévoyance honore la décision de faire don de ses organes après sa mort.

Tant la priorité d'allocation pour les donneurs vivants que le principe de prévoyance sont attrayants : le principe de prévoyance par le calcul des risques qui consiste à réaliser que chaque individu a plus de chance de se trouver un jour en attente d'un organe que de devoir donner l'un de ses organes ; et la priorité d'allocation étant donné qu'il supprime une barrière décisive au don entre vifs, qui est la crainte de perdre l'organe restant.

Nous redoutons toutefois que ces instruments ne créent qu'une légère incitation au don d'organes et ne soient pas suffisants pour combattre efficacement la pénurie d'organes. Il est toutefois envisageable de combiner plusieurs instruments incitatifs afin d'apporter un réel changement.

Les modèles pécuniaires indirects, même s'ils n'impliquent pas le versement d'une somme d'argent de manière directe, ont de grandes chances d'influencer positivement la pénurie d'organes. La réduction d'impôt et la réduction des primes d'assurance-maladie semblent particulièrement efficaces en ce qu'ils ont pour effet d'augmenter le pouvoir d'achat des individus qui en bénéficient.

Les modèles pécuniaires directs que constituent le « *Futures market* » et le marché régulé d'organes, bien que moins acceptables sur le plan éthique, étant donné qu'ils impliquent la reconnaissance d'un droit de propriété du donneur sur ses organes et qu'ils accordent une valeur vénale aux organes, sont certainement les plus susceptibles d'avoir un impact

considérable sur la pénurie d'organes et, dès lors, sur le trafic d'organes. En effet, dans un monde comme le nôtre où l'argent prime souvent sur toute autre considération, ils paraissent plus enclins à créer une réelle incitation au don chez les individus.

En ce qui concerne le don entre vifs, le marché régulé nous semble plus opportun que la légalisation du commerce d'organes dans le cadre d'un marché libre, notamment au regard des arguments invoqués par les opposants au débat sur la rémunération des donneurs.

Alors que le principe de gratuité a pour fonction de garantir aux receveurs un égal accès aux soins, l'introduction du marché régulé n'annule pas cette garantie. En effet, l'allocation des organes est indépendante de la capacité financière du receveur puisqu'elle se fait selon les critères usuels et équitables qui régissent actuellement l'allocation des organes dans le cadre du modèle altruiste. Cette caractéristique, qui a pour effet de garantir l'égalité des individus dans l'accès aux soins, évacue l'argument des opposants à la rémunération des organes selon lequel une telle rémunération conduit à la création d'injustices sociales.

De plus, le marché régulé d'organes garantit, par la fixité du prix de vente, l'égalité de traitement des individus, contrairement au marché libre d'organes où, la libre concurrence jouant à plein, il est vraisemblable que les individus nantis seront les seuls à pouvoir s'offrir un organe.

Le cas de l'Iran nous a, par ailleurs, démontré que l'introduction d'un marché régulé ne fait pas disparaître les dons altruistes, ce qui a pour effet de confirmer l'argument utilitariste selon lequel la liberté du donneur ne se trouve pas atteinte lorsque la société introduit à côté du don, la possibilité de vendre un organe. Autoriser une telle alternative ne fait qu'élargir le choix du donneur potentiel²⁶¹.

Le marché régulé comporte également d'importantes garanties : le consentement libre et éclairé du donneur, les examens médicaux et psychologiques du donneur avant l'opération, l'agrément de la part d'une commission d'éthique indépendante, un suivi postopératoire à long terme pour le donneur et le receveur. Le marché régulé prévoit également le droit du donneur à révoquer son consentement à tout moment et sans sanctions. A cet égard, on peut se demander ce qu'il arrivera lorsque, dans le cadre d'un marché libre d'organes, le vendeur, ayant conclu un contrat avec l'acheteur, se désiste. Il est alors prévisible que l'acheteur

²⁶¹ X. DIJON, « Chapitre 1 : La gestion du vivant », in *La raison du corps*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 160.

envisage, dans ce cas, d'introduire une action en justice afin d'exiger l'exécution du contrat. Il est manifeste que le marché libre d'organes mènera à des situations particulièrement délicates.

La légalisation du commerce d'organes doit, à l'inverse, être vue avec beaucoup de prudence. Comme Xavier Dijon l'explique²⁶², on ne voit pas bien comment le commerce d'organes légalisé serait préférable au trafic d'organes en ce qu'il est susceptible de mener aux mêmes abus, aux mêmes inégalités, aux mêmes exploitations. Les tiers intermédiaires continueront à profiter de ce marché particulièrement lucratif en recrutant des vendeurs vulnérables. Le marché libre d'organes sera réservé aux personnes disposant d'importants moyens financiers.

La seule différence se situerait au niveau de la clandestinité du phénomène.

Toutefois, un avantage que pourrait procurer la légalisation du commerce d'organes réside assurément dans l'amélioration des conditions sanitaires dans lesquelles la transplantation d'organes serait réalisée, évitant alors la transmission de pathologies infectieuses aux receveurs.

Si la légalisation du commerce d'organes entendu comme se déployant dans le cadre d'un marché libre, sans garanties ni régulation, ne nous paraît pas acceptable, l'introduction d'un marché régulé, par les nombreuses garanties qu'il apporte, est plus souhaitable. D'autant plus que ce dernier a fait ses preuves en Iran, seul pays au monde à ne plus connaître de situation de pénurie d'organes depuis l'instauration du marché régulé.

S'il est néanmoins véridique qu'attribuer ainsi une valeur vénale aux organes est attentatoire aux principes de non-commercialisation et d'indisponibilité du corps humain ayant toujours fondé l'humanité, il convient d'opérer une mise en balance des intérêts en jeu.

Est-il opportun de continuer à proclamer les principes de gratuité du don d'organes et d'interdiction du commerce d'organes alors que c'est la vie de milliers de patients en attente d'organes qui est en jeu et qu'un trafic d'organes se déploie au mépris d'individus dont la vulnérabilité est utilisée par les tiers intermédiaires qui profitent, sans vergogne, de ce marché lucratif ?

²⁶² X. DIJON, *op. cit.*, p. 504.

Bibliographie

Législation

Textes de lois (au sens large)

Les dispositions de droit interne

- Code civil, art. 6 et 1128, *M.B.*, 3 septembre 1807.
- Loi du 13 juin 1986, *M.B.*, 14 février 1987.
- Loi du 25 février 2007 modifiant la loi du 13 juin 1986 sur le prélèvement et la transplantation d'organes, *M.B.*, 13 avril 2007.
- Loi du 3 juillet 2012 modifiant la loi du 13 juin 1986 sur le prélèvement et la transplantation d'organes et la loi du 19 décembre 2008 relative à l'obtention et à l'utilisation de matériel corporel humain destiné à des applications médicales humaines ou à des fins de recherche scientifique, *M.B.*, 24 août 2012.
- Arrêté royal du 30 octobre 1986 organisant le mode d'expression de la volonté du donneur ou des personnes visées à l'article 10, §2 de la loi du 13 juin 1986 sur le prélèvement et la transplantation d'organes, *M.B.*, 14 février 1987.
- Arrêté royal du 23 juin 2003 fixant les normes auxquelles un centre de transplantation doit répondre pour être agréé comme service médical au sens de l'article 44 de la loi sur les hôpitaux coordonnée le 7 août 1987, article 10§2, *M.B.*, 4 août 2003.

Les dispositions de droit français

- Code civil français, Article 16-1, alinéa 3.

Les dispositions de droit supranational

- Convention du Conseil de l'Europe du 4 avril 1997 sur les droits de l'homme et la biomédecine (STCE n° 164).
- Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, signée à Varsovie le 16 mai 2005.
- Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, signée à New York le 15 novembre 2000.
- Protocole additionnel relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine adopté le 24 janvier 2002.
- Résolution (78) 29 du Comité des ministres du 11 mai 1978 sur l'harmonisation des législations des Etats membres relatives aux prélèvements, greffes et transplantations de substances d'origine humaine.

- Avis 286 de l'Assemblée Parlementaire du 22 novembre 2013 sur le projet de Convention du Conseil de l'Europe contre le trafic d'organes humains.
- Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe contre le trafic d'organes humains, signée à Saint-Jacques-de-Compostelle le 25 mars 2015.

Les dispositions de droit international

- Préambule de la déclaration d'Istanbul contre le trafic d'organes et le tourisme de transplantation, *Kidney International* 74, no. 7 (2008).

Travaux préparatoires

Documents préparatoires

- Proposition de loi modifiant la loi sur le prélèvement et la transplantation d'organes, *Doc. Parl.*, Chambre, 1985-1986, n°607/3
- Projet de loi sur le prélèvement et la transplantation d'organes, *Doc. Parl.*, Sénat, 1984-1985, n°832/1, pp. 4-5.
- Projet de loi sur le prélèvement et la transplantation d'organes, *Doc. Parl.*, Chambre, 1985-1986, n° 220/9, p. 3.

Discussion des assemblées

- Demande d'explications n°3-2111 de M. Patrick VANKRUNKELSVEN du 8 février 2007, *Annales*, Sénat, 2006-2007, n°3-203, p. 57.

Doctrine

- BANKS GLORIA J., « Legal & ethical safeguards : protection of society's most vulnerable participants in a commercialized organ transplantation system », *American Journal of Law & Medicine*, 1995, Vol. 21 (1), pp. 79 à 108.
- BELGHITI J., « Tourisme de transplantation, impact des pénuries », in *Réflexions éthiques sur la pénurie d'organes en Europe*, sous la direction de Y. Caille et M. Doucin, Paris, L'Harmattan, 2010, pp. 57 à 60.
- BELOUCIF S., « La fausse solution du marché régulé d'organes provenant de donneurs vivants », in *Réflexions éthiques sur la pénurie d'organes en Europe*, sous la direction de Y. Caille et M. Doucin, Paris, L'Harmattan, 2010, pp. 223 à 228.

- BOETON B., “Traffics d’organes : Y a-t-il quelque chose derrière la légende urbaine ?” in *Trafic d’enfants : une fatalité ? De la réalité du terrain aux meilleures pratiques*, 10^e séminaire de l’IDE, 19 au 23 octobre 2004, pp. 125-129.
- BOURGOIGNIE T., *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, Bruxelles, Services fédéraux des affaires scientifiques, techniques et culturelles, 1996.
- CLESSE C.-E., *La traite des êtres humains : droit belge éclairé des législations française, luxembourgeoise et suisse*, Bruxelles, Larcier, 2013.
- DIJON X., *La raison du corps*, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- ERIN CHARLES A., HARRIS J., « A monopsonistic market – or how to buy and sell human organs, tissues and cells ethically », *Life and Death Under High Technology Medicine*, London, Manchester University Press, 1994, pp. 134-152.
- GASCON S., *L’utilisation médicale et la commercialisation du corps humain*, Cowansville, Biais, 1993.
- GATEAU V., *Pour une philosophie du don d’organes*, Paris, Vrin, 2009.
- GILL M.B., SADE R.M., « Paying for Kidneys : The Case against Prohibition », *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 12 (1), 2002, p. 33 et s.
- GUILLOD O. et STEFFEN G., *Attribution d’organes en médecine de transplantation : Le choix préalable de la personne d’être donneur d’organes est-il un critère juridiquement admissible ?*, Avis à l’intention de l’OFSP, Neuchâtel, 2003.
- HOUSSIN D., « Introduction », in *Réflexions éthiques sur la pénurie d’organes en Europe*, sous la direction de Y. Caille et M. Doucin, Paris, L’Harmattan, 2010, pp. 121 à 123.
- JACQUELINET C., « Dimension socio-économique de la pénurie » in *Réflexions éthiques sur la pénurie d’organes en Europe*, sous la direction de Y. Caille et M. Doucin, Paris, L’Harmattan, 2010, pp. 43 à 48.
- JORAMELON D., COX P., « Body Values : The Case against Compensating for Transplant Organs », *Housing Center Report*, vol. 33, n°1, 2003, p. 29 et s.
- KANT E., « Fondements de la métaphysique des mœurs », in *Œuvres philosophiques II*, Paris, Gallimard, 1985, pp. 285 et s.
- KESSLER M., « Indications médicales de la greffe, résultats », in *Réflexions éthiques sur la pénurie d’organes en Europe*, sous la direction de Y. Caille et M. Doucin, Paris, L’Harmattan, 2010, pp. 39 à 42.
- KREIS H., *Les greffes d’organes : une nouvelle fabrique du corps*, Paris, L’Harmattan, 2013.

- LAFONTAINE C., *Le corps-marché : la marchandisation de la vie humaine à l'ère de la bioéconomie*, Paris, Seuil, 2014.
- LE QUINTREC M., « Le trafic d'organes (état des malades greffés dans le cadre d'un trafic, devenir des donneurs « rémunérés » », in *Réflexions éthiques sur la pénurie d'organes en Europe*, sous la direction de Y. Caille et M. Doucin, Paris, L'Harmattan, 2010, pp. 61 à 63.
- MADER M., *Le don d'organes entre gratuité et modèles de récompense : Quels instruments étatiques face à la pénurie d'organes*, Bâle, Helbing und Lichtenhahn, 2011.
- MAMZER BRUNEEL M.-F., GRAND E., KREIS H., HERVE C., "Comment augmenter le nombre d'organes disponibles en France", in *Accès aux transplantations d'organes et de tissus en europe et droits aux soins en Europe*, sous la coordination de Anne-Marie Duguet, Bordeaux, Les études hospitalières, 2009, pp. 53 à 64.
- MAMZER BRUNEEL M.-F., "Déclaration d'Istanbul contre le trafic d'organes et le tourisme de transplantation", in *Accès aux transplantations d'organes et de tissus en europe et droits aux soins en Europe*, sous la coordination de Anne-Marie Duguet, Bordeaux, Les études hospitalières, 2009, pp. 111 à 118.
- MANYALICH M., « Importance de l'abord des proches – formation des équipes de coordination (TPM) », in *Réflexions éthiques sur la pénurie d'organes en Europe*, sous la direction de Y. Caille et M. Doucin, Paris, L'Harmattan, 2010, pp. 163 à 166.
- MATAS ARTHUR J., SCHNITZLER MARK A., « Payment for living donor (vendor) kidneys : a cost-effectiveness analysis », *American Journal of Transplantation*, 2004, Vol. 4 (2), pp. 216 à 221.
- MILL J.S., *De la liberté*, Paris, Gallimard, 1990.
- MILL J.S., *L'utilitarisme*, Paris, Flammarion, 1988.
- MONIRUZZAMAN M., « « Living Cadavers » in Bangladesh » : Bioviolence in the Human Organ Bazaar », *Medical Anthropology Quarterly*, vol. 26, n°1, 2012, pp. 69-91.
- MORRIS PETER J., *Les transplantations*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2003.
- NADEL MARK S., NADEL CAROLINA A., « Using reciprocity to motivate organ donations », *Yale Journal of Health Policy, Law and Ethics*, 2005, vol. 5 (1), pp. 293 à 325.
- NORBA D., « Consentement exprès versus consentement présumé (Quelle politique pour quel impact ? Quelles alternatives développées ?) », in *Réflexions éthiques sur la pénurie d'organes en Europe*, sous la direction de Y. Caille et M. Doucin, Paris, L'Harmattan, 2010, pp. 147-150.

- OSWALD ANDREW J., *Economics that Matters : Using the Tax System to Solve the Shortage of Human Organs*, Kyklos – International Review for Social Sciences, 2001, Vol. 54 (2-3).
- PARKER JR FREDERICK R., WILLIAM WINSLADE J., PAINE CHARLES J., « Organ Procurement and Tax Policy », *Houston Journal of Health Law and Policy*, 2002, Vol. 2, pp. 173 à 179.
- RENCHON J.-L., « Titre II : Le statut juridique de la personne humaine », in *Droit des personnes, de la famille et des régimes matrimoniaux*, Faculté de droit de l'Université Saint-Louis de Bruxelles, 2012-2013.
- SCHWACH V., « « Le complexe du vautour ». Attitudes des professionnels hospitaliers concernés par les prélèvements d'organes », in *Ethique et transplantation d'organes*, sous la direction de J.-F. Collange, Paris, Ellipses, 2000, pp. 136 à 137.
- SICARD D., *L'éthique médicale et la bioéthique*, Paris, PUF, 2009.
- SQUIFFLET A.-C., « L'action de l'Union européenne en matière de prélèvement et de transplantation d'organes : commentaires à propos du plan d'action 2009-2015 et de la directive du 7 juillet 2010 », *Revue de droit de la santé*, 2010, Liv. 5, pp. 382 à 397.
- SQUIFFLET A.-C., « Le droit face à la pénurie d'organes : quels apports pour quelle efficacité ? », *Annales de Droit de Louvain*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 357 à 404.
- STEINER P., « Le don d'organes : une typologie analytique », *Revue française de sociologie*, 2006 (3), p.p. 479 à 506.
- STEINER P., *La transplantation d'organes : Un commerce nouveau entre les êtres humains*, Paris, Gallimard, 2010.

Autres

- Conseil de l'Europe, « Une nouvelle convention contre le trafic d'organes humains », 25 mars 2015, disponible sur <http://www.coe.int/fr/web/portal/-/a-new-convention-on-trafficking-in-human-organs>.
- Fondation internationale Eurotransplant, « Rapport annuel 2014 », p. 50, https://www.eurotransplant.org/cms/mediaobject.php?file=ar_2014.pdf.
- Avis n°30 (5 juillet 2004) du Comité belge consultatif de bioéthique relatif à la gestation pour autrui, n° 4.3.3.2, p. 33.
- *Le Petit Larousse illustré*, Paris, Larousse-Bordas, 1998.
- <http://www.odf.org.za>
- <http://www.tunisia-today.com/archives/42112>

Table des matières

Introduction	6
Chapitre 1 – Le don et la transplantation d’organes	8
Section 1 — Notions introductives	8
Section 2 – Le cadre juridique belge en matière de don d’organes	8
Sous-section 1 – Les caractéristiques de la loi du 13 juin 1986.....	9
§1 – Les dispositions générales	9
§§1 – Le champ d’application.....	9
§§2 – Le principe de gratuité du don d’organes.....	10
§2 – Les dispositions régissant le don entre vifs	11
§§1 – Conditions générales.....	11
§§2 – Conditions supplémentaires.....	11
§3 – Les dispositions régissant le don post mortem	12
§§1 — Système de consentement présumé.....	12
§§2 — Constatation de la mort de la personne.....	13
§§3 — Mission d’Eurotransplant.....	14
§§4 — Condition de nationalité ou de domicile pour le receveur	14
Sous-section 2 – Analyse critique de la loi du 13 juin 1986	15
§1 – Les avantages.....	15
§2 – Les inconvénients.....	16
Chapitre 2 – La problématique de la pénurie d’organes : ses causes et ses conséquences	18
Section 1 – Définition de la pénurie d’organes	18
Section 2 – Facteurs influençant l’étendue de la pénurie.....	19
Section 3 – Quelques chiffres de la pénurie d’organes	20
Sous-Section 1 – La situation en Belgique.....	20
Sous-section 2 – La situation en Europe et dans le monde.....	20
Section 4 – Les diverses causes de la pénurie d’organes	21
Sous-section 1 – Les obstacles médicaux.....	22
Sous-section 2 – L’accroissement de la demande de greffons	22
§1 – Facteurs liés au monde médical.....	22
§2 – Facteurs sociaux.....	23
§3 – Facteurs liés aux coûts.....	23
Sous-section 3 – La stabilité de l’offre.....	24
Sous-section 4 – Les principes juridiques entourant le don d’organes.....	26
Section 5 – Les conséquences tragiques de la pénurie d’organes.....	26
Chapitre 3 – Le trafic d’organes, le commerce d’organes et le tourisme de transplantation	28
Section 1 – Définitions.....	28
Section 2 – État des lieux.....	29
Section 3 – Réglementation actuelle et future concernant le trafic d’organes et le tourisme de transplantation	32
Sous-section 1 – Analyse du cadre légal national, européen et international actuel	32
§1 – En Belgique.....	32
§2 – Au niveau européen	33
§3 – Au niveau international	34
Sous-section 2 – Analyse du cadre légal international futur : la Convention du Conseil de l’Europe contre le trafic d’organes humains.....	35
§1 – Contexte d’élaboration de la Convention.....	35
§2 – Contenu de la Convention	36
§3 – Critiques	37
§4 – État des signatures et entrée en vigueur.....	37

Chapitre 4 – Les modèles de récompense au don d’organes.....	38
Section 1 – Modèle d’indemnisation	38
Section 2 – Modèles non pécuniaires ou solidaires	39
Sous-section 1 – Le principe de prévoyance	39
§1 – Définition et notion.....	39
§2 – Le modèle de la motivation.....	39
§3 – Le modèle club.....	40
§4 – Adéquation avec le principe d’égalité de traitement	41
§5 – Appréciation.....	41
Sous-section 2 – Priorité d’allocation pour les donneurs vivants.....	43
§1 – Définition et notion.....	43
§2 – Appréciation.....	43
Section 3 – Modèles pécuniaires indirects	43
Sous-section 1 – La réduction d’impôt comme instrument de politique sociale.....	43
§1 – Définition et notion.....	43
§2 – Don post mortem.....	44
§§1 – Moment de l’enregistrement.....	44
§§2 – Moment du prélèvement effectif.....	44
§3 – Don entre vifs	45
§4 – Appréciation.....	45
Sous-section 2 – Réduction des primes d’assurance-maladie.....	46
§1 – Définition et notion.....	46
§2 – Appréciation.....	47
Sous – section 3 – Don d’argent au profit d’une œuvre caritative.....	47
§1 – Définition et notion.....	47
§2 – Appréciation.....	47
Section 4 – Modèles pécuniaires directs.....	48
Sous-section 1 – « <i>Futures market</i> »	48
§1 – Définition et notion.....	48
§2 – Caractéristiques.....	48
§§1 – Rôle de l’État.....	48
§§2 – Le paiement.....	48
§§3 – Profil du « donneur » et montant du prix de vente.....	49
§§4 – Modalités pratiques	49
§3 – Appréciation.....	49
Sous-section 2 – Marché régulé d’organes.....	50
§1 – Définition et notion.....	50
§2 – « Single buyer concept ».....	51
§3 – Caractéristiques.....	52
§4 – Exemple de l’Iran	53
§5 – Appréciation.....	54
Chapitre 5 – « Vers une légalisation du commerce d’organes ? » : Le modèle du don rémunéré.....	56
Section 1 – Les valeurs fondant le principe de gratuité du don d’organes.....	56
Section 2 – Les arguments en défaveur d’une commercialisation des organes.....	57
Sous-section 1 – L’autonomie morale selon Kant	57
Sous-section 2 – La dignité humaine	59
Sous-section 3 – Le principe de justice	59
Sous-section 4 – Quelques problèmes pratiques	60
Section 3 – Les arguments en faveur d’une commercialisation.....	61
Sous-section 1 – Les arguments de type utilitariste	61
§1 – Quant à l’autonomie et à la liberté du donneur	62
§2 – Quant à la dignité du donneur	63
§3 – Quant au principe de justice.....	64
Sous-section 2 – Les autres arguments.....	65

Conclusion.....	67
Bibliographie	72
Table des matières	77

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt



