

# **Transplantation d'organes : pour un changement de perspective**

PAR

**ÉRIC KATUSELE BAYONGI \***

## **Résumé**

*Lorsqu'il s'agit de réfléchir sur le remplacement d'un organe humain par un autre au cours d'un traitement médical, plusieurs questions d'ordre éthique se soulèvent. Ces questions poussent parfois la crainte jusqu'au niveau d'imaginer que l'être humain vivant ou décédé risque d'être considéré comme un réservoir d'organes pouvant servir au traitement d'une personne malade. Pourtant cette dernière a le droit de rechercher des soins. Savoir si ses droits iraient jusqu'à exiger des organes humains permet d'analyser la question sous un angle peu traditionnel. Le prélèvement d'organes est analysé en principal alors que la greffe d'organes est étudiée en parallèle. Cet article se propose de scruter les textes les plus avancés, au moment de la rédaction, dans le but de vérifier la perspective dans laquelle les rédacteurs se sont placés et plus particulièrement pour servir de laboratoire pour une probable prise*

## **Abstract**

*The think about the replacement of human organ by another during medical treatment, several questions relating to ethical issues rise. These issues tend to raise the conception that human beings, dead or alive, are a kind of organ recipient that is available for medical treatment of a patient. Yet a patient has the right to seek for medical care. The analysis of whether his right may include the claim of human organs allows an interesting discussion that seems a bit traditional. The removal is analysed in a general way when the transplant is studied in parallel. This paper aims at scanning the existing legal instruments at the time of it writing and that are in advance on the topic. The author tries to examine on which point of view the drafters of these legal instruments placed themselves when addressing the question on human organ transplantation. This is with the view to serve as an example for the African continent.*

---

\* Chef de travaux à l'Université de Goma et Avocat au Barreau de Goma. E-mail : [katusele@gmail.com](mailto:katusele@gmail.com).

de position au niveau continental  
africain.

**Mots-clés :** greffe d'organes, prélèvement d'organes, greffe d'organes  
humains, bioéthique

---

## INTRODUCTION

**A**border la question sous l'angle de la transplantation<sup>2</sup> d'organes peut paraître unilatéral. Très souvent la question est examinée sous l'angle du prélèvement d'organes et de la transplantation ensuite. En effet, la transplantation est une opération qui ne trouverait du sens que s'il y a des organes pour ce faire. Mais en choisissant d'emprunter cette voie, nous nous proposons d'essayer de voir les choses sous un autre angle. Tout le point sera de vérifier les angles d'approches adoptés dans les textes sur la question et de voir si la perspective doit être maintenue ou modifiée.

Cette question n'est pas nouvelle. Elle s'inscrit dans les réflexions sur la meilleure manière de procurer les soins en recourant aux moyens que la science permet de développer. Une série d'expériences ont permis depuis les années 1950 d'envisager la possibilité de remplacer un organe humain qui est défectueux en vue de permettre au malade de continuer à vivre. Les premières expériences ont impliqué des organes d'animaux transplantés sur des êtres humains et des organes de cadavres transplantés sur des êtres vivants. D'où la question éthique de l'acceptabilité d'une telle procédure de mélange de l'animal à l'humain ou du mort au vivant. La chose n'a pas disparu. De nos jours, la question de xénotransplantation est une alternative à explorer<sup>3</sup> alors que l'utilisation des organes des défunts est considérée comme la voie ordinaire à exploiter. Cette situation ne pose pas moins une question générale d'origine de l'organe pour ce qui est du patient. Il est intéressé de connaître d'où proviendrait l'organe à lui transplanter. L'intérêt d'une telle connaissance s'illustre bien dans l'affaire *Kelly v New York Organ Donor*

---

<sup>2</sup> Concept usuel lorsqu'il s'agit du transfert de cellules, tissus ou organe humain d'un donneur vers un receveur dans le but d'améliorer une (ou des) fonction(s) dans le corps (humain). Voir World Health Organization, *Global Glossary of Terms and Definitions on Donation and Transplantation*, Geneva, November 2009, V° *Transplantation*, p. 14.

<sup>3</sup> Examinée par A-C. SQUIFFLET, « Le droit face à la pénurie d'organes : quels apports pour quelle efficacité ? », *Annales de Droit de Louvain*, vol. 71, 2011, no 4, pp. 401-402, numéros 86-87

*Network, Inc.*<sup>4</sup> opposant, aux USA, un receveur à une institution chargée de fournir des organes à transplanter.

De nos jours, de grandes discussions portent sur la prise de conscience de l'insuffisance des organes à transplanter. On peut lire cette inquiétude dans la plupart des préambules des textes de notre temps<sup>5</sup>. Ce problème est parfois présenté sous le concept de « pénurie d'organes ». Et sa prise de conscience ouvre les yeux sur d'autres difficultés qui en résultent. En effet, étant donné que les organes à transplanter ne sont pas toujours suffisants, l'accès du patient à ceux qui sont disponibles peut être soumis à des conditions. Dans l'affaire *Allen v. Mansour*, le requérant conteste le critère posé par l'Etat du Michigan (aux USA) et qui l'oblige à présenter un certificat de deux ans d'abstinence à l'alcool pour être éligible à une transplantation de foie<sup>6</sup>. Avec la pratique des listes d'attente toujours pleines et sur lesquelles des personnes passent beaucoup de temps, la question prend toute sa dimension. Il peut également s'agir d'une question de priorité dans l'octroi d'organes. La question sera alors de savoir qui, parmi les divers demandeurs à la transplantation, sera privilégié. Dans l'affaire *Colavito v. New York Organ Donor Network Inc. II*, on a affaire à une personne pour qui deux reins avaient été réservés. Mais lors de la préparation à la transplantation, son médecin constate qu'un rein ne peut être utilisé suite à une infection incurable. Demandant le deuxième rein, l'on se rendra compte qu'il avait déjà été attribué à une autre personne<sup>7</sup>.

En lisant les textes Africains au niveau continental, l'on a une vague impression que les organes de l'Union Africaine ne semblent pas prendre position sur la question. A tout le moins réagit-elle à des questions concernant la traite des êtres humains survenant sur le continent Africain<sup>8</sup>. Mais les textes en matière des droits de l'homme et des peuples ne s'expriment pas

---

<sup>4</sup> *Kelly v New York Organ Donor Network, Inc.* 2012 NY Slip Op 50658(U) Decided on March 30, 2012 Supreme Court, Suffolk County Asher, J. Published by New York State Law Reporting Bureau pursuant to Judiciary Law § 431, consulté sur <https://law.justia.com/cases/>, le 29 mars 2018.

<sup>5</sup> A commencer par le Protocole additionnel relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'organe humain du 24 Janvier 2002.

<sup>6</sup> *Allen v. Mansour*, 681 F. Supp. 1232 (E.D. Mich. 1986), <https://law.justia.com/cases/>, le 29 mars 2018.

<sup>7</sup> *Colavito v. New York Organ Donor Network Inc II*, disponible sur [https://www.law.cornell.edu/nyctap/I06\\_0161.htm](https://www.law.cornell.edu/nyctap/I06_0161.htm), consulté le 29 mars 2018.

<sup>8</sup> Voy. le cas de la situation rendue publique en Libye en début d'année 2018.

spécifiquement sur la question du prélèvement d'organes. Toutefois, il n'y a pas de vide juridique dans la mesure où sont utilisables les dispositions générales relatives à l'interdiction de porter atteinte à l'intégrité physique<sup>9</sup>, l'interdiction de mener des expériences médicales sur les femmes et sans leur consentement éclairé<sup>10</sup> ou encore l'obligation pour les Etats de prendre des mesures contre la traite des enfants<sup>11</sup>, et bien d'autres du genre. Il s'en suit que si les Etats Africains veulent prendre position sur les problèmes que posent la transplantation d'organes sur le continent, il y a lieu de réfléchir sur la direction à prendre.

Ainsi, dans les lignes qui suivent, notre propos n'est pas de chercher à résoudre les problèmes relevés puisque ce serait prétentieux de s'y livrer dans une si petite réflexion<sup>12</sup>. D'ailleurs, la seule question d'insuffisance d'organes et les questions transversales que nous venons juste d'introduire ne rendent pas justice à l'immensité des problèmes que soulève ce secteur<sup>13</sup>. En lisant les différents textes pris dans le domaine de la transplantation d'organes, nous nous concentrons à observer la perspective adoptée par leurs rédacteurs dans l'objectif d'espérer participer à l'orientation des discussions au niveau continental africain. Il s'agira principalement, pour des raisons pragmatiques, d'analyser les textes disponibles du Conseil de l'Europe et la loi Belge (I) en vue de dégager la perspective<sup>14</sup> adoptée pour aborder le problème (II).

## **I. Le contenu des textes**

Le droit s'est articulé pendant une longue période sur le principe de « l'indisponibilité du corps humain » pour réagir face à la demande d'organes à transplanter. La question semble avoir été perçue sous l'angle de

---

<sup>9</sup> Par exemple, art. 4 de la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples.

<sup>10</sup> Art. 4 (h) du Protocole à la Charte Africaine des DHP relatif aux droits des femmes en Afrique.

<sup>11</sup> Art. 29 (a) de la Charte des droits et du bien-être de l'enfant.

<sup>12</sup> Madame ANNE-CECILE SQUIFFLET y consacre tout un livre à la suite de nombreux travaux réalisés par elle.

<sup>13</sup> Voyez par exemple en France les travaux du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, Avis n° 115, « Questions d'éthique relatives au prélèvement et au don d'organes à des fins de transplantation », Paris, 7 avril 2011, disponible sur [www.ccne.fr](http://www.ccne.fr). Voir également les questions que posait en son temps Monique Ouellette, *Droit et science*, les éditions Thémis, Montréal (Québec), 1986, pp. 128-132.

<sup>14</sup> Nous nous proposons de réfléchir avec, en toile de fond, les outils proposés dans F. OST, *A quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles, Bruylant, 2016.

l'accessibilité aux organes des humains que réclameraient les soins nécessaires d'un patient. Le risque de commercialisation des organes a été perçu. Et dans tout ce débat, le focus a été placé sur la possibilité pour le « donneur » de ne pas se départir aussi légèrement que proposé de ses organes. Le simple fait de se départir de ses organes a été débattu aussi bien sur le terrain du droit que sur le terrain d'autres normes sociales. Et l'on trouve dans ce débat, la crainte d'un risque de commercialisation du corps humain.

Les catholiques, considérant l'unité de la personne humaine (indissociablement corporelle et spirituelle)<sup>15</sup>, ont trouvé illicite la pratique commerciale qu'il s'agisse du cadavre, des personnes adultes ou du fœtus mort<sup>16</sup>. La justification est tirée de la résurrection du corps nouveau qui commande le respect du cadavre. Le pape Pie XII avait accepté le prélèvement d'organes et tissus pour des fins thérapeutiques et scientifiques à condition de traiter le corps avec dignité et que les droits et les sentiments de la famille du défunt ne soient point violés<sup>17</sup>. Il reprouve le don anticipé du corps entier, il n'a pas abordé le don par une personne vivante<sup>18</sup>. L'Eglise catholique a approuvé la mort cérébrale sous couvert de la compétence de ceux qui la déclarent<sup>19</sup>. L'islam, plaçant la préservation de la vie humaine au-dessus des interdits, ne serait pas contre un prélèvement *post mortem*<sup>20</sup>.

En droit, le principe de l'inviolabilité du corps trouvait à s'appliquer comme principe opposable aux tiers et à la personne elle-même sous réserve des limites que pouvait commander l'intérêt de la loi, de la justice, de la santé publique, de la vérité, de la thérapeutique, de la solidarité, de la personne elle-même<sup>21</sup>... Des distinctions ont été faites pour s'assurer de l'application du principe et des exceptions en tenant compte des risques que le prélèvement posait pour la personne. Il a été distingué les éléments du corps humain qui

---

<sup>15</sup> Instruction romaine *Donum vitae* du 22 février 1987 citée par J.P. DURAND O.P., « Le point de vue catholique » in DRAI et HARICHAUX, M., *Op. cit.*, p. 111.

<sup>16</sup> J.P. DURAND O.P., « Le point de vue catholique » in DRAI et HARICHAUX, M., *Bioéthique et droit*, Colloque sur la protection juridique de la personne face aux risques biotechnologiques tenu le jeudi 11 Juin 1987 à la Faculté de droit et des sciences politiques et sociales d'Amiens, PUF., p. 112.

<sup>17</sup> J.P. DURAND O.P., « Le point de vue catholique » in DRAI et HARICHAUX, M., *Op. cit.*, p. 112.

<sup>18</sup> Ibidem.

<sup>19</sup> Idem, p. 113.

<sup>20</sup> M. SALAH BEN AMMAR, *Islam et transplantation d'organes*, Springer-Verlag France, Paris, 2009, pp. 50 & 81.

<sup>21</sup> M. HARICHAUX, « Le corps objet » in DRAI et HARICHAUX, M., *Op. cit.*, p. 138.

sont nécessaires à la conservation de la personne ; ceux qui lui sont utiles à des degrés divers et ceux qui ne lui sont pas utiles<sup>22</sup>. Une déclinaison en organes régénérables et non régénérables a été faite et adoptée même au niveau du Conseil de l'Europe<sup>23</sup>. Une troisième catégorie est généralement ajoutée à ces deux : ce sont les résidus du corps humain (expression plus intéressante que celle de « déchets humains »)<sup>24</sup>. Et, à partir de ces distinctions, on peut comprendre que le principe d'inviolabilité s'oppose à tout prélèvement d'un organe non régénérable et que la transplantation se justifie sous l'angle de l'état de nécessité<sup>25</sup> tout en l'accompagnant d'un principe absolu de gratuité justifié par l'altruisme. Quant aux organes régénérables, une application plus nuancée des deux principes. Le don de ces organes est possible sans que l'on ferme complètement les yeux à la fonction particulière qu'exercerait l'organe ou la sécrétion. Ainsi, le principe de gratuité peut y être nuancé sans que nécessairement ces types d'organes ne tombent complètement sous la loi du marché (ce qui signifie l'exclusion du profit et en même temps admission du remboursement des frais occasionnés par les transplantations de rein telle qu'organisées, par exemple en leur temps, par un arrêté français du 24 janvier 1953)<sup>26</sup>. La gratuité aura moins de raison d'être en ce qui concerne les résidus humains (de nos jours appelés matériel corporel humain). Toutefois, avec l'évolution de la science, l'utilisation de ces résidus à d'autres fins que thérapeutiques ou non médicales peut commander au minimum d'informer le patient duquel ils ont été tirés. Cela sera d'autant plus critique si ces résidus produisent du profit par exemple à la suite d'une utilisation dans des produits cosmétiques.

De nos jours, la question n'a pas échappé aux textes du Conseil de l'Europe (A) et à ceux du droit Belge (B). Nous constaterons qu'à divers étages, de types de raisonnements particuliers sont proposés et dont il faut certainement tenir compte.

---

<sup>22</sup> DECOQ, *Essai d'une théorie générale sur la personne*, LGDJ, Paris, 1960, n°9 cité par M. HARICHAUX, « Le corps objet » in DRAI et HARICHAUX, M., *Op. cit.*, p. 132.

<sup>23</sup> Voir Résolution 29 du Comité des Ministres y compris dans la loi française du 22 décembre 1976.

<sup>24</sup> M. HARICHAUX, « Le corps objet » in DRAI et HARICHAUX, M., *Op. cit.*, p. 132.

<sup>25</sup> GRENOUILLEAU, « Commentaire de la loi n. 761181 du 22 décembre 1976 », *D.*, 1977, p. 214 cité in M. HARICHAUX, « Le corps objet » in DRAI et HARICHAUX, M., *Op. cit.*, p. 133.

<sup>26</sup> M. HARICHAUX, « Le corps objet » in DRAI et HARICHAUX, M., *Op. cit.*, p. 139.

### ***A) Au niveau du Conseil de l'Europe***

Il faut noter que la coopération des Etats au sein du Conseil de l'Europe a abouti à la production des textes contraignants (1) et des textes non contraignants (2) spécifiquement relatifs à la question de transplantation d'organes, textes qui s'inscrivent dans un dynamisme que des observateurs avisés apprécient<sup>27</sup>. Il est à signaler que le cadre du Conseil de l'Europe est large et touche de manière plus visible la question des droits de l'homme en général. La Cour Européenne des droits de l'homme a eu à se prononcer sur des questions qui nous intéressent (3). Mais le Conseil de l'Europe n'est pas la seule organisation au sein de laquelle des actions sont menées dans le cadre de cette thématique. Il faut aussi signaler l'Union Européenne dont le droit reçoit une application directe au sein des Etats mais que nous ne saurons couvrir dans notre réflexion de manière spécifique si pas indirectement au travers sa transposition en droit belge.

#### ***1) Les textes contraignants***

La Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biomédecine du 04 avril 1997 (Convention d'Oviédo) prévoit quelques chapitres applicables à la matière. Des principes importants sont posés pour assurer, particulièrement, le respect de la dignité, l'intégrité de l'être humain et de ses autres libertés fondamentales à l'égard des applications de la biomédecine<sup>28</sup>. On sent sous cet article 1<sup>er</sup>, la volonté de poser les droits fondamentaux en général comme limite infranchissable par la poussée de l'évolution des applications de la médecine. L'être humain a primauté sur le seul intérêt de la société ou de la science<sup>29</sup>. A partir de là, des dispositions sont développées pour assurer l'expression du consentement éclairé de la personne pouvant permettre une intrusion dans sa vie privée ou sur son intégrité physique. Des dispositions spécifiques concernent également la question sous examen cependant, elles se concentrent sur le donneur d'organes pour le protéger contre tout prélèvement qui porterait atteinte inutilement à son autonomie.

---

<sup>27</sup> A.-C. SQUIFFLET, *Prélèvement et transplantation d'organes : droits national, européen et international face à la pénurie*, p.185

<sup>28</sup> Art. 1<sup>er</sup> de la Convention d'Oviédo.

<sup>29</sup> Art. 2 de la Convention d'Oviédo.

En addition, un protocole relatif à la transplantation d'organe a été adopté le 24 Janvier 2002. Il s'inscrit sous la bannière de la protection des droits de l'homme dans le domaine de la biomédecine<sup>30</sup>. L'insuffisance d'organes est une préoccupation exprimée et certains moyens pour en augmenter le don sont proposés à savoir l'information du public et la coopération interétatique<sup>31</sup>. On peut constater que le Protocole cherche à se placer sur le point de vue du receveur en prenant en compte le fait que la vie et la dignité de ce dernier pourraient être menacées s'il était fait un usage impropre de l'organe à transplanter<sup>32</sup>; ce n'est pas à dire que la situation du donneur d'organe ne sera pas visée. L'allusion faite aux éléments tels que dignité, identité, intégrité de la personne montre déjà le lien qu'il faudra faire avec la vie privée de la personne. Il s'agit là de l'évocation par le Protocole des éléments considérés par la jurisprudence de la Cour européenne comme d'un intérêt particulier en ce qui concerne la vie privée. Il s'agit des valeurs fondamentales ou aspects essentiels de la vie privée qui ont une attention particulière en ce sens que la marge d'appréciation de l'Etat s'en trouve réduite sur le terrain de la mise en œuvre de son obligation positive<sup>33</sup>.

Le Protocole se prononce sur la situation du donneur en encadrant le prélèvement d'organes après avoir affirmé la garantie d'un accès du receveur aux services de transplantation<sup>34</sup>. Il s'agit bien d'un texte qui se veut développer une partie que la Convention d'Oviedo a laissée inexploitée : la situation du receveur d'organes. Le receveur y est présenté comme patient, il s'agit donc ici d'une transplantation à des fins thérapeutiques (confirmé à l'article 2(1)). Le Protocole précise que c'est l'intérêt thérapeutique du receveur qui justifie le prélèvement d'organes sur un donneur vivant<sup>35</sup>. Une telle règle de « finalité » ne figure pas au chapitre sur le prélèvement d'organes sur les personnes décédées où l'on se contente de parler « d'éventuels receveurs »<sup>36</sup>. En outre, le prélèvement d'organes sur un

---

<sup>30</sup> Considérants 1, 2, 8

<sup>31</sup> Considérant 5

<sup>32</sup> Considérant 7

<sup>33</sup> A titre d'illustration, *X and Y v. the Netherlands*, §§ 24 and 27; *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], § 90; *Pretty v. the United Kingdom*, § 71 (citées dans le guide de l'article 8)

<sup>34</sup> Art. 3 puis Chapitres III et IV du Protocole sur la transplantation d'organes.

<sup>35</sup> Art. 9 du Protocole sur la transplantation d'organes. Cela laisse les autres finalités sous l'emprise d'autres textes.

<sup>36</sup> Art. 16 du Protocole sur la transplantation d'organes.

donneur vivant est une mesure ultime qui est prise lorsqu'il n'y a pas d'alternative c'est-à-dire lorsqu'il n'y a pas d'organes ou de méthode thérapeutique alternative d'efficacité équivalente<sup>37</sup>. On peut y voir le souci de ne pas voir être sacrifiée aussi automatiquement la situation du donneur vivant au profit d'un receveur. Il s'agit donc là d'une mesure qui cherche à balancer proportionnellement les droits des donneurs et receveurs. Et en cas de conflit sérieux, les droits d'un donneur vivant l'emportent<sup>38</sup>. Le prélèvement d'organes sur un défunt semble ouvert car, après constat du décès d'après la loi, il peut se pratiquer dans tous les cas sauf si la personne s'y était opposée<sup>39</sup>. La formulation de l'article 17 est controversée puisqu'elle exclurait ou permettrait les mécanismes d'opt-out<sup>40</sup>. Le Rapport explicatif montre que l'article 17 est ouvert et qu'il appartient aux Etats de préciser le système adopté<sup>41</sup> et obligatoirement de préciser si oui ou non il y aura prélèvement lorsque les intentions du défunt ne sont pas finalement connues malgré le système mis en place<sup>42</sup>.

En ce qui concerne le patient receveur, le Protocole prévoit qu'il doit d'abord être placé sur une liste d'attente pour se voir être éligible. La liste est censée être établie d'après des « règles transparentes, objectives et dûment justifiées à l'égard des critères médicaux »<sup>43</sup>. Cette condition n'est pas absolue en effet. La loi d'un Etat peut prévoir des cas exceptionnels justifiés par la « proximité relationnelle » entre donneur et receveur ou par d'autres conditions déterminées par la loi<sup>44</sup>. L'accès aux services de transplantation se fait d'après les règles d'équité. Cette équité suppose la non-discrimination.

Une série des droits sont prévus pour assurer la situation du receveur. D'abord l'information. Il s'agit là d'une obligation classique en matière des droits du patient, un des principes de base. Le contexte de la transplantation nécessitera un surplus d'informations. L'article 5 du Protocole sur la transplantation d'organes prévoit que « [le] receveur ... [est informé] au préalable de manière

---

<sup>37</sup> Art. 9 du Protocole sur la transplantation d'organes.

<sup>38</sup> Art. 11 du Protocole sur la transplantation d'organes.

<sup>39</sup> Art. 17 du Protocole sur la transplantation d'organes.

<sup>40</sup> A.-C. SQUIFFLET, *Prélèvement et transplantation d'organes : droits national, européen et international face à la pénurie*, p. 179.

<sup>41</sup> Rapport explicatif du Protocole sur la transplantation d'organes, particulièrement au paragraphe 101.

<sup>42</sup> Rapport explicatif du Protocole sur la transplantation d'organes, paragraphe 102 *in fine*.

<sup>43</sup> Art. 3 du Protocole sur la transplantation d'organes

<sup>44</sup> Art. 10 du Protocole sur la transplantation d'organes

adéquate du but et de la nature de la greffe, de ses conséquences et de ses risques, ainsi que des alternatives à l'intervention ». L'information est préalable et doit être adéquate. Ensuite, il aura droit à un traitement selon la situation de patient. Tous les principes d'équité énoncés déjà dès le départ pour son accès aux services de transplantation, les principes de transparence et d'objectivité pour son enregistrement à la liste d'attente officielle lui sont profitables. Si l'on devait aller loin, il peut également se plaindre lorsque le personnel n'a pas observé ses propres obligations relatives au soin et à la sécurité dus dans la manipulation de l'organe à transplanter de manière à éviter de le rendre inutilisable ou de le transformer en vecteur d'autres maladies chez le receveur<sup>45</sup>; l'obligation d'effectuer un suivi approprié au receveur après transplantation<sup>46</sup> sauf refus de sa part. Un droit à la confidentialité est garanti. Les données à caractère personnel du receveur sont collectées, traitées et communiquées dans le respect des règles relatives au secret professionnel et à la protection des données à caractère personnel<sup>47</sup>. A ce dernier propos, il est intéressant de noter que les principes de loyauté, finalité et proportionnalité sont les maîtres-mots dans ce domaine de protection des données à caractère personnel. Le contexte de la transplantation d'organes fait de ces types de données une catégorie de « données sensibles »<sup>48</sup> qui demandent une plus grande surveillance et qui sont soumises à des règles encore plus strictes. Enfin, mentionnons le droit à un recours effectif traduit différemment dans le Protocole sur la transplantation d'organes. Il s'agit d'une protection juridictionnelle « appropriée »<sup>49</sup>. Cela veut dire qu'il appartient à l'Etat de prévoir le mécanisme juridictionnel approprié. Dans tous les cas, il doit avoir la vertu d'empêcher une atteinte illicite à venir ou de faire cesser une telle atteinte en cours. Il s'agit bien entendu d'un mécanisme préventif qui doit produire ces effets à bref délai. Cependant, au cas où il y a un dommage constaté et justifié, une réparation équitable doit être faite d'après ce que prévoit la loi. L'Etat doit également prévoir des sanctions appropriées dans les cas de manquements aux dispositions du Protocole sur la transplantation d'organes<sup>50</sup>. Cela répond bien évidemment au caractère fondamental des

---

<sup>45</sup> Art. 6 du Protocole sur la transplantation d'organes.

<sup>46</sup> Art. 7 du Protocole sur la transplantation d'organes.

<sup>47</sup> Art. 23 du Protocole sur la transplantation d'organes.

<sup>48</sup> Cour eur. DH (G.C.), *S et Marper c. Royaume Uni*, 2008.

<sup>49</sup> Art. 24 du Protocole sur la transplantation d'organes.

<sup>50</sup> Art. 26 du Protocole sur la transplantation d'organes.

intérêts de la vie privée en jeu lors d'une opération de transplantation d'organes.

En sommes, le Protocole présente une série des droits du receveur limités par les droits (à la vie et à l'intégrité physique) du donneur. Il convient de souligner que le Protocole se prononce clairement quant à l'interdiction du trafic d'organes<sup>51</sup>, l'interdiction de la commercialisation du corps humain et des organes en tant que tels et l'interdiction de toute publicité corrélative<sup>52</sup> tout en invitant les Etats à prendre des mesures pour favoriser le don d'organes<sup>53</sup>. Bien qu'une série d'exceptions sont posées pour assurer le paiement des services liés à la transplantation d'organes, il est intéressant de voir que dans la pratique des abus peuvent surgir.

## 2) *Les textes non contraignants*

Il existe plusieurs Résolutions et Recommandations portant sur cette matière. Nous avons sélectionnées les plus pertinentes en ce qui nous concerne. Il s'agit notamment des alternatives à l'utilisation des organes humains et de la gestion des listes d'attente.

A propos de la possibilité d'utiliser les organes d'origine animale, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe y a consacré une Recommandation depuis 1999. Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a pris une Recommandation y relative<sup>54</sup>. Le préambule de cette Recommandation fait percevoir le souci de ses rédacteurs d'encadrer la recherche qui porte sur la transplantation d'organes d'origine animale dans le but de mieux se prémunir contre les risques de transmission des maladies en cas de propagation d'une telle transplantation. Cette Recommandation couvre la xénotransplantation ayant un être humain comme receveur<sup>55</sup>. L'objectif est « de protéger, à long terme et à court terme, la santé publique, les patients, leurs proches et les professionnels impliqués dans la xénotransplantation, et d'assurer une protection adéquate des animaux utilisés dans la

---

<sup>51</sup> Art. 22 du Protocole sur la transplantation d'organes.

<sup>52</sup> Art. 21 du Protocole sur la transplantation d'organes.

<sup>53</sup> Art. 19 du Protocole sur la transplantation d'organes.

<sup>54</sup> Recommandation *Rec(2003)10* du Comité des Ministres aux Etats membres sur la xénotransplantation (*adoptée par le Comité des Ministres le 19 juin 2003, lors de la 844e réunion des Délégués des Ministres*)

<sup>55</sup> Art. 2 de la Recommandation sur la xénotransplantation.

xénotransplantation »<sup>56</sup>. L'on peut y lire un niveau élevé de protection qui est demandé aux Etats dans leur droit interne. Cette technique de transplantation est soumise au régime « d'autorisation » sous des conditions particulières. Elle reste principalement en phase expérimentale et doit passer par des examens pré-cliniques autorisés avant d'envisager une phase clinique. Une xénotransplantation ne peut elle-même être pratiquée qu'au regard de preuves suffisantes et scientifiquement éprouvées qu'il n'y a pas de risque pour le patient<sup>57</sup>. Les animaux sources sont élevés pour le besoin de cette expérience et des mesures sont recommandées pour éviter d'utiliser d'autres animaux ; en principe ce sont les primates humains qui doivent être utilisés comme animaux sources (à l'exclusion par exemple de grands singes)<sup>58</sup>. La participation du patient est soumise à trois conditions : d'abord il faut qu'il n'y ait pas d'autre méthode thérapeutique disponible, ensuite que la xénotransplantation présente un bénéfice clair démontré scientifiquement et enfin que l'intervention ne soit pas disproportionnée lorsqu'on met en balance les risques et le bénéfice au patient<sup>59</sup>. Des dispositions sont également prévues en ce qui concerne l'information au patient, le consentement, la confidentialité, la réaction de l'Etat en cas de maladie infectieuse, le suivi médical, l'accompagnement des proches, etc. Il est clair que le Comité de Ministres souhaite que les Etats se prémunissent déjà en adoptant au niveau interne des textes appropriés.

Une série d'autres Résolutions et Recommandations du Conseil des Ministres ont été prises pour se pencher sur des questions particulières<sup>60</sup>. Tel est le cas de la Recommandation Rec(2001)5 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la gestion des listes d'attente et des délais d'attente en matière de transplantation d'organe<sup>61</sup>. Cette Recommandation repose sur l'article 11 de la Charte sociale européenne (sur le droit à la santé) et 3 de la Convention d'Oviedo (à propos d'un « accès équitable à des soins de santé de qualité appropriée»). Cette Recommandation insiste sur la mise sur pied d'un système étatique de gestion d'une liste d'attente officielle, de surveillance

---

<sup>56</sup> Art. 1<sup>er</sup> de la Recommandation sur la xénotransplantation.

<sup>57</sup> Art. 5 de la Recommandation sur la xénotransplantation.

<sup>58</sup> Art. 11 de la Recommandation sur la xénotransplantation.

<sup>59</sup> Art. 12 de la Recommandation sur la xénotransplantation.

<sup>60</sup> Résolution CM/Res(2008)6 sur la transplantation de rein de donneurs vivants qui ne sont pas génétiquement liés au receveur (*adoptée par le Comité de Ministres le 26 mars 2008, lors de la 1022e réunion des Délégués des Ministres*)

<sup>61</sup> Adoptée par le Comité des Ministres le 7 mars 2001 lors de la 744<sup>e</sup> réunion des Délégués des Ministres

régulière de cette liste, de mise à jour, etc. Le point 5 est particulièrement intéressant :

5. Les critères d'enregistrement sur la liste d'attente devraient être fixés par consensus sur la base de critères médicaux. L'enregistrement devrait comprendre les données essentielles pour identifier les patients de manière unique, leurs coordonnées et les critères retenus pour les inscrire sur la liste. Les critères d'inscription sur une liste devraient permettre de contrôler qu'il n'y a aucune discrimination au titre de la race, de la religion, d'un handicap ou de tout autre facteur non médical. L'ordre de priorité sur la liste, par exemple à l'aide de catégories telles que «urgent» ou «très urgent», devrait être fondé seulement sur des facteurs médicaux liés à la gravité du risque encouru par le patient. Si des patients enregistrés ne résident pas habituellement dans la zone couverte par la liste d'attente officielle, les gestionnaires de la liste devraient faire tout leur possible pour vérifier auprès d'autres organisations de greffe que le patient est inscrit sur une seule et unique liste d'attente.

### *3) Leçons à tirer de la jurisprudence actuelle de la Cour Européenne des droits de l'homme*

Dans une série d'affaires, la Cour Européenne des droits de l'homme a eu à être confrontée à des questions touchant notre sujet. Il faut signaler qu'il n'y en a pas beaucoup. Dans l'affaire *Petrova c. Lettonie* il s'agit du prélèvement d'organes d'un enfant décédé sans son consentement explicite. La question est analysée sous l'angle de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH). La Cour constate que la loi Lettone telle qu'appliquée à l'époque des faits ne permettait pas à la mère de l'enfant d'exprimer son consentement du fait qu'elle n'était pas formulée de manière suffisamment précise. L'on a pu lire dans les arguments du Gouvernement qu'elle n'obligeait pas le médecin ou l'établissement à rechercher s'il y a objection au prélèvement d'organes. La Cour a conclu à la violation de l'article 8 CEDH. Dans l'affaire *Elberte c. Lettonie*, il s'agissait du prélèvement de tissus sur le corps du mari de la requérante à son insu. La Cour conclut à la violation des articles 8 et 3 de la CEDH parce que la loi n'est pas claire sur la latitude à exprimer le consentement et sur la recherche

de celui-ci par les autorités<sup>62</sup>. La Cour se réfère à la Convention d'Oviedo et au Protocole sur la transplantation d'organes pour rebondir sur le respect dû à toute personne vivante ou décédée.

Deux affaires n'ont pas encore été finalisées. Dans l'affaire *Valyushenko c. Russie*<sup>63</sup>, la demande concerne le prélèvement des organes du fils du requérant après sa mort aux fins de transplantation, en l'absence du consentement explicite du requérant. Dans l'affaire *Sablina et autres c. Russie*<sup>64</sup>, les requérants sont la mère et les grands-mères de Mlle A. S., décédée en 2014 à la suite d'un accident de la circulation. Elles se plaignent, en vertu de l'article 8 de la Convention pour n'avoir pas eu la possibilité de s'exprimer sur l'extraction d'organes du corps de leur parent. L'on a enregistré également une décision dans *Spycher c. Suisse*<sup>65</sup>. L'affaire concerne le rejet d'une demande de rente d'une personne atteinte d'une pathologie exclue de la prise en charge par l'assurance-invalidité. La Cour estime que la différence entre un syndrome sans substrat organique, dont souffre la requérante, et un syndrome avec substrat organique relève de l'objectivité d'un diagnostic médical. Le fait que, sur la base de cette distinction objective, l'intéressée n'ait pas obtenu de rente d'invalidité ne la discrimine pas, les deux situations n'étant pas analogues ou comparables. Par conséquent, la Cour rejette la requête pour défaut manifeste de fondement. Il n'est pas exclu que la transplantation d'organes atteigne d'autres domaines tels celui de la circulation des personnes<sup>66</sup>.

On peut constater que la Cour se trouve ici confrontée à des situations de législations peu claires. Les premières leçons de la Cour concernent ainsi le devoir pour l'Etat de prévoir une législation, un cadre juridique adéquat.

---

<sup>62</sup> On peut y lire : « bien qu'elle expose le cadre juridique permettant aux plus proches parents d'exprimer leur consentement ou leur refus relativement à un prélèvement de tissus, elle ne définit pas clairement l'obligation ou la latitude correspondante des experts de recueillir ce consentement. En fait, la manière dont les proches doivent exercer le droit d'exprimer leur souhait et la portée de l'obligation de recueillir le consentement sont l'objet d'un désaccord entre les autorités nationales elles-mêmes ».

<sup>63</sup> No. 51283/14, communiquée à la Russie le 10 Janvier 2017

<sup>64</sup> No. 4460/16, communiqué le 21 septembre 2016.

<sup>65</sup> (Décision du 10 décembre 2015

<sup>66</sup> Voir Cour eur. DH, Décision de 2013, *H.S. c. Belgique* se rapportant au refus de séjour pour obtenir transplantation hépatique, affaire radiée après règlement à l'amiable (citée par A.-C. SQUIFFLET, *Prélèvement et transplantation d'organes : droits national, européen et international face à la pénurie*, p. 176).

L'invitation est faite ainsi au droit sous sa forme législative. Il conviendra de voir comment la Belgique répond à cette obligation.

### **B) En droit Belge**

La Belgique n'a pas signé les deux textes du Conseil de l'Europe précédemment examinés. Il est alors intéressant de voir comment sa loi règle la question<sup>67</sup>. En Belgique, la loi date du 13 Juin 1986 et a été successivement modifiée jusqu'en 2012<sup>68</sup>. La loi a été remaniée pour fixer des limites au consentement du donneur vivant en vue de le protéger notamment contre l'exploitation vénale de son corps, et bypasser la maîtrise du donneur mort sur son corps, dans l'intérêt général<sup>69</sup>. L'on y trouve certaines prises de position particulières. Ainsi, le centre de transplantation d'organes et le médecin sont des institutions au cœur des activités. Et même si la loi admet que le prélèvement ou la transplantation d'organes des personnes décédées se fasse dans un hôpital, ce dernier doit avoir signé un accord avec un centre de transplantation ; mais pour le cas des personnes vivantes, cela ne se fait que dans un centre de transplantation et par un médecin de ce centre<sup>70</sup>. Un tel prélèvement ne peut se faire qu'après une consultation pluridisciplinaire « préalable » entre les médecins et autres prestataires de soins<sup>71</sup>. Un système de sécurité et de traçabilité d'organes est mis sur pied. Les équipes de traitement du receveur, de prélèvement d'organes et de traitement du patient potentiel donneur sont séparées dans la chaîne des décisions à prendre. Cela se justifie par un souci d'impartialité.

Le caractère volontaire et non rémunéré du don d'organes est affirmé sans préjudice de toute compensation destinée à couvrir les dépenses directes ou indirectes et pertes de revenus liées au don<sup>72</sup>. Il n'y a aucun droit que le donneur ou ses proches ne feront valoir vis-à-vis du receveur.

---

<sup>67</sup> Surtout que des données empiriques montrent la performance positive de la Belgique en cette matière. Consulter [www.transplant-observatory.org](http://www.transplant-observatory.org).

<sup>68</sup> La loi a été revisitée par la loi du 03 juillet 2012 en vue de la transposition de la directive 2010/53/UE du 07 juillet 2010 relative aux normes de qualité et de sécurité des organes humains destinés à la transplantation. Elle a été revue sur des aspects techniques par la loi du 07 février 2014.

<sup>69</sup> Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Larcier, 3<sup>ème</sup> éd., 2016, p. 150.

<sup>70</sup> Art. 3 de la loi sur la transplantation d'organes.

<sup>71</sup> Art. 19 de la loi de 2012 modifiant et complétant la loi de 1986

<sup>72</sup> Art. 4, §1 de la loi sur la transplantation d'organes.

Le prélèvement d'organes sur des personnes vivantes est soumis à certaines conditions à savoir l'âge du donneur (18 ans) et le danger porté à la vie d'un receveur qui ne peut pas être traité par un organe prélevé sur un cadavre. Le don d'organes par une personne vivante n'est possible que si le prélèvement ne présente aucun « risque sanitaire inacceptable » pour le donneur vivant<sup>73</sup>. Les termes de l'article 6 de la loi mesurent le danger porté au donneur (en cas de risque pour lui ou en cas de prélèvement d'un organe non régénérable) au danger du receveur. Et c'est seulement lorsque la vie du receveur est en danger et qu'un organe prélevé sur un cadavre ne peut offrir de résultats satisfaisants que le prélèvement sur un donneur vivant sera effectué. Il s'agit là d'un règlement de conflit entre deux situations concurrentes. Donc, dans le cas où le prélèvement ne présente pas de risque pour sa vie et qu'il se pratique sur un organe régénérable, il n'est pas nécessaire que le receveur soit en danger ou qu'un organe d'une personne décédée ne soit pas disponible (encore moins qu'il existe un lien familial ou autre entre les deux). C'est donc une ouverture. Et si le donneur a moins de 18 ans, il ne peut faire pareil don qu'à l'égard d'un frère ou d'une sœur (pas pour un ascendant, un ami proche). Et dans ce cas, il faut son consentement s'il a plus de 12 ans<sup>74</sup>. En outre, le consentement par représentant légal est abandonné depuis 2012. La modification de 2012 interdit tout prélèvement d'organes sur un majeur incapable de manifester sa volonté<sup>75</sup>. Il en découle que pour ces personnes, la représentation n'est plus possible. La faculté de représentation d'un mineur ou d'un majeur incapable d'exprimer leur volonté demeure à l'article 10 en ce qui concerne l'opposition à un prélèvement *post mortem*<sup>76</sup>. Le consentement se donne par écrit devant témoin majeur<sup>77</sup>.

Quel système d'expression de la volonté *post mortem* est adopté pour ce qui est des personnes décédées alors qu'elles étaient inscrites sur le Registre de la population ou depuis plus de six mois sur le Registre des étrangers<sup>78</sup> ? La loi parle de « l'opposition au prélèvement » et du possible « consentement au prélèvement » *post mortem*<sup>79</sup>. Il semble qu'il s'agit d'un système de consentement présumé (*opting-out*) fondé sur l'idée de solidarité sociale

---

<sup>73</sup> Art. 3, §1 de la loi sur la transplantation.

<sup>74</sup> Art. 18 de la loi de 2012 modifiant et complétant la loi de 1986

<sup>75</sup> Art. 5 de la loi sur la transplantation d'organes.

<sup>76</sup> Art. 21 de la loi de 2012 modifiant et complétant l'art. 10 de la loi de 1986

<sup>77</sup> Art. 8, §2 de la loi sur la transplantation d'organes.

<sup>78</sup> Art. 10, §1 de la loi sur la transplantation d'organes.

<sup>79</sup> Art. 21 de la loi de 2012 modifiant et complétant l'art. 10 de la loi sur la transplantation d'organes.

prioritaire et obligatoire qui est préféré<sup>80</sup>. Le système de la loi de 2012 demande alors au médecin d'être actif en recherchant si le défunt n'avait pas exprimé une opposition au lieu de tirer les conséquences de son défaut d'opposition<sup>81</sup> sans chercher non plus l'accord des proches car leur droit d'opposition avait été supprimé depuis 2007<sup>82</sup>. L'expression de l'opposition par les majeurs, les mineurs et les majeurs qui ne sont pas en état de l'exprimer est organisée soit reposant sur la personne elle-même, son représentant légal ou un plus proche parent. Trois médecins constatent le décès et il doit s'agir des médecins autres que ceux qui traitent le receveur ou qui sont impliqués dans le prélèvement ou la transplantation d'organes<sup>83</sup>. La loi réserve la possibilité d'être candidat receveur dans un centre belge de transplantation à une personne de nationalité belge, à un résident de plus de six mois, à toute personne ayant la nationalité d'un Etat qui a le même système d'allocation d'organes que la Belgique ou une personne qui est domicilié dans un tel pays pour plus de six mois<sup>84</sup>. La communication de l'identité tant du donneur que du receveur est interdite sauf si ces deux se connaissent respectivement<sup>85</sup>.

La loi Belge se concentre plus, légitimement, sur le sort du donneur. Les droits du receveur peuvent être lus en miroir de ceux du donneur. De toute façon, cette loi concerne bien le prélèvement et la transplantation d'organes à des fins thérapeutiques ou autres mais qui impliquent le transfert de l'organe

---

<sup>80</sup> A.-C. VAN GYSEL (dir.), H. DE PAGE, *Traité de droit civil belge. 1, Les personnes*, édition actualisée, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 66.

<sup>81</sup> Art. 21 de la loi de 2012 modifiant et complétant l'art. 10 de la loi sur la transplantation d'organes. Cela semble plus conforme à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans *Petrova c. Lettonie*.

<sup>82</sup> A.-C. VAN GYSEL (dir.), H. DE PAGE, H. DE PAGE, *Traité de droit civil belge. 1, Les personnes*, édition actualisée, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 75

<sup>83</sup> Art. 11 de la loi sur la transplantation d'organes.

<sup>84</sup> Art. 13 *ter* de la loi sur la transplantation d'organes. L'ASBL « Cliniques Universitaires Saint-Luc » a demandé la suspension de ces conditions qui porteraient, d'après elle, un préjudice grave irréparable à la vie qu'elle cherche à sauver. La Cour constitutionnelle a considéré que ces conditions, autres que médicales, s'inscrivaient dans les limites normales des difficultés médicales à sauver tout malade. D'après la Cour, « [à] supposer même que les préjudices invoqués puissent être considérés comme graves, ils sont causés non par les dispositions attaquées mais par l'impossibilité, révélée par la pratique, de disposer d'un organe compatible pour chaque candidat receveur ». A l'entendre, il aurait été plus intéressant de lui produire des preuves empiriques démontrant l'atteinte portée par le système à la disponibilité des organes. (C. Const., 14 novembre 2007, n° 141/2007 : consulté sur

<https://wallex.wallonie.be/PdfLoader.php?type=doc&linkpdf=9453-8645-4192>)

<sup>85</sup> Art. 15 de la loi de 2012 modifiant et complétant l'art. 4 de la loi de 1986

dans un corps humain<sup>86</sup>. En plus, le fait que ces opérations se pratiquent dans un centre de transplantation (ou dans un hôpital partenaire) par un médecin permet de considérer le receveur comme un patient. Cela porte à croire que la plupart de ses droits dérivent de la loi sur les patients en Belgique.

Dans la pratique, certaines questions se posent aux institutions habilitées. En Belgique, nous prenons l'exemple de l'Avis n° 72 du 8 mai 2017 relatif à la sollicitation publique de dons d'organes par un donneur vivant. Il s'agit du cas d'un receveur qui a fait appel public de don d'organes sur Internet (via Facebook) et qui a trouvé des donneurs vivants disposés à aider. Le Comité a examiné le danger éventuel que présente le don de certains types d'organes (le rein est généralement sans danger) ; les conditions que la loi pose en cas de don d'organes par une personne vivante ; l'expérience des Pays-Bas montrant un accroissement disproportionné de la charge de travail de sélection par rapport à l'accroissement faible du don (2%) ; analyse des questions éthiques relatives à un don ciblé (priorité sur la liste, convictions religieuses du donneur, motivations financières) en les confrontant aux arguments éthiques tirés de la littérature (arguments pragmatiques, utilitaristes, de cohérence, d'autonomie, de bienfaisance, « non nocere », de justice et équité) ; et enfin une discussion. L'autonomie du receveur commanderait qu'il prenne des initiatives (même sur internet) sans toutefois chercher à se procurer un organe par voie commerciale. Certains membres sont contre le don via Facebook lorsqu'il n'y a pas de lien étroit entre donneur-receveur car le risque de paiement est très élevé. D'autres rejettent le don ciblé, c'est-à-dire celui qui se fait entre donneur-receveur qui se sont connus sur internet mais admettent le don non ciblé jugé plus équitable. D'autres enfin estiment qu'il est légitime d'accepter une demande en ligne et que ce serait utopique de penser que le droit peut arrêter quelque chose qui s'installe ; il faudrait laisser à la société en faire ce qu'elle peut ; et le candidat-donneur doit remplir dans ce cas les conditions requises. Les membres sont d'accord que tous les moyens doivent être utilisés pour accroître le don d'organes et arrivent à la conclusion « pondérée » qu'il ne faut pas refuser un don ciblé aussi longtemps qu'il n'y a pas de critère discriminatoire. Des recommandations ont été formulées<sup>87</sup>. Notons que d'après la loi, ce qui est interdit c'est le but financier ou la recherche d'un

---

<sup>86</sup> Art. 1<sup>er</sup> §1 de la loi sur la transplantation d'organes.

<sup>87</sup> L'avis est disponible sur [www.health.belgium.be/bioeth](http://www.health.belgium.be/bioeth)

gain comparable dans une telle activité publique<sup>88</sup>. Il s'ensuit qu'une activité publique d'appel ou de proposition de don d'organes ne semble pas interdite en soi.

## DISCUSSION ET CONCLUSION

Au travers les textes, nous avons eu à constater qu'au niveau du Conseil de l'Europe, le Protocole se concentre sur les droits du receveur. En effet, le Protocole porte expressément sur la « transplantation » et c'est pour des raisons de nécessité pratiques, certainement que le contenu revient sur le prélèvement d'organes sur des personnes vivantes ou sur les cadavres. Mais, la loi Belge semble se focaliser sur le donneur. En la lisant, il y a une forte présence des règles de protection du donneur, de son intégrité physique, de la manière pour lui d'exprimer son consentement. Des règles intermédiaires, dirions-nous, se rapportent aux mesures de sécurité portant sur la gestion d'organes, leur traçabilité, les faits et gestes du personnel. Et d'autres règles, pas nombreuses, portent sur le receveur. Ce déséquilibre n'est pas propre au droit Belge. On le constate aussi dans les principes directeurs de l'Organisation Mondiale de la Santé au travers sa Résolution WHA63.22 du 21 mai 2010<sup>89</sup>. Au niveau de l'Organisation des Nations Unies, l'attention est focalisée sur la lutte contre le trafic des êtres humains et d'organes humains<sup>90</sup>. Ceci nous invite à réfléchir.

---

<sup>88</sup> Art. 14 de la loi de 2012 modifiant et complétant l'art. 4 de la loi de 1986

<sup>89</sup> On y lit l'attention portée au don altruiste, la lutte contre la commercialisation d'organes, la sécurisation du processus de transplantation et des données y relatives. Au point 4 une attention au receveur sous l'angle de la « distribution d'organes ». (Voir Assemblée mondiale de la Santé, 63 (WHA63.22, 2010), 21 mai 2010 consulté sur [http://apps.who.int/iris/discover?rpp=10&etal=0&query=Principes++directeurs++sur++la++transplantation++de++cellules%2C++de++tissus++et+++d%E2%80%99organe s++humains&scope=/&group\\_by=none&page=1&filtertype\\_0=subject&filter\\_relational\\_operator\\_0>equals&filter\\_0=Resolutions+and+decisions](http://apps.who.int/iris/discover?rpp=10&etal=0&query=Principes++directeurs++sur++la++transplantation++de++cellules%2C++de++tissus++et+++d%E2%80%99organe s++humains&scope=/&group_by=none&page=1&filtertype_0=subject&filter_relational_operator_0>equals&filter_0=Resolutions+and+decisions), le 23 avril 2018).

<sup>90</sup> Si l'on s'en tient à ces instruments : Résolution 59/156 du 20 décembre 2004 intitulée « Prévenir, combattre et punir le trafic d'organes humains » et sa résolution 70/179 du 17 décembre 2015 intitulée « Amélioration de la coordination de l'action contre la traite des personnes », ainsi que les résolutions 23/2 du 16 mai 2014 et 25/1 du 27 mai 2016 de la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale relatives à la prévention et à la répression du trafic d'organes humains et de la traite des personnes à des fins de prélèvement d'organes, la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et 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 enfants cités dans le projet de Résolution

D'après Yves-Henri Leleu, il faut reconnaître à la personne un droit à la maîtrise de son corps et de ses éléments, et abandonner l'approche traditionnellement restrictive quant à la disposition de ceux-ci<sup>91</sup>. Il poursuit en estimant que la clé technique du renversement de perspective souhaité, annoncé, et réalisé, réside dans le rattachement de la maîtrise du corps à la catégorie des droits de la personnalité comportant, par leur titulaire, une faculté d'en disposer<sup>92</sup>. Cette faculté, véhiculée par le consentement éclairé de la personne, ne serait plus limitée par la traditionnelle indisponibilité du corps humain, mais par des normes plus larges, inspirées autant par le droit que par l'éthique : l'ordre public, la dignité humaine et la protection de l'espèce<sup>93</sup>. Sans le sortir du contexte, l'idée maîtresse que nous retenons de cet auteur est le « changement de perspective ». Quant à la direction à prendre nous ne pouvons le suivre. Anne-Cécile Squifflet avait déjà proposé une démarche similaire lorsqu'elle proposait d'aller au-delà des sollicitations alternatives classiquement proposées pour lutter contre la « pénurie d'organes ». Elle propose de s'interroger sur la nécessité de se concentrer désormais sur le receveur dans le but non plus d'augmenter l'offre d'organes mais plutôt d'en diminuer la demande<sup>94</sup>. Elle propose d'exploiter la voie de la prévention<sup>95</sup>.

Nous ne pouvons pas la suivre totalement dans cette voie. Il faut toutefois reconnaître que son problème est circonscrit dans un cadre précis, celui de l'insuffisance d'organes. D'où il ne serait pas prudent de perdre de vue cet aspect contextuel de ses propositions. Mais tirant bénéfice de cette proposition que nous trouvons richement exploitable, nous proposons de l'utiliser dans un cadre beaucoup plus large. D'abord, nous estimons qu'il est utile de sortir du carcan mercantiliste dans lequel les choses sont conçues de nos jours. La logique du marché dicte souvent notre manière de penser et embrouille notre raisonnement jusque dans la définition même de la rationalité (calcul coûts-avantages). Le problème est souvent posé en termes d'offre et de demande d'organes, de pénurie d'organes, de trafic d'organes,

---

A/71/L.80 proposé par l'Equateur et le Guatemala, rendu disponible le 4 août 2017 sur <https://www.un.org/press/fr/2017/ag11938.doc.htm>, consulté le 24 avril 2018.

<sup>91</sup> Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Larcier, 3<sup>ème</sup> éd., 2016, p. 148, n°116.

<sup>92</sup> Idem, p. 149.

<sup>93</sup> Ibidem.

<sup>94</sup> A.-C. SQUIFFLET, « Le droit face à la pénurie d'organes : quels apports pour quelle efficacité? », *Annales de Droit de Louvain*, vol. 71, 2011, no 4, p. 402, n°88

<sup>95</sup> Idem.

d'autosuffisance nationale et de commercialisation d'organes. Les termes du marché semblent les mieux pour décrire ou catégoriser le problème. A notre avis, il serait utile se s'en libérer puisqu'à force de réfléchir en ces termes, on en arrive à une sorte d'attraction de ce qui est légitime (insuffisance d'organes) dans le contexte de ce qui est à combattre (trafic d'êtres humains). Si l'on ne peut s'en départir, alors il serait utile d'en avoir conscience sans excéder sur l'utilité que présente un raisonnement qui s'appuie sur les apports du marché<sup>96</sup>.

Ensuite, la deuxième démarche de changement de perspective consisterait à se concentrer sur le patient ou tout au moins l'homme du patient. En effet, oublier la finalité thérapeutique ou de recherche scientifique du prélèvement d'organes risque de déplacer le débat. Il est vrai qu'une forte attention portée au donneur reste justifiée. Nous constatons que ces dernières années le droit a travaillé à construire suffisamment le régime de protection du donneur<sup>97</sup>, ce qui peut se justifier par la crainte de le voir être perçu comme un stock d'organes ou un amas de chaire utilisable. Ne serait-il pas temps de commencer à construire ou développer le régime du receveur ? En se concentrant sur le receveur, ne trouverait-on pas de dispositions qui protègent également le donneur ? En effet, l'idée de la prévention n'est pas rejetée. Il s'agit de traiter le cas « actuel » d'un nombre élevé de receveurs face à une disponibilité réduite d'organes. La logique des droits de l'homme n'y interdit pas. Le patient a des droits sur lesquels les législateurs pourraient construire comme étant limités par les droits d'autrui (le donneur) ou l'ordre public, la moralité publique (indisponibilité du corps humain). Poser les choses de cette

---

<sup>96</sup> Voir l'usage instructif des arguments de toute sorte dont fait le Comité consultatif de bioéthique de Belgique dans son avis n° 72 du 8 mai 2017 relatif à la sollicitation publique de dons d'organes par un donneur vivant au point 6.2.

<sup>97</sup> Comparez le degré d'élaboration des deux Résolutions récentes du Conseil des Ministres du Conseil de l'Europe relatives au mouvement des donneurs vivants (de son pays vers un Etat membre du Conseil de l'Europe en vue du don) et des patients (d'un pays membre du Conseil de l'Europe vers un autre pays en vue d'une transplantation), respectivement Resolution CM/Res(2017)1 on principles for the selection, evaluation, donation and follow-up of the non-resident living organ donors (*Adopted by the Committee of Ministers on 14 June 2017 at the 1289th meeting of the Ministers' Deputies*) et Resolution CM/Res(2017)2 on establishing procedures for the management of patients having received an organ transplant abroad upon return to their home country to receive follow-up care (*Adopted by the Committee of Ministers on 14 June 2017 at the 1289th meeting of the Ministers' Deputies*) citées dans Global Observatory on Donation and Transplantation, *Newsletter Transplant. International figures on donation and transplantation 2016*, pp. 62-70 disponible sur <http://www.transplant-observatory.org/download/newsletter-2017/> consulté le 24 avril 2018.

façon permet de concevoir le receveur comme un patient mais dont les droits sont limités et non plus concevoir le donneur comme premier acteur. Si une telle perspective était présentée à l'opinion publique, nous pouvons parier sur ses chances à produire moins de peur que si s'il s'agissait de parler des droits du donneur.

Enfin, une multiplicité d'acteurs ferait mieux de se saisir de la question dans un contexte démocratique. Le législateur est un acteur primaire mais qui peut être guidé par les personnes concernées à savoir les donneurs et receveurs actuels ou potentiels. La proposition faite de mettre l'accent sur le receveur jouerait en faveur d'un autre regard qui permet de le faire participer à la recherche de meilleurs moyens pour répondre à son problème et pourrait avoir un effet encourageant (même si des effets pervers sont tout aussi possibles).

Si les Etats Africains décident de se saisir de cette question, il est possible de considérer que le consensus sera facile à obtenir en ce qui concerne la lutte contre la traite des êtres humains en vue du prélèvement d'organes, car ce minimum ferait moins de débats. Est-ce le point sur lequel ils devraient se limiter ? De notre point de vue, les Etats Africains devraient aller un peu plus loin en ayant un œil sur la situation d'un receveur potentiel d'organes ; cela, en tirant les leçons des effets que produiraient une plus grande attention sur le donneur d'organes.

## **BIBLIOGRAPHIE**

- Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine (STCE n° 164), signée à Oviedo, le 4 avril 1997.
- Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine (STCE n° 186), signé à Strasbourg, le 24 janvier 2002.
- Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif du Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la Biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine*, STE 186, Strasbourg, 24.I.2002.

- Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, Avis n° 115, « Questions d'éthique relatives au prélèvement et au don d'organes à des fins de transplantation », Paris, 7 avril 2011
- DECOQ, *Essai d'une théorie générale sur la personne*, LGDJ, Paris, 1960
- DRAÏ, R. et HARICHAUX, M. (dir.), *Bioéthique et droit*, Colloque sur la protection juridique de la personne face aux risques biotechnologiques tenu le jeudi 11 Juin 1987 à la Faculté de droit et des sciences politiques et sociales d'Amiens, PUF.
- DURAND O.P., J.P., « Le point de vue catholique » in DRAÏ et HARICHAUX, M.
- FIRAT BILGEL, *The law and economics of organ procurement*, Intersentia, Cambridge, Antwerp-Portland, 2011
- LELEU, Y.-H., *Droit des personnes et des familles*, Larcier, 3<sup>ème</sup> éd., 2016
- Monique Ouellette, *Droit et science*, Les éditions Thémis, Montréal (Québec), 1986
- OST, F., *A quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles, Bruylant, 2016.
- SALAH BEN AMMAR, M. *Islam et transplantation d'organes*, Springer-Verlag France, Paris, 2009
- SQUIFFLET, A.-C., *Prélèvement et transplantation d'organes : droits national, européen et international face à la pénurie*, Bruxelles, Bruylant, 2016.
- SQUIFFLET, A.-C., « Le droit face à la pénurie d'organes : quels apports pour quelle efficacité ? », *Annales de Droit de Louvain*, vol. 71, 2011
- VAN GYSEL, A.-C. (dir.), DE PAGE, H., *Traité de droit civil belge. 1, Les personnes*, édition actualisée, Bruxelles, Bruylant, 2015
- World Health Organization, *Global Glossary of Terms and Definitions on Donation and Transplantation*, Geneva, November 2009