

**Avis n°43 du 10 décembre 2007
relatif à la problématique de la
commercialisation de parties du corps
humain**

Saisine d'initiative en date du 14 juin 2004 et 21 avril 2005

CONTENU DE L'AVIS

Saisine du Comité

INTRODUCTION

1. Diversité des questions
2. Histoire de la représentation du corps

Le corps

Quand le visage détrône le corps

Le sens social du don

Le droit et le don

Corps et personne humaine, l'importance d'une distinction

I. CADRE LEGAL

I.1. Discussion quant au principe d'interdiction générale de commercialisation du corps humain et/ou de ses parties

I.2. Interdiction de la commercialisation dans les lois bioéthiques belges

I.2.1. La loi du 13 juin 1986 sur le prélèvement et la transplantation d'organes

I.2.2. La loi du 5 juillet 1994 relative au sang et aux dérivés du sang d'origine humaine

I.2.3. La loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons humains in vitro

I.2.4. La loi du 7 mai 2004 relative aux expérimentations sur la personne humaine

I.2.5. La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes

I.3. Nuances quant à l'interdiction de la commercialisation en Belgique

I.3.1. La nature de la partie séparée du corps humain permet une circulation juridique limitée de matériel corporel

I.3.2. La nature de l'acte à poser peut, dans des cas bien précis, aboutir indirectement à l'instauration d'une application commerciale

I.4. Conclusion juridique

II. CONSIDERATIONS ETHIQUES

II.1. Position favorable à une commercialisation régulée de parties du corps humain

II.1.1. Vendre versus ne pas vendre

II.1.2. Modèle pragmatique versus modèle classique

II.1.3. Abondance du marché versus pénurie du don

II.1.4. Marché d'organes et de tissus humains

II.1.5. Autres raisons de ne pas s'en tenir à une éthique du don

II.1.6. La liberté de commercer : un élément essentiel de la dignité humaine

II.1.7. Conclusion

II.2. Position défavorable à la commercialisation – Arguments classiques fondant le maintien d'une stricte interdiction de la commercialisation du corps

II.2.1. Considérations générales

II.2.2. Le corps en morale publique et en droit

II.2.3. Dignité humaine et statut symbolique du corps

II.2.4. L'inaliénabilité du corps – juridique et déontologique

II.2.5. La cession de matériel corporel et la logique du don

II.2.6. Limites à l'autonomie : la marchandisation de la médecine

II.2.7. Conclusion

II.3. Position défavorable à la commercialisation : approche conséquentialiste

II.3.1. Préambule

II.3.2. Quelle morale choisir ?

II.3.3. La suspicion légitime à l'égard du marché

II.3.4. La boîte de Pandore

II.3.5. Pourquoi le corps ?

II.3.6. Conclusion : Entre éthique libérale et conception essentialiste du corps

III. POSITIONS ET RECOMMANDATIONS

Saisine du Comité

En comité plénier du 24 mai 2004, un point varia évoquait une note de Jean-Noël Missa, intitulée 'Arguments pour une éthique libérale régulant le don de gamètes', note déposée dans le cadre de la commission restreinte traitant du don de gamètes mais dont le contenu n'avait pu être pris en considération que par la commission restreinte traitant la question de la gestation pour autrui (cf avis n° 30 du 5 juillet 2004 - point 4.3.3.2).

Lors de cette séance du 24 mai, M. Roelandt, alors Présidente, estima souhaitable de mettre sur pied une nouvelle commission sur le thème général de la (non-) commercialisation de parties du corps humain et proposa de mettre ce point à l'ordre du jour du Comité suivant.

Le comité décida dès lors le 14 juin 2004 de créer d'initiative une nouvelle commission restreinte sous le prochain comité plénier, son mandat venant à expiration début juillet 2004.

Lors de sa séance d'installation le 21 avril 2005, le nouveau Comité plénier délégua au bureau le pouvoir de proposer la création de commissions restreintes pour traiter des questions pendantes prioritaires.

Ce que fit le bureau du 28 avril 2005 notamment pour la problématique de la commercialisation susdite. Un appel fut lancé aux candidatures pour composer la commission restreinte 2005/1 qui débuta ses travaux le 3 septembre 2005.

Elle entama ses réflexions sur la base de la note que Jean-Noël Missa avait déposée à la commission restreinte traitant de la gestation pour autrui, dont le contenu est le suivant¹:

« Sans nécessairement plaider pour une commercialisation du corps dans le cas de la "gestation pour autrui", certains membres du comité considèrent que les arguments invoqués pour défendre le "principe de non commercialisation du corps humain" méritaient d'être analysés avec davantage de profondeur. La question de la commercialisation du corps est une question complexe qui doit être replacée dans le cadre général de la problématique bioéthique relative au corps humain. Cette dernière concerne la légitimité et les conditions de l'objectivation et de la manipulation à visée thérapeutique ou non des corps et des parties des corps par la biomédecine au sein de sociétés pluriculturelles à économie de marché.

Les théories spéculatives relatives aux normes éthiques ont des conséquences pragmatiques. Elles doivent être évaluées en fonction de leurs conséquences sur l'action, et plus précisément sur les effets qu'elles entraînent sur les personnes et sur la pratique biomédicale. L'attachement indéfectible au principe de non commercialisation du corps humain pourrait avoir des conséquences négatives du point de vue de l'épanouissement des personnes. En effet, l'application aveugle du principe de non commercialisation conduit dans la pratique médicale à diverses situations de pénurie et d'injustice sociale.

Il convient donc de prendre en compte les arguments de ceux qui, sur base de considérations de fond concernant le statut du corps, considèrent que le corps ne devrait pas rester "hors marché".

Les arguments avancés en faveur d'une commercialisation régulée du corps dans certaines circonstances sont nombreux.

[suite : voir avis n° 30 du 5 juillet 2004, point 4.3.3.2.] ».

¹ Voir avis n° 30 du 5 juillet 2004, point 4.3.3.2

INTRODUCTION

1. Diversité des questions

Certains aspects liés soit à la non-commercialisation du corps, soit, à son contraire, à la commercialisation de parties du corps humain conduisent à des questionnements qui stimulent une réflexion approfondie sur ce thème. Quelques exemples peuvent illustrer ces questionnements.

➤ Le don d'organes à partir de donneurs en état de mort cérébrale reste la principale voie pour pourvoir les équipes de transplantation en organes. La Belgique fait partie d'Eurotransplant, un consortium de sept pays européens qui suit des règles spécifiques pour l'allocation des organes et qui connaît une grave pénurie d'organes. Même en Belgique, malgré une réglementation favorisant le don d'organes après la mort, il y a une pénurie d'organes².

➤ Aussi, certains patients, situés loin dans la liste d'attente d'une greffe d'organe, vont en Asie pour y recevoir, contre paiement de sommes élevées, une greffe de rein ou d'un organe prélevé sur un condamné à mort³ ou vendu par des personnes dans le besoin. Selon des données issues de 98 pays, 66.000 reins ont été transplantés en 2005, ce qui représente 10% des besoins exprimés. Le « tourisme de transplantation » représenterait 10% des transplantations globales. Ne devrait-on pas élargir le débat belge sur les moyens d'accroître la disponibilité d'organes et le conduire ensemble, par exemple au niveau des pays concernés par Eurotransplant, voire au-delà des frontières de l'Europe?

➤ Pouvons-nous refuser que l'un des parents d'un enfant atteint d'une pathologie grave propose de vendre un rein pour garantir un traitement adéquat à l'enfant? Par contre, en cas d'acceptation de commercialisation de parties du corps, quelle protection pouvons-nous garantir aux personnes contre elles-mêmes?

➤ L'interdit de la commercialisation de parties du corps s'oppose à l'autonomie de la gestion du corps. Par contre, l'autonomie est admise lorsqu'il s'agit du don d'une partie du corps. Un exemple: Eurotransplant a accepté qu'une mère donne un de ses reins pour que, en contrepartie, un rein soit greffé dans un délai écourté à son fils. Ici, la mère a pu disposer librement de son rein. D'aucuns y voient un geste d'altruisme. D'autres, par contre, considèrent qu'il s'agit d'un troc: au lieu d'argent pour payer un organe à son fils, elle a donné un rein. Qui peut disposer librement de son corps? Et si l'on accepte l'échange fait par cette mère, ne devrait-on pas aussi accepter la vente de certaines parties du corps?

➤ Pousant à l'extrême une logique de raisonnement relative à la commercialisation, on peut aboutir à des situations difficilement acceptables. Par exemple, si une commercialisation de parties du corps était admise, ne pourrait-on pas s'attendre à ce

² Voir rapport annuel d'Eurotransplant sur leur site internet : http://www.eurotransplant.nl/files/annual_report/AR2005_def.pdf

³ Voir par exemple article paru dans Le Monde du 25 avril 2006, « Au cœur du trafic d'organes en Chine ». Voir aussi Parry, J., Chinese rules on transplantation do not go far enough, *British Medical Journal* 2006 ; 332 : 810.

qu'une famille dans le besoin vende les organes d'un de ses défunts? Ne verrait-on pas aussi des familles tentées de vendre les organes d'un défunt pour accroître la valeur de l'héritage?

- La commercialisation pose le problème de la valeur commerciale de la vie et des risques auxquels s'exposent des personnes ; pour rappel, un prélèvement d'organe est potentiellement associé à une morbidité, voire une mortalité.
- Peut-on envisager, comme certains le suggèrent, de se concerter dans le cadre européen pour constituer une banque d'organes obtenus contre rémunération à partir de donneurs vivants ⁴ ? Cette banque, si possible unique pour un ensemble de pays, aurait pour rôle de centraliser les organes disponibles, de les redistribuer et d'assurer ainsi une transparence et une traçabilité sans faille permettant d'éviter des abus. D'aucuns rejettent cette proposition, d'autres l'approuvent, d'autres encore la trouvent trop restrictive du fait du concept d'une seule institution de gestion, de la limitation d'échange au sein des pays concernés⁵.
- En cas d'établissement d'une telle banque d'organes, qui payera les organes achetés et qui décidera du prix d'un organe ? Des sociétés d'assurances ? Que pourront faire ceux qui ne sont pas assurés ? Un rein d'une jeune femme vaudra-t-il plus que celui d'un cinquantenaire fumeur ?
- Quelles données scientifiques avons-nous au sujet du commerce d'organes se pratiquant à divers endroits dans le monde et ce en dépit de la loi (sauf en Iran) ? Sur la base de ces données, pouvons-nous affirmer que ce commerce d'organes constitue une situation de 'win-win' (où tant receveur que donneur y trouvent leur compte) ou bien la réalité est-elle différente ?

En raison de la diversité des problèmes posés par la commercialisation ou non de parties du corps humain, le Comité a décidé de traiter essentiellement dans le présent avis la problématique de la commercialisation de parties du corps humain régénérables (sang, moelle, gamètes, lobe d'un foie, etc...) ou pas (rein, par exemple) de personnes vivantes.

Ne sont pas abordés dans le présent avis les problèmes posés par la prostitution, par l'exploitation d'autrui au sens large (comme par exemple la main-d'œuvre domestique illégale), ni certains contrats de travail (pilotes d'essai, etc). Il en est de même pour la vente de parties mortes (cheveux), le tatouage de la peau pour publicité et la vente de lait maternel qui posent des questions éthiques d'une nature différente.

Quant à la problématique de la gestation pour autrui, le Comité renvoie aux recommandations qu'il a émises à ce sujet dans son avis n°30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestation pour autrui.

⁴ Ch. A. Erin and J. Harris, J. Med. Ethics 2003; 19: 137-138.

⁵ Savulescu, J. Med. Ethics 2003; 19: 138-139; J. R. Richards, J. Med. Ethics 2003; 19: 139-140; J-D. de Castro, J. Med. Ethics 2003; 19: 142-146.

2. Histoire de la représentation du corps

L'anthropologie a largement contribué à bousculer nos représentations du corps, notamment celle du lien entre corps individuel et corps social⁶. La régulation des interventions médicalisées sur le corps, qui est au cœur du champ bioéthique, se réduit souvent à deux conceptions opposées. Les uns confrontent l'idée d'intégrité du corps au concept de propriété du corps dont on pourrait selon la nécessité, voire la volonté, remplacer les pièces défailtantes ou envisager de dépasser les déterminismes biologiques, grâce au méliorisme ou au génie génétique, alors que d'autres s'efforcent de préserver l'intégrité du corps dès l'individuation biologique. En permettant à des éléments du corps de vivre en dehors de celui-ci ou d'être déplacés d'un corps à l'autre (greffe), mais plus encore par la délocalisation des embryons du corps des femmes au laboratoire de fécondation *in vitro*, les biotechnologies ont ébranlé les bases du droit occidental mais aussi les représentations du sens commun sur la question du corps. La légitimité qui est accordée à certaines interventions biomédicales et à la commercialisation de certaines parties du corps ou le sentiment d'horreur qu'un tel commerce inspire, posent la question de savoir à qui appartient le corps.

Le corps

Les avancées dans la connaissance de nos déterminismes biologiques et la parole des femmes qui a largement contribué à sexuer le discours anthropologique en revendiquant une réappropriation de leurs droits reproductifs, ont produit au vingtième siècle des effets marquants sur la représentation du corps et ont entraîné une mutation du modèle politique de la régulation des corps⁷.

Le combat des femmes pour la réappropriation de leur corps a conduit durant les années 70-80 à repenser en termes anthropologiques, philosophiques et juridiques le rapport au corps et à la filiation, question centrale du débat bioéthique qui souligne la tension entre d'une part le discours culturel et juridique sur la valeur de la vie qu'abrite le corps propre et d'autre part la description scientifique du vivant. Le débat se focalise néanmoins trop souvent sur deux positions irréconciliables et réductrices :

1° le corps est la propriété de l'individu ; cette considération que l'on qualifie de pensée anglo-saxonne est surtout le résultat d'une pensée nourrie par les données empiriques de l'anthropologie du XX^{ème} siècle ;

2° le corps est le substrat indissociable de la personne (Kant) ; ce qui constitue une position ontologique qui fonde une morale déontologique.

Mais pour certains, ces deux positions irréconciliables sont précisément celles qui réduisent le débat bioéthique à un débat idéologique contradictoire.

⁶ Voir entre autres les essais de David Le Breton, « Anthropologie du corps et modernité », PUF, Quadrige, 2001 et de Michel Bernard, « Le corps », Seuil, Points, 1995.

⁷ Voir à ce propos les travaux de l'anthropologue Françoise Héritier, notamment "Masculin/féminin dissoudre la hiérarchie", Odile Jacob, 2002.

Quand le visage détrône le corps

L'axiologie corporelle s'est modifiée après Dante. Ainsi le visage est-il devenu le lieu de l'inscription du sens. L'individu n'est plus seulement considéré comme une partie du corps social mais est aussi perçu comme un corps individué. Le corps devient par là même la frontière qui marque la différence entre deux individus.

Quant à l'anatomie, elle marqua le moment d'une mutation anthropologique qui eut des effets biopolitiques. Avec la dissection, Vésale introduit une distinction implicite entre l'homme et son corps dans la culture occidentale. Dès ce moment, l'humain a un corps plus qu'il n'est un corps ; l'effraction de l'outil dans le corps disséqué n'est plus vécue comme une transgression contre l'intégrité de l'âme ou du soi. La distinction qui se fait dès lors entre le corps et la personne signale une mutation ontologique qui mènera à l'invention du *corps occidental*⁸.

Cette césure est irréversible. Vésale a rendu possible la pensée moderne du corps. Il permet de penser le corps cadavérique comme distinct de ce qui fait l'humain. Ce dualisme était déjà annoncé par certains philosophes grecs.

Le sens social du don

C'est à partir de Mauss que les sciences sociales tentent de repenser une certaine universalité de l'obligation de donner, mais celle-ci ne peut être inconditionnelle à moins de devenir sacrificielle⁹. Le don produirait le rapport social ; mettre en question l'universalité du don reviendrait à réduire l'individualisme à l'égoïsme rationnel. Le don ne fait sens que dans une logique de réversibilité. Mauss a montré que le don ne peut se déployer qu'à partir d'autre chose que lui. Il faut donc socialiser le don, qui ne peut être réduit aux lois universelles de l'échange¹⁰.

Est-il abusif de parler de don ? Le don serait-il toujours intéressé voire calculateur ? Non car pour Mauss, le don ne peut être un opérateur social que s'il répond à la triple obligation de toute action : donner, recevoir et rendre.

Le don est dit moral ou don d'agapè lorsqu'il se veut désintéressé. Les grandes religions ont inspiré cette optique. La laïcisation du don permet de l'étendre aux étrangers en alimentant des réseaux ouverts à l'infini au nom de l'universalité. Elle a permis ainsi le cosmopolitisme ou l'éclosion de la société civile mondiale.

Mais un des problèmes du don d'organes est que pour le receveur, il n'y a pas moyen d'être « quitte avec les dieux » car ce don est asymétrique.

Dans un article récent, Benjamin Hippen¹¹, néphrologue, remet en question l'idée de

⁸ Voir à ce propos les travaux de David Le Breton, notamment « Anthropologie du corps et modernité », PUF, 1990.

⁹ Michel Terestchenko, « Un si fragile vernis d'humanité. Banalité du mal, banalité du Bien », Ed La découverte Mauss, 2005.

¹⁰ Expression récurrente dans l'œuvre de Marcel Gauchet.

¹¹ Benjamin Hippen « In defense of a regulated market in kidneys from living vendors », Journal of Medicine and Philosophy 30, 593-626, 2005, qui reprend des idées déjà élaborées par John Harris et le courant libéral anglo-saxon.

donneurs d'organes vivants et légitime une perspective où seraient régulées les ventes d'organes face au déficit de l'offre par rapport à la demande. Pour B. Hippen, le concept de don ne fonctionne pas, puisqu'il n'y a pas obligation à la solidarité. Un marché régulé de vente d'organes serait donc la solution car il assurerait une plus grande sécurité pour les vendeurs et les receveurs, et une plus grande intégrité institutionnelle pour coopérer avec les vendeurs d'organes qui seraient soumis au régime de la loi. B. Hippen critique le modèle anthropologique du don comme obligation morale car celle-ci est en contradiction avec le consentement éclairé : au delà de l'urgence, cette perspective relève d'une forme de pression sociale qui fait du don d'organes entre proches une quasi obligation. Comme M. Mauss, B. Hippen en vient à dénoncer *la tyrannie du don* qui est à double sens car elle suppose une forme de potlatch¹² et une obligation morale envers le donneur qui perdure bien au-delà de l'acte de don. Il avance l'idée selon laquelle un marché régulé d'organes libérerait de la tyrannie du don en offrant une alternative.

Cette hypothèse met en question les deux modèles anthropologiques évoqués plus haut et les oppose à un troisième modèle, alternatif, que Gilbert Hottois nomme une approche anthropotechnique¹³ qui désacralise le don du corps, ce qui, selon G. Hottois, serait pragmatiquement plus cohérent avec les régimes juridiques de nos sociétés laïcisées.

Le droit et le don

L'Etat n'a légiféré sur le statut du corps qu'à partir du moment où la recherche biomédicale a permis des scénarios qui remettaient en cause les présupposés du droit naturel notamment sur le début et la fin de la vie. Le droit naturel est un ensemble d'affirmations extrêmement variées et non convergentes. On peut le définir par sa fonction d'être « le droit du droit », celui qui permet de fonder la légitimité du contenu des dispositions de droit positif.

Le droit n'a d'ailleurs pas toujours envisagé le corps de la même manière; les usages du corps répondent à des convictions plurielles et irréductibles à une seule possibilité. Fonder le droit du corps sur une seule et unique essence ou vision risque de susciter des difficultés d'autant plus que l'intégrité du corps côtoie sa parcellisation, voire la séparation de certains de ses éléments (cheveux, ongles, lait, tissus lésés ou cancérisés...). Ces éléments paraissaient auparavant sans valeur mais actuellement, avec le pouvoir d'analyse de l'ADN, ils s'avèrent potentiellement riches en informations ou exploitables.

¹² Dans son "Essai sur le don", Sociologie et anthropologie, 1950, PUF, Marcel Mauss montre que l'obligation de donner a rendu les hommes échangistes car refuser de donner équivaut à déclarer la guerre, ce qui fait du don le cœur d'un système juridique qui exige la symétrie des droits et des devoirs et qui mélange le régime spirituel et le régime matériel. Cette morale du don est présentée comme une économie du don. L'économie ayant changé, devons nous changer de morale des droits et devoirs ? Telle semble être la question cruciale au cœur de la commercialisation du corps.

¹³ Gilbert Hottois, "De l'anthropologie à l'anthropotechnique" ? Dans « la fabrication de l'humain », Tumultes n° 25, éditions Kimé.

Dans son *Histoire juridique du corps*¹⁴, J.-P. Baud, montre qu'en droit, contrairement à l'anthropologie, le corps n'est pas distingué de la personne. Cela crée toutes sortes d'ambiguïtés pour légiférer sur les parties du corps (le lait maternel, le sang, le sperme, les ovules, les cellules souches, voire l'utérus). Le régime juridique¹⁵ des personnes reste totalement opposé à celui des choses et est associé à l'idée d'indisponibilité du corps qui a pour fonction de sauvegarder la dignité humaine contre toute forme d'asservissement ou d'exploitation.

Le don d'organes est régulé par l'État qui est juridiquement habilité à transmettre un « fragment du donneur mort à un individu vivant ».¹⁶ Dès lors, sans déclaration contraire, il est légal de prélever des organes au nom du bien commun pour sauver la vie d'un tiers.

Pour éviter tout malentendu et faux débat idéologique liés aux conflits d'intérêts que représente la gestion ou la maîtrise des corps, il est important, d'un point de vue anthropologique, de ne pas confondre, le *corps comme objet d'un droit de propriété*, et le *corps comme substrat de la personne*.

Corps et personne humaine, l'importance d'une distinction

Nous voyons à ce stade que si l'évidence de l'être humain est corporelle, la représentation du corps et de sa sacralité est le fruit de constructions sociales et historiques trop complexes pour être homogènes. Chaque société, chaque époque dessine un savoir singulier sur le corps, même si certains principes partagés permettent d'en préserver la dignité contre toute forme d'exploitation (souffrances inutiles, prostitution, humiliation, discrimination, violation de l'intégrité...), grâce à la tension maintenue entre corps social et corps propre.

Le corps moderne implique la coupure du sujet avec les autres : le sujet est indiqué comme individu par sa séparation non seulement du corps maternel, mais aussi du corps social au sein duquel il prend place. Dans son essai sur l'individualisme, Durkheim résume le tournant de la modernité en ces mots : « Le corps occidental est le lieu de la césure. Il est la part insécable du sujet, le "facteur d'individuation" . » (E. Durkheim).

Avec le recul progressif des traditions populaires sous l'effet du développement d'une médecine davantage scientifique, un savoir plus objectivant du corps se développe. Cependant, dans nos sociétés occidentales la notion de corps échappe à la possibilité d'une signification collective partagée, si ce n'est dans des déclarations qui n'ont pas force de loi.

¹⁴ Jean-Pierre Baud montre combien les juristes prétendent à la neutralité par rapport à ce débat ; il laisse les controverses aux théologiens et aux scientifiques. Voir « L'affaire de la main volée, une histoire juridique du corps », Seuil 1993 et « Le droit de vie et de mort. Archéologie de la bioéthique », Alto-Aubier, 2001. Comparer, récemment, les intéressantes réflexions de Stéphanie Bauzon, « La personne biojuridique », PUF, Quadrige, 2006.

¹⁵ Cf. par exemple la déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme qui est un exemple fort de résistance à l'anthropotechnique. Et qui apparaissait déjà dans le Frankenstein de Mary Shelley, qui exprimait la répugnance ou le vertige des humains à gouverner la vie.

¹⁶ Idée mise à mal par l'anthropologue Pierre Clastres in « L'esprit des lois sauvages ou une nouvelle anthropologie politique », Seuil 1987, sous la direction de Miguel Abensour. Ces idées ont été récemment reprises par l'anthropologue Stéphane Breton dans le texte de l'exposition du quai Branly « Qu'est-ce qu'un corps ? », Flammarion, 2006.

I. CADRE LEGAL

I.1. Discussion quant au principe d'interdiction générale de commercialisation du corps humain et/ou de ses parties et produits

Sur le plan de la *linguistique juridique*, la notion de « commercialisation » s'entend comme la mise en vente d'un produit ou d'une marchandise, la phase ultime de sa distribution sur le marché; l'adaptation d'une fabrication artisanale à une diffusion commerciale qui la rentabilise ou l'admission à la vente d'un bien jusqu'alors hors commerce¹⁷. Par « commerce », il faut entendre «le négoce, les échanges commerciaux, des échanges ayant pour seul objectif le profit», autrement dit l'ensemble des activités permettant aux richesses de passer des producteurs aux consommateurs ou consistant à vendre des produits achetés sans leur faire subir de transformation importante (contrairement à l'industrie ou à l'usinage)¹⁸.

Le concept de « commercialisation » est d'apparition récente en droit mais n'est pas inconnu, en particulier dans le cadre des lois relatives aux interventions médico-scientifiques.

S'agissant du corps humain, il n'y a pas lieu de se référer aux actes de commerce tels que visés par le Code de commerce (articles 2 et 2*bis*) et pour lesquels le « but lucratif » est l'élément essentiel.

La réflexion sur le statut juridique du corps humain s'élabore en référence au Code civil via la notion de "choses hors du commerce", c'est-à-dire qui ne peuvent pas faire l'objet d'un contrat entre particuliers (telles les sépultures, les biens du domaine public, les choses communes qui n'appartiennent à personne).

Les articles 1128 et 1598 du Code civil disposent ainsi qu'"il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de conventions" et que "tout ce qui est dans le commerce peut être vendu, lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation"¹⁹. Il convient aussi de citer l'article 6 du Code civil qui rend nulle de plein droit toute convention contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

Le commerce (et à plus forte raison le trafic) du corps humain, de ses éléments et/ou produits, est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs tels que définis par cet article, qui renvoie actuellement surtout à la notion de dignité (de la personne) humaine.

Ces restrictions visent tant les contrats à titre gratuit qu'à titre onéreux. Elles renvoient au sens juridique général du mot "commerce" qui vise *l'échange*, pas forcément avec profit ou

¹⁷ "Vocabulaire juridique", sous la direction de Gérard Cornu, PUF, Quadrige, 8^e éd., 2007. Dans ce dernier sens, "commercialisation" se rapproche de "patrimonialisation", définie comme la tendance, pour un attribut de la personnalité ou un élément extra-patrimonial de celle-ci (nom, image, vie privée, etc.), à se charger d'une valeur appréciable en argent issue de la valeur propre de la personne (savoir-faire, compétences, talent, notoriété), mais dotée d'une utilité économique que celle-ci est seule en droit d'exploiter par des conventions conclues avec des tiers (droit incorporel de jouissance, monopole juridique d'un potentiel économique).

¹⁸ Idem.

¹⁹ Voir not. Loiseau G., "Typologie des choses hors du commerce", RTDciv., 2000, 47; comp. récemment Dijon X., "Vers un commerce du corps humain?", J.T., 2006, 501.

but lucratif, contrairement au sens spécifique de ce mot en droit commercial où le but lucratif est naturellement requis²⁰.

La doctrine classique consiste à dire que le corps humain n'est pas dans le commerce au sens de l'article 1128 et qu'il ne peut donc faire l'objet d'aucune convention, quelle qu'elle soit.

Elle se fonde sur l'idée que le corps est indissociable de la personne dont il constitue le substrat, la manifestation physique. Et dès lors, il est, à l'image de celle-ci, *indisponible* et *extra-patrimonial*. Ne pouvant être dissocié de la personne, l'idée d'un *droit de la personne sur son corps* ne peut, selon les auteurs classiques, se concevoir²¹.

Un autre courant doctrinal avance que cette conception d'indisponibilité absolue du corps humain ne résiste pas à la réalité actuelle. Les tenants de ce courant font allusion aux développements de la biotechnologie, à la fragmentation du corps humain et aux possibilités d'utiliser certaines parties du corps à des fins thérapeutiques ou de recherche²².

L'évolution biotechnologique a fait émerger un droit de principe de la personne à *l'autodétermination* vis-à-vis de son propre corps, droit qui puise ses racines dans le droit au respect de l'intégrité physique garanti par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Son ampleur théorique et pratique demeure discutée mais il apparaît aujourd'hui incontournable en tant que droit personnel extrapatrimonial²³.

L'individu est de plus en plus conscient de son *autonomie* et de son pouvoir de décision, y compris en ce qui concerne son corps. Il en résulte qu'il gère plus librement son corps et souhaite prendre lui-même des décisions (autodétermination) en ce qui concerne le planning familial, la contraception, l'interruption de grossesse, le choix de mourir dignement et la demande d'euthanasie. Se développe par conséquent l'idée selon laquelle le corps humain *n'est pas, purement et simplement, indisponible*: une personne peut poser elle-même des actes de disposition concernant certaines parties du corps, pour des motifs humanitaires, thérapeutiques ou dans le but d'une recherche scientifique.

²⁰ Sur ce que le corps humain est hors du *marché* mais n'est pas à proprement parler hors du *commerce* dans le sens ici retenu, voir l'article fondateur de Hermitte M.-A., "Le corps hors du commerce, hors du marché", Arch. philos. dr., 1988, 323 et la thèse de Moine I., "Les choses hors commerce. Une approche de la personne humaine juridique", LGDJ, 1997. Du même auteur, v° "Commerce juridique", in Dictionnaire de la culture juridique (Alland D. et Rials S. (dir.), PUF, Quadrige, 2003), où il s'attache à distinguer cette notion de celle d'activité commerciale et la gratuité de l'extra-commercialité, qualifiant les éléments détachés du corps tels les organes, les tissus ou les gamètes de "choses qui par nature ne peuvent être dans le commerce" et rappelant l'évidente extra-commercialité de la personne elle-même.

²¹ Voir, parmi beaucoup d'autres, Sériaux A., "Le principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain", in Le droit, la médecine et l'être humain, Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXI^e siècle, P.U. Aix-Marseille, 1996, 156.

²² Pour une réflexion philosophique et juridique de grande ampleur, voir l'ouvrage de Xavier Dijon, "Le sujet de droit en son corps", Larcier, 1982 et l'ouvrage collectif "Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood", Maklu, 1996.

²³ Pour une synthèse, voir Leleu Y.-H. et Genicot G., "La maîtrise de son corps par la personne", J.T., 1999, 589; Galloux J.-C., "Le corps humain dans le Code civil", in 1804-2004. Le Code civil, un passé, un présent, un avenir, Dalloz, 2004, 381; Gobert M., "Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos de la maternité de substitution)", RTDciv., 1992, 489.

Il est évident que l'idée que *la personne a un droit sur son corps* n'implique pas qu'elle en soit *propriétaire*. Il existe un consensus sur ce que la notion de propriété est tout à fait inappropriée dans ce cadre. Il s'agit plutôt d'un *droit de la personnalité*, ainsi que l'a confirmé la Cour de cassation belge dans un important arrêt du 14 décembre 2001 relatif au fondement des droits du patient en matière médicale²⁴. En effet, toute personne jouit des droits de la personnalité, qui comprennent le droit à la vie et au respect de *l'intégrité physique*²⁵. Ce droit impose que le patient, et lui seul, donne en pleine connaissance de cause un consentement libre, éclairé et mûrement réfléchi à tout acte médical portant atteinte à son intégrité physique. Dans la foulée d'un mouvement européen, l'article 8 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient a consacré cette exigence. Ceci vise également les actes de disposition du corps ou de ses éléments et produits.

Dès lors, pour les tenants de cette tendance, si les actes de disposition à des fins commerciales lucratives restent interdits en Belgique, on ne peut plus affirmer que le corps est en soi indisponible. *La personne peut donc en disposer et en faire circuler certaines parties dans le respect de contraintes* éthiques, sanitaires et juridiques définies précisément par des dispositions légales spécifiques telles la loi relative au sang, aux organes, à la procréation médicalement assistée, aux expérimentations sur l'homme (voir point I.2. ci-dessous).

Certains membres du Comité partagent ce point de vue et y voient une certaine évolution du statut du corps humain **alors que d'autres membres** n'y décèlent aucun changement, l'autonomie de l'individu ne s'exprimant que dans le cadre de régulations spécifiques rigoureuses consacrant finalement le principe de l'indisponibilité du corps humain, de ses parties et/ou produits.

Par contre, **tous les membres du Comité partagent le principe de l'interdiction absolue du trafic (commerce) international du corps humain**, de ses parties, de ses organes et tissus, principe issu de l'exigence du respect de la dignité humaine. Il s'agit là d'une préoccupation constante des sociétés occidentales qui participe de ce que l'on pourrait qualifier de droit commun de la bioéthique; il existe un consensus pour proscrire le trafic d'organes sauvage, non contrôlé, s'accompagnant d'une exploitation des personnes pauvres, faibles et vulnérables.

²⁴ Cass., 14 décembre 2001, *Pas.*, 2001, 2129, concl. Du Jardin, *J.L.M.B.*, 2002, 532, note Leleu et Genicot, *J.T.*, 2002, 261, note Trouet, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.494, *R.G.D.C.*, 2002, 328, concl. Du Jardin, note Trouet, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, 239, note Fagnart.

²⁵ Sur les droits de la personnalité, en particulier le droit à la vie et le droit au respect de l'intégrité physique, voy., parmi une abondante bibliographie, les synthèses de Leleu Y.-H., "Droit des personnes et des familles", Bruxelles, Larcier, 2005, 95-121; Terré F. et Fenouillet D., "Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités", Paris, Dalloz, 7^e éd., 2005, 54-95; Cabrillac R., "Le corps humain", in *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 10^e éd., 2004, 157-169.

I. 2. Interdiction de la commercialisation dans les lois bioéthiques belges²⁶

1.2.1. La loi du 13 juin 1986 sur le prélèvement et la transplantation d'organes (M.B., 14 février 1987), qui distingue entre le prélèvement sur un donneur vivant et le prélèvement après le décès, interdit toute cession d'organes ou de tissus dans un but lucratif (art. 4). Cette exigence fondamentale concerne non seulement la relation entre donneur et receveur mais aussi tous les stades intermédiaires comme les banques d'organes. Elle ne fait pas obstacle au dédommagement du donneur pour les frais qu'il expose ou la perte de revenus qui serait une conséquence directe de la cession.

En Belgique, la législation relative au prélèvement d'organes après décès est basée sur le consentement implicite, c'est-à-dire qu'en l'absence d'opposition exprimée, toute personne inscrite au registre de la population ou depuis plus de six mois au registre des étrangers, est considérée comme donneur. La loi prévoit la possibilité de confirmer ce consentement de manière explicite.

En matière de promotion du don d'organes, le Comité observe avec intérêt l'effort structuré mené année après année par l'Espagne entre autre vis-à-vis de la population scolaire, et qui se révèle efficace.

Au 15 juin 2005, les Autorités belges ont lancé une campagne de promotion du don - 'Beldonor'- qui commence à porter ses fruits. En effet, alors qu'à cette date, seuls 33.000 assentiments au don avaient été enregistrés depuis la loi du 13 juin 1986 sur le prélèvement et la transplantation d'organes, Beldonor enregistre 75.996 accords à la fin du mois de novembre 2007. Par contre, le nombre de personnes s'opposant expressément à un don, est resté quant à lui relativement stable (de 192.000 en début de campagne, il est de 191.802 fin novembre 2007). Ainsi, en 2007, la Belgique a atteint pour la première fois le chiffre de 29,1 donateurs par million d'habitants ; et toujours en 2007, plus de donateurs s'étant manifestés, le nombre de personnes en liste d'attente d'une greffe de rein est passé de 922 à 840.

1.2.2. La loi du 5 juillet 1994 relative au sang et aux dérivés du sang d'origine humaine (M.B., 8 octobre 1994) prévoit une interdiction absolue de profit lors du prélèvement de sang et de dérivés du sang. Ce prélèvement se fait auprès de donateurs bénévoles et non rémunérés, avec leur consentement (art. 5) et le prix auquel le sang et ses dérivés sont dispensés et délivrés au receveur doit être fixé de façon à exclure tout profit (art. 6). En outre, aucun défraiement du donneur n'est ici prévu.

1.2.3. La loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons in vitro (M.B., 28 mai 2003) interdit d'utiliser des embryons, des gamètes et des cellules souches embryonnaires à des fins commerciales (art. 5). Cela ne signifie pas que les recherches elles-mêmes ne peuvent être valorisées (ce qui renvoie au vaste débat sur la brevetabilité du vivant humain) mais seulement que leur substrat en tant que tel demeure hors du commerce.

²⁶ Toutes ces lois comportent des sanctions pénales.

1.2.4. La loi du 7 mai 2004 relative aux expérimentations sur la personne humaine (M.B., 18 mai 2004) est plus nuancée. Elle proscrie tout encouragement ou avantage financier aux mineurs (art. 7, 7°), aux incapables majeurs (et/ou leur représentant, art. 8, 6°) ou aux participants dont le consentement ne peut être recueilli du fait de l'urgence dans le cadre d'une participation à une expérimentation (art. 9, 5°). Pour les participants majeurs et capables toutefois, *une telle interdiction n'est pas prévue*. Selon l'article 11, § 4, 10° de la loi, les montants et modalités éventuelles de rétribution/d'indemnisation et de compensations des investigateurs et des participants devront être examinés, au cas par cas, par le comité d'éthique de l'hôpital où se tient l'expérimentation, qui devra examiner si l'indemnisation reste proportionnelle aux contraintes que l'expérience entraînera. Selon les travaux préparatoires, il ne devra jamais s'agir d'un incitant à collaborer; toute commercialisation devant être évitée, les personnes ne pourront jamais être rémunérées pour leur participation. La loi ne déroge donc pas au principe selon lequel le corps humain demeure hors du commerce en ce sens qu'il ne peut faire l'objet d'un droit patrimonial.

1.2.5. La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes (M.B., 17 juillet 2007) exige que le don d'embryons surnuméraires ou de gamètes soit gratuit, de même que leur affectation à un programme de recherche. Elle interdit expressément la commercialisation des embryons surnuméraires (art. 19) et plus généralement des embryons et gamètes humains (art. 22 et 48), en application du caractère extrapatrimonial du corps humain et de ses éléments et produits. S'agissant des prélèvements de gamètes, il est toutefois prévu que le Roi pourra fixer une indemnité couvrant les frais de déplacement ou la perte de salaire de la personne prélevée, ainsi que les frais d'hospitalisation inhérents au prélèvement d'ovocytes de la donneuse (art. 48). On retrouve donc ici la distinction classique entre rémunération – prohibée s'agissant d'éléments ou produits du corps humain – et défraiement, autorisé puisqu'il n'entraîne pas de profit.

1.3. Nuances quant à l'interdiction de la commercialisation en Belgique

1.3.1. La nature de la partie séparée du corps humain permet une circulation juridique limitée du matériel corporel.

Ainsi, peut-on entre autres citer ²⁷:

- *le sang, les organes et tissus, les gamètes et embryons*, tels que leur utilisation et leur circulation sont régies par les lois précitées;
- *le matériel corporel ayant subi un processus de transformation* tel que les facteurs bioactifs extraits de placentas. Ce matériel peut être librement commercialisé car les traitements de transformation ne sont pas considérés comme portant atteinte à la dignité humaine ou à l'indisponibilité du corps humain. Le principe de l'interdiction de la commercialisation est par conséquent respecté.

²⁷ Des propositions de lois sont régulièrement introduites afin d'éclaircir des aspects bien déterminés du cadre légal. On peut citer, récemment, une proposition de loi introduite par M. Mahoux relative à la commercialisation des tissus et cellules humains (Sénat, 20 septembre 2006, session 2005-2006, Doc. 3-1386/1) et une proposition de loi insérant un article 4*bis* dans la loi du 13 juin 1986 sur le prélèvement et la transplantation d'organes, introduite par MM. Vankrunkelsven et Leduc (Sénat, 13 décembre 2006, session 2006-2007, Doc. 3-1995/1).

- les 'tissus de rebut' tels que cheveux, ongles ou excréments. Depuis toujours et pratiquement dans tout système juridique, ces tissus de rebut ne tombent pas sous le coup d'une quelconque réglementation et leur commercialisation est généralement tolérée étant donné qu'elle n'est contraire à aucun impératif supérieur.

- pour ce qui est du sang de cordon, le Comité renvoie à l'avis n° 42 du 16 avril 2007 relatif aux banques de sang de cordon ombilical²⁸.

1.3.2. La nature de l'acte à poser peut, dans des cas bien précis, aboutir indirectement à l'instauration d'une application commerciale.

La loi du 28 avril 2005 (M.B., 13 mai 2005) modifiant la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention a transposé en droit belge la directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique et à la brevetabilité des inventions biotechnologiques²⁹. Issu d'une transposition littérale de ce texte imparfait, l'article 4, § 4, de la loi du 28 mars 1984 dispose que :

« Le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables.

Un élément isolé du corps humain ou autrement produit par un procédé technique, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, peut constituer une invention brevetable, même si la structure de cet élément est identique à celle d'un élément naturel.

L'application industrielle d'une séquence ou d'une séquence partielle d'un gène qui sert de base à une invention doit être concrètement exposée dans la demande de brevet. ».

Deux considérations peuvent être formulées à cet égard³⁰.

²⁸ *Bioethica Belgica*, n° 29, décembre 2007, p. 16 ou sur le site <https://portal.health.fgov.be>.

²⁹ Voir notamment à ce propos Van Overwalle G., "Van muizen en mensen. De EU-Biotechnologierichtlijn van 6 juli 1998 en de omzetting in het Belgisch octrooirecht", R.W., 2002-2003, 401; du même auteur, "De octrooieerbaarheid van biotechnologische uitvindingen", in *Droit des brevets, éthique et biotechnologie*, Bruylant, 1998, 34; en droit français, Mathieu B., "La directive européenne relative à la brevetabilité des inventions biotechnologiques, le droit français et les normes internationales", D., 2001, 13.

³⁰ Il est aussi renvoyé notamment à l'avis du Comité consultatif n° 24 du 13 octobre 2003 relatif aux cellules souches humaines et au clonage thérapeutique, entre autres au chapitre III, point 2.1.:

« [...] Ces brevets sont relatifs à (1) des lignées cellulaires considérées comme des *produits* et relatifs à (2) des *procédés* d'isolement, d'enrichissement, de culture, d'induction de différenciation et de transdifférenciation des cellules souches.

D'autres brevets concernent déjà des (3) techniques de clonage en vue d'obtenir des cellules souches; (4) des procédés de parthénogenèse pour produire des cellules souches autologues en évitant la destruction d'embryons potentiellement viables créés pour l'isolement des cellules souches; (5) des procédés de transformation de cellules somatiques en cellules souches en leur injectant du cytoplasme de cellules souches ou d'ovocyte (i.e., le transfert ovoplasmique). [...] ».

Au chapitre III, point 2.2. de ce même avis :

« [...] Il reste le dilemme éthique de fond posé par la brevetabilité des inventions impliquant des cellules souches humaines. Si la brevetabilité est un moyen classique dans une société de marché d'encourager l'innovation – ainsi que le progrès scientifique pouvant aider à améliorer les soins de santé – par le biais d'une compensation éventuellement financière à l'inventeur (ou au chercheur qui a trouvé) en échange de la transparence et de la publication de ses résultats, le brevet peut aussi devenir source de restriction pour l'accès aux soins étant donné qu'il impose une licence pour l'utiliser et donc le paiement de droits au titulaire de ce brevet. [...] ».

- Un brevet est essentiellement un droit « négatif » qui n'accorde que des droits sur une invention et notamment le droit exclusif de permettre ou non à des tiers de mettre en application cette invention. L'attribution d'un brevet n'est rien d'autre *in se* que l'extériorisation d'un contrat social entre la société et l'inventeur, ce dernier faisant connaître son invention et la mettant à la disposition de la société en échange d'une exclusivité juridique. Si un brevet est octroyé, cela implique d'une certaine manière qu'il s'agit de quelque chose de souhaitable à la lumière de l'intérêt supérieur de la société et, en particulier, de la poursuite du développement de la technique et de la science.
- Il est important de constater que la législation sur les brevets exige que les objets ou méthodes brevetés aient une application industrielle et disons-le commerciale. Par conséquent, lorsque la loi autorise des brevets ayant pour objet une partie du corps humain, la commercialisation de cette partie du corps humain ne constitue pas un effet secondaire non souhaité ou toléré de cette législation mais elle en fait précisément l'objet. Ceci n'implique pas que le brevetage de matériels corporels humains, qui s'opère à grande échelle ces dernières années, ne pose pas de problème. Cette pratique soulève bien des objections de nature éthique, ainsi que bien des inquiétudes eu égard aux effets négatifs possibles sur le progrès scientifique et technologique dans le domaine biomédical³¹.

I.4. Conclusions juridiques

Dans l'état actuel de la législation, trois constatations peuvent être faites.

1.

Il existe une interdiction générale de commercialisation lucrative du corps humain et de ses éléments ou produits. Cette interdiction est surtout posée en tant que principe issu de l'indisponibilité et de l'extra-patrimonialité du corps. Elle fait rarement l'objet, en tant que telle, d'applications ou de précisions dans la *législation bioéthique* actuelle.

2.

En revanche, diverses législations bioéthiques spécifiques prévoient, pour des parties du corps humain (isolées) bien précises, des actes juridiques spécifiques qui peuvent déboucher sur une circulation contrôlée de celles-ci, en dehors de tout profit, et sur des applications commerciales dérivées, (in)directes ou sur lesquels viennent se greffer de telles applications (e.a. pour les brevets).

Force est de constater que le développement rapide des biotechnologies dans le courant des dernières décennies, avec entre autres comme conséquence la fragmentation du corps humain et l'utilisation de ses parties à des fins thérapeutiques ou de recherche, a engendré une multiplication de ces lois particulières.

Ces éléments expliquent deux positions au sein du Comité.

³¹ Heller, M. et Eisenberg, R. (1998), "Can patents deter innovation? The anticommons in biomedical research", *Science*, 280, 698.

Certains membres pensent que les articles 6, 1128 et 1598 du Code civil et leur interprétation traditionnelle suffisent pour affirmer un principe d'indisponibilité et de non commercialisation du corps humain, de ses parties et produits. Ils avancent que l'exigence posée par ces lois particulières en matière notamment de consentement encadre précisément l'autonomie du sujet quant à la disposition de son corps et reflète clairement le principe d'indisponibilité et de non commercialisation du corps, de ses éléments et de ses produits.

D'autres membres du Comité par contre pensent qu'il n'est plus exact de brandir un principe général d'indisponibilité du corps humain qui ne concorde plus avec le droit positif constitué notamment des lois particulières précitées, ni avec l'éthique d'autonomie et d'autodétermination qui caractérise de plus en plus le droit biomédical moderne. L'interdiction de tout profit, de toute commercialisation lucrative des éléments ou produits du corps signifie que ceux-ci ne sont pas dans le *marché*. Ils sont en revanche dans le *commerce* au sens juridique général de ce terme, puisqu'ils peuvent être détachés de la personne et circuler dans le cadre d'un acte juridique³² moyennant son consentement éclairé, révocable ou modifiable en permanence, et avec, selon le cas, d'autres garanties juridiques, éthiques et sanitaires.

Ces membres recommandent dès lors de lever toute ambiguïté juridique par l'introduction dans notre arsenal juridique de principes explicites régissant le corps humain, ses parties et produits³³.

3.

L'interdiction générale de commercialisation implique en tout cas l'interdiction absolue de trafic (commerce lucratif) international du corps, des organes et tissus.

II. CONSIDERATIONS ETHIQUES

Au sein du Comité, trois positions se dessinent à propos de la problématique de la levée du principe de non-commercialisation de parties du corps humain. Elles sont soutenues par des arguments de nature déontologique et/ou conséquentialiste. L'une est favorable à la levée de l'interdiction de la commercialisation – voir point II.1. – les deux autres y sont défavorables – voir points II.2. et II.3.

II.1. Position favorable à une commercialisation régulée de parties du corps humain

Certains membres du Comité se retrouvent dans les écrits suivants :

« Il est manifeste que des sentiments très forts opposés à la commercialisation d'organes colorent chaque aspect du débat, en donnant du poids à des arguments dont la non-pertinence n'échapperait à personne dans des circonstances neutres. » (J. Radcliffe Richards,

³² Le don le plus souvent (ex. pour le sang, les organes, le sperme, les ovocytes), ou un acte *sui generis* quand on vise par ex. un volontaire sain acceptant de se prêter à une expérimentation.

³³ A l'instar de ce qui s'est fait en France où les articles 16-5 et 16-9 du Code civil édictent les principes selon lesquels les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles et aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte – on peut ajouter la cession - de produits de celui-ci. On peut considérer qu'il existe en doctrine française une unanimité quant à cette exigence.

“Commentary. An ethical market in human organs”, *Journal of Medical Ethics*, 2003, 29, p. 139-41)³⁴.

« Le système actuel d’approvisionnement en organes, qui repose sur le don, est inadapté aux besoins présents et futurs en matière de reins transplantables. La disparité grandissante entre l’offre et la demande s’accompagne d’un coût humain considérable. J’affirme qu’un marché régulé impliquant des donneurs vivants est la seule solution plausible et que les objections généralement avancées par les opposants peuvent être aisément démontées. » (Benjamin E. Hippen, “In defense of a regulated market in kidneys from living vendors”, *Journal of Medicine and Philosophy*, 2005, 30:593-626)³⁵.

II.1.1. Vendre versus ne pas vendre

La commercialisation de parties du corps humain devrait-elle être autorisée ou interdite? Les partisans et les opposants à la vente de tissus ou d’organes humains soutiennent des arguments soit de type déontologique, soit de type conséquentialiste³⁶.

Envisageons d’abord les arguments des adversaires de la commercialisation. Bien que les attitudes envers la vente d’organes se soient quelque peu assouplies depuis quelques années, la majorité du public et des professionnels de la santé y est encore peu favorable. Les opposants les plus nombreux sont des déontologues qui voient la vente de parties du corps comme un mal en soi et la font dès lors tomber dans la catégorie de l’interdit. Parmi les opposants, il y a aussi ceux qui, bien qu’ils ne soulèvent pas d’objection de principe à la vente, estiment que des conséquences anticipées défavorables (susciter l’exploitation, décourager l’altruisme, dissuader la donation,...) excéderaient ses conséquences anticipées favorables.

Du côté des partisans de l’autorisation de la commercialisation, on retrouve une dichotomie analogue. Pour les déontologues, et indépendamment de ses conséquences anticipées, la vente devrait être permise, parce que l’interdit violerait le droit fondamental d’auto-propriété: c’est la position libertarienne. Les conséquentialistes justifient l’autorisation de la vente pour mettre fin à la situation de pénurie inhérente à la non-commercialisation.

Nous pensons que la commercialisation du corps est une question complexe qui doit être replacée dans le cadre général de la problématique bioéthique relative au corps humain. Cette dernière concerne la légitimité et les conditions de l’objectivation et de la manipulation à visée thérapeutique ou non des corps et des parties des corps par la biomédecine au sein

³⁴ “It is clear that strong feelings against organ selling colour every aspect of the debate, giving apparent weight to arguments whose inadequacy nobody could miss in neutral circumstances.” (texte original)

³⁵ “The current system of organ procurement which relies on donation is inadequate to the current and future need for transplantable kidneys. The growing disparity between demand and supply is accompanied by a steep human cost. I argue that a regulated market organs from living vendors is the only plausible solution and that objections common to opponents are defeasible.” (texte original)

³⁶ Par déontologues, on entend les tenants d’une position de principe « pour » ou « contre » la commercialisation et qui ne pèsent pas les conséquences qu’implique cette position contrairement aux conséquentialistes qui se déclarent favorables ou défavorables à la commercialisation après en avoir pesé les effets positifs et négatifs.

de sociétés pluriculturelles à économie de marché. Les théories spéculatives relatives aux normes éthiques ont des conséquences pragmatiques. Elles doivent être évaluées en fonction de leurs conséquences sur l'action, et plus précisément sur les effets qu'elles entraînent sur les personnes et sur la pratique biomédicale.

II.1.2. Modèle pragmatique versus modèle classique

Dans une perspective pragmatique, la principale raison pour admettre la commercialisation des organes est d'en accroître la disponibilité. On a ainsi assisté au cours de ces dernières années à un adoucissement de l'opposition à la non-commercialisation. En 1998, l'International Forum for Transplant Ethics considérait déjà que le commerce des organes devrait être régulé plutôt qu'interdit.

En 2002, l'American Medical Association envisagea l'idée de stimulations financières pour encourager le prélèvement d'organes sur des cadavres. Il convient donc de prendre en compte les arguments de ceux qui, de plus en plus nombreux, sur base de raisons pragmatiques visant à minimiser la souffrance humaine ou sur base de considérations philosophiques concernant le statut du corps, considèrent que le corps ne devrait pas rester "hors marché". Appelons, par convention, "**modèle classique**" le système actuel de gestion basé sur le don et la collectivisation des organes. Appelons "**modèle pragmatique**" le nouveau système à définir basé sur une gestion privatisée répondant à tous les critères de professionnalisme en matière de santé. Et analysons les arguments pragmatiques de ceux qui considèrent que le nouveau modèle libéral pourrait avantageusement remplacer ou compléter le modèle actuel³⁷. Les arguments avancés en faveur d'une commercialisation régulée du corps dans certaines circonstances sont nombreux.

II.1.3. Abondance du marché versus pénurie du don

La commercialisation du corps permettrait de mettre fin à certaines situations de pénurie et de remplacer au moins partiellement des pratiques illégales et clandestines par un marché légal et officiel³⁸. Il est urgent de mettre un terme à une situation de pénurie globale en organes et parties du corps humain qui persiste depuis de nombreuses années et s'aggrave d'une année à l'autre.

Au cours de l'année 2005 en France, 12000 personnes ont eu besoin d'une greffe, mais seulement 4200 greffes ont pu être pratiquées et 180 personnes sont décédées faute de greffons. Au 31 décembre 2005, environ 7000 personnes étaient inscrites depuis plus de 12 mois sur la liste d'attente pour une greffe.

Dans le monde, on estime que 700.000 patients sont en dialyse rénale.

³⁷ Voir à ce sujet: Hottois, G., « Corps humain » in Hottois, G. et Missa, J.-N., Nouvelle Encyclopédie de bioéthique, De Boeck, 2001, p. 243-252; Hermitte, M.-A., « Commercialisation du corps et de ses produits » in Hottois, G. et Missa, J.-N., Nouvelle Encyclopédie de bioéthique, De Boeck, 2001, p. 207-213.

³⁸ Kishore R.R., "Human organs, scarcities, and sale: morality revisited", *Journal of Medical Ethics*, 2005, 31, p. 362-5. "The worldwide shortage of kidneys from cadavers has resulted in illicit organ sales and even kidnapping and murder of children and adults to 'harvest' their organs" (Siegel-Itzkovitch, J., "Israel considers paying people for donation a kidney", *British medical Journal*, 326, 2003, p. 126-7 — cité par R.R. Kishore, op. cit.).

Aux Etats-Unis en 2004, 86.000 personnes étaient en attente d'un organe. Chaque jour, 17 patients mouraient, faute d'avoir reçu un organe à temps. En moyenne, 115 personnes par jour s'ajoutent à la liste d'attente nationale, une toutes les treize minutes.

L'Inde, à elle seule, compte 100.000 nouveaux patients chaque année mais seulement 3.000 reçoivent une greffe.

En Europe de l'Ouest, 40.000 patients attendent un rein, seuls 10.000 sont greffés.

Au Royaume-Uni, en 2002, 667 personnes ont donné des organes, 2.055 en ont reçu mais 5.165 étaient toujours en attente d'une greffe³⁹.

Une pénurie relative en spermatozoïdes et ovocytes humains est constatée dans les pays qui s'en tiennent à une politique de non-commercialisation du corps humain. Ces données montrent clairement que la crise est majeure, et que les conséquences de la non-commercialisation sont gravement dommageables en termes d'attentes, de souffrances et de morts inutiles.

Cette pénurie persistante en organes, tissus et cellules humaines a conduit certains médecins, philosophes ou responsables de santé publique à envisager la commercialisation des parties du corps humain. La commercialisation de certaines parties du corps est de plus en plus souvent envisagée et son principe a déjà été admis par certains groupes de réflexion. Ainsi, par exemple, dans "*The Bellagio Task Force Report on Transplantation, Bodily Integrity, and the International Traffic in Organs*"⁴⁰ rédigé par une équipe internationale d'éthiciens, on peut lire: « Plus la task-force s'est attachée à examiner de façon approfondie la problématique de la vente d'organes, plus la question s'est avérée complexe. Par exemple, la vente de parties du corps est déjà tellement répandue que la raison justifiant l'exclusion des organes 'solides' n'est pas si évidente. Nombre de pays autorisent la vente de sang, de sperme et d'ovules. Il existe également un commerce international de parties du corps cadavériques à des fins de formation et de recherche médicales et les entreprises pharmaceutiques achètent de grandes quantités de tissus à des fins commerciales. D'autres entreprises achètent et vendent ouvertement des tissus tels que la dure-mère (*dura mater*) et l'aponévrose fémorale (*fascia lata*). (...) La task-force Bellagio a pesé toutes ces considérations et n'a trouvé aucun principe éthique indiscutable qui justifierait l'interdiction de la vente d'organes en toutes circonstances. »⁴¹.

II.1.4. Marché d'organes et de tissus humains

De nombreux auteurs ont défendu récemment l'idée de la commercialisation⁴². Dans un article intitulé *An Ethical Market in Human Organs*, Charles Erin et John Harris proposent la

³⁹ Source de ces chiffres: voir supra note bas de page n°2.

⁴⁰ Voir D.J. Rothman, Rose, E., Awaya, T., Cohen, B., Daar, A., Dzemeshevich, S.L., Lee, C.J et al., *The Bellagio Task Force Report on Transplantation, Bodily Integrity and the International Traffic in Organs, Transplantation Proceedings*, 29, 1997, p. 2739-45.

⁴¹ "The more deeply the Task Force examined the sale of organs, the more complex the issue became. For example, the sale of body parts is already so widespread that it is not self-evident why solid organs should be excluded. In many countries, blood, sperm and ova may be sold. So too, an international trade exists in cadaveric body parts for medical education and research and pharmaceutical companies purchase large quantities of tissue for commercial purposes. Other companies openly purchase and sell tissue such as dura matter and fascia lata. (...) The Bellagio Task Force weighed all these considerations and found no unarguable ethical principle that would justify a ban on the sale of organs under all circumstances." (texte original)

⁴² Voir, par exemple, R.R. Kishore, Human organs, scarcities, and sale: morality revisited, *Journal of Medical Ethics*, 2005, 31, p. 362-5; Erin, C.A., J. Harris, An ethical market in human organs, *Journal of*

création d'un marché d'organes et de tissus humains (moelle osseuse, gamètes, matériel génétique...)⁴³. La raison majeure d'un tel marché serait d'accroître la disponibilité des organes en réponse à une demande non satisfaite, qui entraîne des dizaines de milliers de morts par an dans le monde. Le modèle proposé par Erin et Harris n'est pas strictement libéral⁴⁴. Ils considèrent que le marché des organes devrait être strictement régulé afin de constituer, ce qu'il appelle, un "marché éthique". Selon eux, cinq règles devraient contraindre le fonctionnement du marché.

1. Le marché serait confiné à une zone géopolitique auto-gouvernée (comme un Etat-nation ou l'Union Européenne par exemple).
2. Seuls les citoyens résidant dans ces entités géopolitiques seraient autorisés à vendre leurs organes et seuls eux-mêmes ou leurs proches pourraient les recevoir.
3. Toute vente d'organes devrait passer par l'intermédiaire d'une agence d'achat étatique qui redistribuera les organes "selon une conception équitable des priorités médicales". L'interdiction des transactions privées permettrait d'éviter l'exploitation de la population des pays à bas niveau de revenus.
4. La qualité des organes devrait être testée (HIV, hépatite...), leur provenance devrait être affichée, et des pénalités sanctionneraient toute infraction à ce sujet.
5. Le prix des organes sur le « marché éthique » devrait être tel qu'il pourra attirer les vendeurs potentiels qui seraient ainsi raisonnablement compensés des risques qu'ils encourent.

Erin et Harris n'invoquent pas le droit de propriété. Ils défendent un conséquentialisme de bon sens. La vente devrait être légalement autorisée parce que si elle continue à être interdite (comme c'est le cas en Grande-Bretagne, en Belgique et dans la plupart des pays), alors des milliers de receveurs (acheteurs) potentiels mourront en conséquence. Si le législateur ne voyait pas d'objections de principe à autoriser la vente d'organes, il devrait être disposé à ne pas mettre plus d'obstacles à cette vente qu'il n'est nécessaire. Il lui faudrait alors déterminer, non en termes philosophiques, mais en termes empiriques — et extrêmement complexes — de coûts (de conséquences anticipées néfastes) / bénéfiques (de conséquences anticipées favorables), si les avantages du marché contrôlé l'emportaient sur ceux du marché libre. Selon Erin et Harris, ce dernier aurait de nombreuses conséquences néfastes. C'est pourquoi ils proposent d'interdire toute vente d'organes dérégulée, et suggèrent comme alternative un marché régulé (c'est-à-dire restrictif) conçu de manière à empêcher de telles conséquences du marché libre de se manifester.

Erin et Harris ne sont pas les seuls à avoir proposé la solution d'un marché régulé. Le néphrologue américain Benjamin Hippen défend lui aussi l'idée d'un marché d'organes reposant sur quatre caractéristiques: 1. la priorité des critères de sécurité sanitaires pour les vendeurs et les acheteurs; 2. la transparence à l'égard des risques encourus; 3. l'intégrité institutionnelle basée sur un code de bonnes pratiques cliniques et commerciales; 4. l'action

Medical Ethics, 2003, 29, p. 137-8; Hippen, B.E. In defense of a regulated market in kidneys from living vendors, *Journal of Medicine and Philosophy*, 30, 2005, p. 593-626; Veatch, R.M., Why liberals should accept financial incentives for organ procurement, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 13, 2003, p. 19-36; Gill, M.B., and Sade, R.M., Paying for kidneys: The case against prohibition, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 12, 2000, p. 17-45; etc.

⁴³ Erin, C.A., J. Harris, An ethical market in human organs, *Journal of Medical Ethics*, 2003, 29, p. 137-8.

⁴⁴ Par "libéral", on entend "favorable aux libertés individuelles".

dans un cadre légal. Le bioéthicien Robert M. Veatch estime lui aussi que les libéraux devraient accepter l'idée d'un marché des organes.

La solution de Erin et Harris peut être critiquée d'un point de vue libéral. Certains considèrent que cette solution est trop restrictive et que le confinement du marché à une zone politique auto-gouvernée semble peu réaliste dans un monde globalisé⁴⁵. C'est le cas de J. Radcliffe Richards, qui dans un commentaire critique de l'article de Erin et Harris, affirme⁴⁶ : « Une fois que l'on va au-delà de l'idée que la vente d'organes est une mauvaise chose en soi, on arrive sur un terrain jalonné de questions empiriques hautement complexes et il ne sert à rien que des philosophes (ou n'importe qui d'autre, d'ailleurs) s'engagent dans des spéculations de salon à leur propos. Reconnaître la façon dont cette proposition s'intègre dans le débat global suggère cependant des pistes quant aux types de questions qu'il faudrait poser à cet égard. Si l'on suppose qu'interdire purement et simplement la vente d'organes est une mauvaise chose, parce que des vies seront perdues et que des personnes adultes se verraient privées d'une option qu'elles choisiraient si elles le pouvaient, on peut supposer, pour la même raison, qu'il est mal de limiter la vente d'organes. Dès lors qu'on admet que l'hypothèse par défaut est favorable à une telle transaction, on devrait hésiter à entraver les ventes plus que de raison. »⁴⁷.

Il n'est certes pas souhaitable qu'il y ait transfert d'organes à sens unique des pays pauvres vers les pays riches. Toutefois, cette seule considération ne permet pas de résoudre le problème. La quasi-totalité du commerce international pourrait être soumise à cette objection d'exploitation, mais la limitation des transferts entre pays pauvres et pays riches serait fort probablement plus préjudiciable aux premiers qu'aux seconds. Ne vaudrait-il pas mieux essayer d'améliorer les conditions de transfert (par exemple, en précisant le montant de compensation "raisonnable" plutôt qu'en interdisant tout libre transfert) ?

L'idée d'une agence étatique ou supranationale qui aurait un monopole de droit sur l'achat et "la redistribution équitable des organes en fonction des priorités médicales" n'est pas nécessairement l'idée la plus judicieuse si on adopte l'idée du marché. Quelle serait la justification morale d'interdire à quiconque d'exercer son droit d'autopropriété en cherchant à échanger un rein, des cellules souches ou des gamètes contre de l'argent? En fait, il ne semble y avoir aucun argument irréfutable s'opposant à la commercialisation de parties du corps. Les opposants à la vente sont généralement des déontologistes considérant que la commercialisation constitue un mal en soi. Dans cette perspective, la commercialisation est "contraire à la dignité humaine" et "viole les idéaux d'égalité". Des auteurs comme RR

⁴⁵ Voir par exemple la critique que J Radcliffe Richards oppose à John Harris: Radcliffe Richards, J., *Commentary An ethical market in human organs*, *Journal of Medical Ethics*, 2003, 29, p. 139-41.

⁴⁶ Radcliffe Richards, J., *Commentary An ethical market in human organs*, *Journal of Medical Ethics*, 2003, 29, p. 139-41.

⁴⁷ "Once you get beyond the idea that organ selling is wrong in itself, you are into the terrain of highly complex empirical questions, and there is no point in philosopher's (or anyone's) engaging in armchair speculation about them. Recognition of how this proposal fits into the debate as a whole does suggest, however, the kinds of question that should be raised about it. If it is presumptively bad to prevent sales altogether, because lives will be lost and adults deprived of an option some would choose if they could, it is for the same reason presumptively bad to restrict the selling of organs. Once you recognize that the default presumption is in favor of any such transaction, you should be reluctant to prevent any more sales than necessary." (texte original)

Kishore ou J. Radcliffe Richards ont pris la peine de réfuter les arguments des déontologistes tout en invitant à adopter des solutions pragmatiques. Lisons par exemple Kishore: « Malgré l'existence de lois sévères et extrêmement précises, la plupart des juridictions sont incapables de mettre un frein au trafic d'organes. Elles ne sont pas davantage en mesure de fournir des organes à ceux qui en ont besoin. Des enlèvements et des meurtres d'enfants et d'adultes sont commis pour 'récolter' leurs organes. Des millions de personnes souffrent, non pas en raison de la non-disponibilité des organes mais parce que la 'moralité' ne les autorise pas à avoir accès à ces organes. Les arguments opposés à la vente d'organes se fondent sur deux points de vue largement répandus : (1) la vente est contraire à la dignité humaine, et (2) la vente viole le principe d'égalité. Ces objections (...) sont un signe de paternalisme moral plutôt que de pragmatisme. D'aucuns affirment que le corps humain vivant constitue une source d'approvisionnement vitale en organes et tissus et qu'il faudrait explorer les possibilités assurant son utilisation optimale. La commercialisation devrait être réfrénée, non pas en privant une personne de ses besoins réels, mais en assurant l'efficacité des organismes d'exécution en charge du contrôle. »⁴⁸⁴⁹.

II.1.5. Autres raisons de ne pas s'en tenir à une éthique du don

L'éthique du don produit des effets pervers.

Elle engendre difficultés d'obtenir la partie du corps désirée, attentes et frustrations... La non-commercialisation entraîne une inégalité de fait. En effet, la non-commercialisation n'est imposée qu'à ceux qui n'ont pas accès à un pays extérieur ouvert au marché (ou à un marché clandestin parallèle) des parties du corps. Les plus favorisés auront toujours la possibilité de s'envoler dans un pays qui accepte ou tolère le marché d'organes ou celle de trouver un intermédiaire mafieux pour se procurer à prix d'or la partie du corps qu'ils convoitent. Le système du don engendre donc une situation paradoxale. Tout en se

⁴⁸ R.R. Kishore, Human organs, scarcities, and sale: morality revisited, *Journal of Medical Ethics*, 2005, 31, p. 362-5.

⁴⁹ "Despite stringent and fine tuned laws most jurisdictions are not able to curb organ trafficking. Nor are they able to provide organs to the needy. There are reports of the kidnapping and murder of children and adults to 'harvest' their organs. Millions of people are suffering, not because their organs are not available but because 'morality' does not allow them to have access to the organs. Arguments against organ sale are grounded in two broad considerations: (1) sale is contrary to human dignity, and (2) sale violates equity. These objections (...) reflect a state of moral paternalism rather than pragmatism. It is argued that a live human body constitutes a vital source of supply of organs and tissues and that the possibilities of its optimum utilisation should be explored. Commercialisation should be curbed not by depriving a needy person of his genuine requirements but by making the enforcement agencies efficient."

Traduction:

« Malgré l'existence de lois sévères et extrêmement précises, la plupart des juridictions sont incapables de mettre un frein au trafic d'organes. Elles ne sont pas davantage en mesure de fournir des organes à ceux qui en ont besoin. Des enlèvements et des meurtres d'enfants et d'adultes sont commis pour 'récolter' leurs organes. Des millions de personnes souffrent, non pas en raison de la non-disponibilité des organes mais parce que la 'moralité' ne les autorise pas à avoir accès à ces organes. Les arguments opposés à la vente d'organes se fondent sur deux points de vue largement répandus : (1) la vente est contraire à la dignité humaine, et (2) la vente viole le principe d'égalité. ». Ces objections (...) sont un signe de paternalisme moral plutôt que de pragmatisme. D'aucuns affirment que le corps humain vivant constitue une source d'approvisionnement vitale en organes et tissus et qu'il faudrait explorer les possibilités assurant son utilisation optimale. La commercialisation devrait être réfrénée, non pas en privant une personne de ses besoins réels, mais en assurant l'efficacité des organismes d'exécution en charge du contrôle. ».

réclamant d'une éthique de l'égalité et de la solidarité, il ne prive pas les riches de l'accès au "corps commercialisé" mais condamne les pauvres à dépendre de l'amour et de l'altruisme.

De plus, l'éthique de non-commercialisation conduit à des situations ambiguës et à des attitudes hypocrites masquant des pratiques commerciales sous un vocabulaire du don et de l'altruisme.

Ainsi, dans le cas de l'expérimentation clinique avec des volontaires sains, la plupart des essais prévoient « une rémunération » des volontaires au mépris du principe de non commercialisation du corps⁵⁰. Comment faire autrement? Quel est le bénévole qui se présenterait pour réaliser un essai clinique proposé par une firme pharmaceutique ? Pour un débat en profondeur en cette matière, le Comité renvoie aux avis particuliers qu'il a émis ou qu'il va rendre en matière d'expérimentation sur l'homme⁵¹.

D'autres aberrations sont produites par le principe de non commercialisation. Comme Hermitte le relève : « Un système mixte tend à gagner du terrain: le produit brut est donné gratuitement au nom d'un impératif éthique, mais son industrialisation donne lieu à des profits. L'incitation financière resurgit donc en faveur des industriels. On peut se demander si les donateurs accepteront à long terme que l'impératif éthique puisse peser sur la collecte du produit brut, impliquant la gratuité de la matière première, et disparaître dès l'entrée des dérivés du produit dans le circuit industriel. Les commentateurs qui tentent de justifier ce tour de passe-passe sont conduits à des raisonnements sophistiques. »⁵².

Ce qui frappe dans le système de non-commercialisation c'est que le seul à ne pas être rémunéré est le donneur. Les chirurgiens et l'équipe médicale sont payés, les personnes travaillant pour l'agence de transplantation sont payées, le seul à ne tirer aucun bénéfice du transfert est le donneur lui-même.⁵³ Ajoutons encore que le bénévolat et la morale de la bonne intention ne sont pas les meilleurs garants de la qualité et de la sécurité physiques des échanges de parties de corps. Il semble en effet plus difficile d'imposer des exigences à un donneur bénévole. On peut considérer qu'une personne liée par un contrat commercial acceptera mieux l'enquête médicale approfondie nécessaire à la sécurité des parties du corps impliquées dans la transaction.

II.1.6. La liberté de commercer : un élément essentiel de la dignité humaine

L'argument déontologique préféré des opposants à la commercialisation, selon lequel la commercialisation de parties du corps serait contraire à la dignité humaine ne résiste pas à l'analyse. Soulignons d'abord que la notion de "dignité humaine" est une notion très confuse

⁵⁰ Voir Prescott, H.M., Using the student body: college and University students as research subjects in the United States during the Twentieth Century, *Journal of the History of Medicine*, 57, 2002, p. 3-38.

⁵¹ Voir avis n°13 du 9 juillet 2001 relatif aux expérimentations sur l'homme et l'avis n°31 du 5 juillet 2004 relatif aux expérimentations impliquant des femmes enceintes et allaitantes.

⁵² Hermitte, M.-A., Commercialisation du corps et de ses produits, in Hottois, G. et Missa, J.-N., *Nouvelle Encyclopédie de bioéthique*, De Boeck, 2001, p. 207-213. Voir aussi sur ce sujet le dossier rédigé par Rebecca Slood, *Body-stuff politics. taking the least of you*, *The New York Times Magazine*, April, 16, 2006, p. 38-45. "Those blood and tissue samples you routinely give — where are they? who owns them? What are they being used for? And how come you don't know".

⁵³ Erin, C.A., J. Harris, An ethical market in human organs, *Journal of Medical Ethics*, 2003, 29, p. 137-8.

du point de vue philosophique. Le contenu du concept de dignité humaine varie en fonction des valeurs éthiques que l'on défend. Ce concept n'aide certainement pas à clarifier le débat éthique. En réalité, le lien entre le concept de dignité humaine et l'interdiction de commercialisation du corps n'a pas de fondement rationnel. Il est sous-tendu par des considérations intuitives ou émotionnelles qui ne sont pas universalisables. Mais si on s'obstina à l'utiliser, on pourrait défendre l'idée que le concept d'autonomie doit jouer un rôle essentiel dans la notion de "dignité humaine". Certains philosophes ont considéré que la notion d'échange et de marché était au coeur même de la notion de dignité humaine. Pour Adam Smith, c'est la poursuite de l'intérêt personnel à travers l'échange et le commerce qui distingue l'homme de l'animal et lui confère sa dignité spécifiquement humaine: «Nobody ever saw a dog make a fair and deliberate exchange of one bone for another with another dog. ».

Dans cette conception, la liberté et, en particulier, la liberté de pratiquer le commerce, y compris celui de parties de son propre corps, sont indissociables de la dignité de l'homme. La commercialisation assure un meilleur respect de la liberté des individus et de leurs droits sur leur corps. Dans la tradition héritée de Locke, l'individu est propriétaire de son propre corps et doit pouvoir en disposer librement. A l'opposé, le principe de non-commercialisation est paternaliste dans la mesure où l'imposition de son application conduit à une situation où la volonté générale — ou celle des représentants de l'institution chargée d'assurer la répartition des organes — prime sur la liberté individuelle (en l'occurrence, la liberté de disposer de parties de son corps). Ce principe est paternaliste dans la mesure où il préfère à l'autonomie une bienfaisance que la collectivité impose. De plus, ce principe de non-commercialisation est bio-politiquement orienté puisqu'il contient une suspicion illégitime à l'égard d'un marché qui joue pourtant un rôle si bénéfique dans l'innovation technologique et la prospérité de nos sociétés développées. Le libéralisme ne véhicule pas une éthique égoïste nécessairement limitée à la seule défense des droits négatifs. Bien au contraire. Il existe un libéralisme à visage humain ouvert aux bienfaits du marché mais qui défend également la notion d'égalité, prise au sens d'égalité des opportunités.

Le rapport au corps est une affaire privée et de morale personnelle. L'interdit procède d'une confusion abusive de la morale et du droit. L'idée que mon corps est ma propriété, n'empiète pas sur les libres choix moraux des individus. Elle permet la coexistence des systèmes du don et de la vente. Dans un système de marché, le don reste possible. On pourrait même dire qu'en le rendant libre, le marché renforce la valeur du don. Il est d'ailleurs naïf de croire que l'altruisme, l'amour et la solidarité constituent toujours la principale motivation du don⁵⁴. L'ouverture du corps au marché n'implique pas l'absence de

⁵⁴ Richard M. Timuss, dans son livre *The Gift Relationship* (Pantheon Books, New York, 1971), définit 10 types de donateurs: the paid donor, the professional donor, the paid-induced voluntary donor, the responsibility fee donor, the family credit donor, the captive voluntary donor, the fringe benefit voluntary donor, the voluntary community donor.

(traduction: le donateur rémunéré, le donateur professionnel, le donateur volontaire motivé par la rémunération, le donateur touchant une indemnité de responsabilité, le donateur bénéficiant d'un crédit familial, le donateur volontaire captif, le donateur bénéficiant d'avantages accessoires, le donateur volontaire soucieux du bien de la communauté). Seul le dernier type s'identifie au don altruiste. Diverses motivations sont à la base des autres types de dons.

régulation publique. Cette régulation spécifique devrait s'adapter aux situations particulières et aux types d'éléments du corps impliqués dans la transaction.

II.1.7. Conclusion

L'ensemble de ces considérations amène certains membres du comité à rejeter le principe de non commercialisation et à défendre la possibilité de commercialiser le corps humain. Ces membres considèrent que la question de la commercialisation doit trouver des régulations adaptées et spécifiques en fonction du contexte particulier et de la partie du corps impliquée dans la transaction.

II.2. Position défavorable à la commercialisation - Arguments classiques fondant le maintien d'une stricte interdiction de la commercialisation du corps

D'autres membres du comité défendent le principe de non-commercialisation.

Ils reconnaissent que dans la pratique médicale actuelle, le transfert de matériaux corporels (aussi bien les organes que les tissus) est inhérent à certaines thérapies spécifiques et à des formes bien définies de recherche biotechnologique. En même temps, ils constatent actuellement que dans la morale publique, il y a de fortes réticences vis-à-vis de la 'commercialisation du corps'. Par commercialisation du corps, on entend la mise à disposition et la distribution des matériaux corporels, suivant le principe du marché, les parties impliquées dans cette transaction agissant dans un but lucratif.

Selon ces membres, il convient de maintenir cette réserve dans sa globalité, sur le plan tant d'une éthique procédant systématiquement à partir de principes a priori que d'une éthique prudentielle.

II.2.1. Considérations générales

En fait, cette « interdiction » de la commercialisation du corps repose sur la conviction selon laquelle le corps humain mérite un respect spécifique.

Ce respect concerne en premier lieu le corps en tant que tel, en tant qu'extériorisation de la personne humaine. En respectant le corps d'autrui, on manifeste le respect témoigné à celui ou à celle qu'il/elle est, en tant qu'être humain, en tant qu'être 'animé' vivant une histoire, une identité unique, des désirs et des aspirations qui doivent être considérés comme inaliénables, comme faisant partie de l'autonomie de la personne. C'est sur cette base que dans cette morale publique, par exemple, il existe une profonde indignation morale vis-à-vis de l'exploitation sexuelle et de la prostitution.

Le respect du corps implique également que la manière dont on transfère, dans certaines circonstances, des parties du corps humain, en particulier des organes, est entourée d'une attitude de respect moral. Dans la mesure où ce transfert d'organe est ou pourrait être menaçant pour le bien-être général de l'individu ou porter atteinte à sa dignité, il n'est pas considéré comme allant de soi. C'est pourquoi on ne prélève pas sans plus un organe chez quelqu'un, à moins d'avoir reçu l'autorisation non seulement de l'intéressé mais aussi de ses

proches, et à condition en outre que ce traitement puisse explicitement apporter la guérison à un tiers ou servir les progrès de la science en tant que telle. La prise en considération d'une utilité médicale et/ou scientifique moralement acceptable est décisive d'après certains, non seulement lors du transfert d'organes mais aussi d'autres matériaux corporels, comme par exemple, les gamètes. En particulier, certains jugent le prélèvement ou la "collecte" d'ovules chez la femme comme moralement acceptable, lorsque cette méthode permet de remédier à un problème de fertilité ou permet à la recherche scientifique fondamentale de progresser. Mais le fait qu'un tel transfert de matériel corporel féminin nécessite une justification montre bien que l'on reconnaît au moins la possibilité d'un dommage moral et d'une atteinte à l'intégrité physique de la femme.

Même un transfert de matériel corporel qui n'implique pas à première vue une atteinte à la dignité, est fréquemment entouré d'un certain scrupule moral. Très souvent, en effet, un tel échange de matériel corporel renvoie indirectement à des relations interhumaines qui, en tant que telles, intègrent également la dignité de la personne humaine, la propre histoire et l'identité de quelqu'un. D'un côté, le sperme, par exemple, est un matériau produit abondamment par le corps masculin et qui peut apparemment être transféré, stocké ou détruit sans poser de problème apparent, sans que la dignité de l'homme en soit affectée. Pourtant, ce même sperme est la source d'une nouvelle vie et, s'il est utilisé dans le contexte d'un traitement réussi de la fertilité, il apporte au moins un lien de sang (proximité génétique) avec un nouvel être humain. De la même manière, certains affirment que le don de sang, dans la mesure où il peut s'agir d'un moyen de sauver une vie dans le cadre de la pratique médicale, renvoie à des relations interhumaines qu'il est préférable de ne pas considérer comme purement instrumentales et commerciales : dans le cadre de la collecte, du stockage et de la transfusion du sang, on induit une forme de transfert de matériel corporel qui vise finalement à sauver une personne humaine et, à ce titre, un poids symbolique particulier pèse sur la relation avec le sang.

Pour cette raison, il n'est pas étonnant que dans la pratique médicale, telle qu'elle s'est concrétisée jusqu'à présent dans le monde occidental en raison d'une longue tradition, le respect moral spontané du corps humain et de la relation avec le matériel corporel soit profondément ancré. La médecine cherche, en effet, à guérir des personnes concrètes, incarnées: elle n'a pas comme seul objectif la guérison du corps, elle vise aussi à guérir une personne, un être humain unique: c'est pourquoi l'on peut parler de la finalité intrinsèquement éthique de la médecine. Le respect du corps et du transfert de matériel corporel est imbriqué au respect de la personne humaine toute entière. C'est pourquoi dans la pratique médicale, il existe jusqu'à présent de fortes réticences morales à l'égard d'une éventuelle commercialisation du corps.

Ces réticences se traduisent par une interdiction de principe de commercialiser le transfert de matériel corporel quel qu'il soit, une interdiction dont nous pouvons dire qu'elle est au cœur de l'attitude *classique* du monde médical en ce qui concerne la question de savoir ce qu'implique le respect de la personne humaine (et de son corps par conséquent). D'après certains membres, il est préférable de maintenir cette interdiction sans restrictions.

Ces membres sont aussi convaincus qu'il est possible d'affiner la réglementation du transfert de matériaux corporels selon des thérapies spécifiques sans sortir de l'interdiction imposée par l'ordre public (l'État). Une telle démarche nécessite non seulement un travail législatif, mais également une bonne information de la population quant à la dimension

socio-éthique de la logique de « don » qui préside au transfert de matériaux corporels.

II.2.2. Le corps en morale publique et en droit

Dans le monde occidental, la vision classique du statut intrinsèquement moral du corps humain se reflète dans la morale publique et la législation⁵⁵. Le corps humain est considéré comme un « bien inaliénable » économiquement parlant : le corps (les parties de celui-ci) ne peut (peuvent) en principe faire l'objet d'échanges commerciaux ni être mis(es) à disposition sur le marché en tant que marchandise⁵⁶. Bien que sur ce point la culture anglo-américaine semble accorder davantage de crédit à l'« initiative » commerciale (par exemple la vente de gamètes via internet), la législation américaine sur le don d'organe ne laisse planer aucun doute : « (...) la législation des États-Unis interdit la vente entre états de différents organes et parties du corps à des fins de transplantation.»⁵⁷. La vente de gamètes entre personnes privées se trouve manifestement dans une zone d'ombre, notamment en raison du besoin d'éclaircissement du statut juridique de ce type de matériel corporel. Sur ce point, il faut toutefois souligner la résolution récemment entérinée par le Parlement européen en faveur de l'interdiction de la commercialisation des gamètes (ovules) en raison des éléments probants témoignant d'une exploitation de jeunes femmes d'Europe orientale. On connaît aussi les pratiques inquiétantes de vente d'organes des prisonniers exécutés en Chine et les pratiques problématiques de ventes d'organes (reins) en Inde et en Iran. Pour ce qui concerne l'Iran, il faut citer la large étude empirique réalisée par Javaad Zargooshi publiée dans la revue « Journal of Urology ». Dans le cadre d'une de ses études, Zargooshi constate notamment que 76% de ceux qui ont vendu leur rein sont d'avis qu'il faudrait interdire la vente de reins et qu'ils n'auraient pas vendu le leur s'ils avaient pu gagner de l'argent d'une autre façon. 75% des personnes interrogées au cours de cette étude affirmaient en outre que les objectifs qu'elles s'étaient fixés en vendant leur rein n'étaient pas du tout rencontrés⁵⁸. D'une autre étude de cas de Zargooshi à propos de vente de reins en Iran, il apparaît que les vendeurs encourent par la suite des problèmes de santé, problèmes qu'ils n'ont pas pu résoudre du fait de leur situation de pauvreté qui ne leur permet pas l'accès aux soins de santé ad hoc. Une grande majorité des vendeurs éprouve en outre ensuite de lourds problèmes psychologiques (surtout dépression et angoisse). 85% des 300 personnes interrogées déclaraient que si elles pouvaient remonter le temps, elles ne vendraient certainement pas leur rein⁵⁹.

C'est une attitude morale fondamentale vis-à-vis de l'être humain en tant que personne incarnée qui est à la base de l'interdiction de la commercialisation du corps humain. Cette attitude n'est pas seulement dictée par la morale publique qui s'est développée historiquement et par le droit, mais elle détermine également les principes éthiques qui, en médecine et en recherche biotechnologique, régissent *actuellement* le transfert de matériel

⁵⁵ Pour ce qui est de la législation belge sur ce point, voir cet avis, point I.

⁵⁶ Pour la notion d'« inaliénabilité » (inalienability), cf.: Margaret Jane Radin, « Market-Inalienability », dans *Harvard Law Review*, vol. 10, juin 1987, n° 8, 1849-1937.

⁵⁷ "[...] the law of the United States prohibits the interstate sale of several organs and body parts for purposes of transplantation (42 U.S.C. 274 (1984)).". Citation de: C.B. Cohen, « Public Policy and the Sale of Human Organs », dans *Kennedy Institute of Ethics Journal*, vol. 12, n° 1, p. 47

⁵⁸ Zargooshi, J. "Iranian kidney donors: motivations and relations with recipients", *Journal of Urology*, 2001, 165, 386-92.

⁵⁹ Zargooshi, J. "Quality of life of Iranian kidney donors", *Journal of Urology*, 2001, 166, 1790-99.

corporel en vue de thérapies spécifiques, notamment dans le domaine de la transplantation d'organes, de la médecine reproductive, des thérapies à base de cellules souches.

C'est pourquoi l'interdiction de la commercialisation du corps humain constitue aujourd'hui une pierre angulaire de l'éthique médicale. Mais ces dernières années, en raison des possibilités médicales accrues, la question d'un assouplissement de cette interdiction s'est posée de plus en plus, ne fût-ce que parce que dans la pratique, elle est trop souvent foulée aux pieds (cf. la zone d'ombre que nous avons évoquée à l'instant) ou parce que l'on constate que les actes médicaux relatifs au transfert de matériel corporel sont indubitablement devenu un « commerce » lucratif⁶⁰. La question est de savoir si une situation (inadmissible) qui s'est développée de fait est une raison légitime de (a) modifier l'attitude morale fondamentale vis-à-vis du corps humain ; (b) d'adapter la législation afin que ce qui est moralement condamnable devienne « légal ».

II.2.3. Dignité humaine et statut symbolique du corps

L'attitude morale fondamentale vis-à-vis du corps humain (sur laquelle repose l'interdiction précitée) est un 'fait primitif' de l'éthique *en tant que telle* et, en ce sens, elle ne peut être étayée davantage. En effet, l'éthique suppose la reconnaissance inconditionnelle de la personne humaine en tant que réalité constitutive de la relation morale entre êtres humains, de la cohabitation dans la société⁶¹. Être constitutif signifie ici: la morale n'est pas envisageable sans accorder à chaque être humain, à chaque personne incarnée, un statut unique, inaliénable. Mais cela signifie aussi que les rapports sociaux entre êtres humains (l'intersubjectivité) sont toujours des relations 'incorporées'. C'est pour cette raison que, dans la morale publique, on reconnaît la dignité inaliénable de la personne humaine, c'est-à-dire du sujet de droit et du « je » moralement responsable, et que cette dignité passe pour ainsi dire automatiquement au corps. La *dignité humaine* en tant que valeur absolue s'exprime de manière spécifique mais essentielle dans le respect inconditionnel du corps⁶². C'est pourquoi, le droit et la morale publique estiment que transformer le corps en *marchandise* (même partiellement) est une atteinte à la dignité de la personne. Toute intervention sur l'intégrité du corps doit rester un événement exceptionnel qui ne peut en fait avoir de place que dans le cadre de la pratique médicale et qui trouve là sa raison d'être. En d'autres termes, les soins médicaux/ thérapies sont le point de départ et la finalité d'un transfert de certaines parties du corps humain. Dans la mesure où la médecine n'est pas considérée jusqu'à nouvel ordre comme une activité économique axée sur le profit et la production de biens, la crainte d'une instrumentalisation du corps (y compris sa commercialisation) est en fait profondément ancrée dans l'ethos médical, quoique de manière souvent implicite.

⁶⁰ Leon Kass, "Organs for Sale? Propriety, Property and the Price of Progress", dans *Life, Liberty and the Defense of Dignity. The Challenges for Bioethics*, Encounter Books, 2002, p. 177.

⁶¹ Cette idée est défendue sous de nombreuses formes dans l'éthique moderne et la philosophie du droit. Kant en incarne une autre illustration plus contemporaine, cf. l'œuvre de Jürgen Habermas et John Rawls.

⁶² Ce que X. Dijon, expert auditionné, appelle « la nécessaire dimension symbolique du corps humain ».

En fait, dans la législation actuelle et dans la morale publique, il existe une attitude profondément enracinée de respect vis-à-vis du corps humain, une attitude qui jadis était surtout étayée par la religion mais qui reste généralement présente dans notre culture sécularisée. Dans le bouddhisme, l'islam, la chrétienté et la culture juive, on admettait généralement que le corps n'est pas simplement un ensemble d'organes, disponibles pour des échanges commerciaux : le corps est en quelque sorte le « temple » de l'âme, l'identité de la personne⁶³.

Cependant, il serait faux de comprendre cette attitude vis-à-vis du caractère sacré du corps comme le produit d'une vision métaphysique (« fausse » selon les empiristes modernes) du statut de la personne. L'attitude vis-à-vis de l'être humain 'possédant une âme' est considérée par Wittgenstein, par exemple, comme une constante anthropologique qui est *préalable* à toute réflexion métaphysique.

II.2.4. L'inaliénabilité du corps - juridique et déontologique

Le droit et l'histoire de la pensée nous livrent de nombreux exemples qui explicitent l'attitude morale fondamentale vis-à-vis du corps humain en montrant l'importance accordée à la dignité intrinsèque et à la signification morale constitutive du corps humain. Les formes de transfert des parties du corps humain et du matériel corporel que permettent aujourd'hui la médecine moderne et la biotechnologie, demandent, il est vrai, un élargissement et une adaptation de la législation et de l'éthique médicale. Pourtant, une telle adaptation ne doit pas être en contradiction avec la reconnaissance de la dignité intrinsèque et de la signification morale du corps.

En droit romain il était communément admis que la personne n'a pas de rapport de propriété sur son propre corps ('dominus nemo membrorum suorum videtur') : le corps est ici une composante de la personne.

Cette notion juridique est toutefois méconnue dans le discours moderne, utilitaire et libéral qui se base notamment sur l'idée que l'être humain peut et a le droit d'avoir un rapport de propriétaire vis-à-vis de son propre corps. Cette conclusion ne va dans le sens ni de la tradition classique du droit naturel, ni du droit naturel moderne.

Chez Kant en tout cas, le rapport sujet/corps n'est pas un rapport de propriété. Face aux droits du sujet de droit autonome (par ex. à la reconnaissance de sa propriété et à sa libre disposition), il y a les devoirs de ce sujet vis-à-vis d'autrui et de lui-même, notamment en tant que personne morale, physiquement incarnée. Kant justifie ce respect du corps en parlant du devoir du sujet rationnel *vis-à-vis de lui-même*. « Se priver d'une partie intégrante de soi-même, en tant qu'elle constitue un organe (se mutiler), par exemple donner ou vendre une dent pour qu'elle soit implantée dans la gencive d'un autre, ou se laisser castrer pour pouvoir mener plus aisément une vie de chanteur, etc..., cela relève du suicide partiel »⁶⁴. Pour Kant, l'être humain est en effet obligé de s'abstenir d'altérer les conditions nécessaires à son existence d'être *nouménal* (sujet moral), et son autopréservation en tant qu'être *phénoménal* (physique) en fait partie. « Le corps fait partie du sujet ; cette cohésion avec le

⁶³ C.B. Cohen, *op. cit.*, p. 59.

⁶⁴ I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, II.I.1, 6.423 [en français : I. Kant, *Métaphysique des mœurs*, II.I.1,6.423 - trad. A. Renaut, Paris,GF,716,p.275].

sujet constitue la personne » (*Vorlesungen über Ethik*)⁶⁵. Aussi l'être humain ne peut-il avoir une relation de propriété avec son propre corps ni en faire une marchandise (même partiellement), dit Kant. « L'être là » *en ce qui concerne* la personne est nécessairement une existence physiquement incarnée : par conséquent, le corps doit être considéré comme une condition *préalable* à tout rapport moral quel qu'il soit (ex. de propriété). Celui qui méconnaît cette condition revient à porter atteinte à son statut d'être moral⁶⁶.

On aurait tendance à penser que chez Hobbes, ce défenseur d'une morale protolibérale purement conventionnelle, le 'right of nature' – qui est illimité dans la situation naturelle – autorise l'être humain à « faire ce qu'il veut » de son corps. Chez Hobbes, le 'right of nature' repose toutefois sur la tendance inconditionnelle à l'autoconservation et à l'automaintien, qui est considérée comme une loi naturelle dans la mesure où l'être humain devrait faire ('ought to do') tout ce qui est en son pouvoir pour assurer sa conservation et accroître son pouvoir. En se basant sur cette idée, chercher à s'affaiblir ou à se fragiliser, par ex. en vendant son propre corps (en tout ou en partie), va à l'encontre de la logique hobbesienne. On peut faire abstraction ici de l'idée de Hobbes, qui dit que l'être humain doit considérer que la propension à l'autoconservation dans et par la coopération avec autrui est basée sur des préceptes *moraux* régulateurs (ce qu'on appelle les deux premières lois naturelles ou lois de la nature) qui seraient même contraignants en tant que 'Divine Law' *in foro interno*⁶⁷, c'est-à-dire suivant la conscience en tant que telle, et auraient dès lors le statut d'obligation inconditionnelle.

Bien que les angles d'approche de Hobbes et de Kant diffèrent considérablement, on constate qu'ils convergent dans l'affirmation de devoirs envers soi-même, notamment en ce qui concerne l'intégrité du corps, ce qui a une incidence directe sur l'inaliénabilité de celui-ci. Cette convergence souligne avec force l'importance de l'attitude morale fondamentale vis-à-vis du corps. Même si cette dernière tend aujourd'hui à être recouverte par des considérations utilitaires et libérales, il s'avère nécessaire de réfléchir à ce que peut signifier aujourd'hui le respect dû au corps dans un contexte historique et social très différent de ceux de l'Antiquité et des 16^e et 18^e siècles. Le droit naturel n'est certes pas un ensemble de vérités transhistoriques. Mais son histoire nous livre des explicitations qui doivent nous interpeller lorsque nous cherchons aujourd'hui à assurer la légitimité du droit positif.

II.2.5. La cession de matériel corporel et la logique du don

Selon la morale publique actuelle, le transfert de matériel corporel humain dans la pratique médicale est conciliable avec la dignité de la personne dans la mesure où ce transfert respecte la valeur morale des relations sociales ou interpersonnelles entre êtres humains.

⁶⁵ Cité dans C.B. Cohen, *op. cit.*, p. 55.

⁶⁶ Cependant, le rigorisme kantien ne tient évidemment pas compte des progrès offerts par la médecine du 20^{ème} siècle : le transfert de matériel corporel en vue de thérapies salvatrices. La pratique du don d'organes au sein des frontières de l'éthos médical ne doit cependant impliquer aucune violation du principe de respect absolu dû à l'égard du corps (respect auquel est également tenu le chirurgien, par exemple).

⁶⁷ Thomas Hobbes, *Leviathan*, Ch. 15, p. 215 (Penguin Edition, avec une introduction de C.B. McPherson, 1985).

*Ce qui est le cas lorsque ce transfert intervient suite à un appel au sens de la solidarité*⁶⁸. Cette interprétation de la solidarité - pour ainsi dire le supplément spontané du respect du corps ! - prend forme concrètement, par exemple, dans le cadre de la pratique du don d'organes *après* un décès ou lors d'interventions relatives à un don de moelle osseuse (pour ne citer que deux exemples). En fait, ici, l'attitude morale vis-à-vis du corps s'inscrit dans une sorte de « *logique du don* », un principe relatif à une production de cohésion sociale qui est aussi vieux que l'humanité même et échappe à la logique du marché, motivée par l'intérêt personnel. La logique du don est aussi le principe structurant pour le transfert de matériel corporel reproductible, comme le sang mais aussi les gamètes. Il faut noter que la *logique du don* n'est pas basée sur une philanthropie naïve ou un amour désintéressé du prochain, mais plutôt sur un sens général de l'humanité qui se traduit même par un 'devoir imparfait' (pour utiliser un concept que Kant entre autres utilise dans d'autres contextes)⁶⁹.

Il est clair qu'on voit ici apparaître un premier élément d'incertitude et de confusion en ce qui concerne la pratique actuelle du transfert de matériel corporel humain - une confusion qui aboutit également à l'apparition de la « zone d'ombre » précitée. En effet :

a) toutes les formes de matériel corporel n'ont pas le même statut : pour l'instant, le don de gamètes n'est pas encore considéré comme évident par la morale publique et il semble devoir faire l'objet de dispositions spéciales (même si certains sont convaincus que le don de gamètes n'a *pas* un statut différent de celui du don de sang, par ex.). En même temps, le don de gamètes en soi n'est pas aussi invasif physiquement parlant pour les donneurs et les receveurs concernés qu'un don d'organes (bien qu'il faille souligner ici la différence entre l'homme et la femme en ce qui concerne l'intervention et le vécu d'un tel don et d'une telle réception). En médecine reproductive (par le don de gamètes), c'est en effet la création d'une *nouvelle personne* qui est en cause (porteuse en principe d'une dignité intrinsèque qui mérite un respect inconditionnel) et, par conséquent, il semble inévitable d'accorder aux

⁶⁸ Voici ce que dit la sociologue médicale américaine Renée Fox: "It is neither accidental nor gratuitous that from its inception, human organ transplantation has been based on the belief that the human body and the extraordinary generosity inherent in donating organs are altogether too precious to be commodified ... Because transplantation is institutionalized around the concept that donation is a gift of life, even though the process involves invading and using the body in ways that violate important taboos, donation has attained high moral status and transcendent meaning. Its very legitimacy and what it stands for derive from its association with the values of altruism, solidarity and community. These are not only the quintessence of the vocation of medicine, but also what it means to belong to human society and to contribute to it in a self-surpassing way." (Renée Fox, , UNOS Update 8 (11), p. 13 (1992). Citée dans : C. B. Cohen, *opus cit.*, p. 60.

Traduction: « Ce n'est ni gratuitement, ni par accident que depuis ses débuts, la transplantation d'organes humains repose sur la croyance que le corps humain et l'extraordinaire générosité inhérente au don d'organes sont trop précieux pour être commercialisés... Parce que la transplantation est institutionnalisée autour du concept selon lequel le don est un cadeau de vie, même si le processus implique une invasion et une utilisation du corps d'une manière qui viole d'importants tabous, le don a acquis un statut moral élevé et une signification transcendante. Sa légitimité même et ce qu'il représente découlent de son association à des valeurs d'altruisme, de solidarité et de communauté. Celles-ci sont non seulement la quintessence de la vocation médicale, elles sont aussi ce que signifient l'appartenance à la société humaine et la contribution à celle-ci en se surpassant soi-même. ».

⁶⁹ Les devoirs sont « imparfaits » lorsqu'ils ne peuvent être imposés mais émanent de la bienveillance de l'individu. On peut dès lors parler d'un « devoir » de solidarité, sans que celui-ci puisse être imposé ou strictement « quantifié » (jusqu'où suis-je redevable envers le tiers-monde ?). Toutefois, dans le domaine du don d'organes, la morale publique peut encourager les gens à se faire identifier comme donneurs potentiels en cas de décès.

gamètes un statut différent du statut du matériel corporel n'ayant rien à voir avec la procréation.

b) le don d'organes qui ne fragilise pas substantiellement la viabilité du donneur semble conforme à la 'logique du don', mais présente malgré tout sa propre structure de légitimité. Dans le cadre de la morale publique, on peut notamment faire appel à la solidarité pour un don d'organes en cas de décès (chacun de nous se sachant 'interpellé' par cet appel en tant qu'appel moral). Mais dans quelle mesure la morale publique peut-elle nous demander de mettre solidairement à disposition notre propre corps au cours de notre vie ? *C'est précisément son caractère non évident qui explique pourquoi on incite des gens à vendre leurs organes pour des motifs « non-moraux » (à savoir dans un but lucratif).* La question qui se pose est de savoir si, dans le cadre du maintien souhaitable de l'interdiction et du renforcement de la 'logique du don', il n'est pas nécessaire d'avoir des règles et des lois supplémentaires pour limiter le don prétendument spontané par des donateurs vivants, précisément pour éviter l'apparition de zones d'ombre. Ainsi, on pourrait admettre un don entre parents ou entre membres d'une famille, ou encore entre des gens qui se connaissent et parviennent à un consentement mutuel à propos d'un don d'organes (ou d'un don de gamètes), moyennant le respect de règles bien définies.

II.2.6. Limites à l'autonomie: la marchandisation de la médecine

Dans la mesure où la médecine est de plus en plus déterminée par la logique économique, la limite entre un don et une transaction économique risque de s'estomper dans les différents domaines où le transfert de matériel corporel fait partie de la pratique médicale. Qui plus est, des voix s'élèvent, surtout parmi les bioéthiciens de tendance utilitariste-libérale, pour que l'on supprime l'interdiction de principe relative à la commercialisation du corps humain, en tout ou en partie. Les arguments en faveur d'une telle libéralisation sont les suivants :

- a) le droit à la libre disposition du corps et le droit à *l'épanouissement maximal du sujet* ;
- b) l'existence de fait d'une *pénurie* d'organes, de gamètes, de tissus dans la pratique clinique (et la recherche ?) ;
- c) la remise en question de principe de la morale publique en vigueur à ce jour, *casu quo* le lien entre l'interdiction de commercialisation du corps et la dignité de la personne humaine. En effet, on y voit une attitude paternaliste qui ne cadre pas avec le pluralisme moral de la société moderne, sécularisée.

Ces arguments sont-ils pertinents ? Que peut-on avancer pour les réfuter ?

a) En appeler à la liberté de pouvoir disposer de son propre corps provient d'une vision morale et politique dans laquelle le sujet est séparé de la dimension symbolique de son existence physique et de l'intersubjectivité en tant que dimension constitutive de sa qualité de personne (ex. appartenance familiale, sexe, identification à une tradition). Pour l'utilitariste libertaire ou le contractualiste, le sujet est un décideur rationnel qui comprend ses propres préférences et peut en principe les suivre sans restriction tant qu'il ne fait de tort à personne. Dans cette optique, une interaction morale est *toujours* conditionnelle, à savoir contractuelle, c'est-à-dire le résultat d'un libre choix. Mis à part le fait que ce concept

du sujet sans contexte (*l'homo economicus solitaire*) est une fiction, il se heurte aussi à d'autres conceptions. En effet, la liberté considérée comme une autodétermination sans restriction est une liberté négative : l'État (la morale publique) doit-il vraiment garantir cette liberté ? Est-ce la clé de voûte du bien commun (*bonum commune*) sur laquelle la morale doit se greffer ? Les préférences des décideurs rationnels 'atomiques' sont-elles toutes aussi rationnelles, c'est-à-dire morales ?

En ce qui concerne l'éventuelle commercialisation du don d'organes, on pourrait au moins se demander si un 'choix libre' en la matière ne servirait pas à couvrir de manière cynique une course au profit irréfléchi ou un comportement dicté par des conditions de vie difficiles, voire sans issue. Il n'est pas surprenant qu'il n'existe *aucune* société ou culture où la morale publique ne fonctionne pas en tant qu'instance normative vis-à-vis des préférences des individus prétendument inacceptables, moralement problématiques ou menaçant le bien commun (*bonum commune*). Si la libre disposition du corps s'applique de manière absolue, l'esclavage 'librement choisi' par exemple est envisageable, tout comme des formes extrêmes de comportement sadomasochiste (ex. le cannibalisme avec consentement mutuel). Dans le même ordre d'idées, dans la pratique médicale, une amputation librement choisie ou une mutilation grave 'de sa propre volonté' serait alors une activité à l'encontre de laquelle on ne pourrait en principe formuler d'objection⁷⁰. Bref, depuis la nuit des temps, la morale publique (par la voix ou non de la jurisprudence) limite l'autodétermination absolue, y compris vis-à-vis du corps, précisément parce qu'elle doit garantir les conditions de possibilité d'une morale publique constructive, développée nécessairement de manière intersubjective et concrètement incarnée (et donc également 'physiquement'). Le respect absolu de certains *éléments*, casu quo corporels, est dans cette optique (paradoxalement) une condition nécessaire à l'autonomie morale et à un véritable épanouissement personnel⁷¹. Il n'est pas exagéré d'affirmer qu'un plaidoyer en faveur d'une libre autodétermination sans limites est en fait un plaidoyer indésirable en faveur de l'affaiblissement de la morale publique en tant que telle quand on l'applique *in concreto* à toutes sortes de sphères de la vie sociale, par ex. l'attitude vis-à-vis de son propre corps et de celui d'autrui. Mettre en question l'inaliénabilité du corps c'est faire de l'*Humanitas* même de l'être humain une valeur relative. D'où déjà en 1970 l'avertissement de Paul Ramsey : « nous ne pouvons nous opposer trop fortement aux « abus potentiellement déshumanisants du marché de la chair humaine ». »⁷².

b) Mais que faire si limiter la liberté aboutit à une *pénurie* de matériel corporel pour des besoins médicaux concrets ? La morale publique ne peut-elle et ne doit-elle pas être adaptée

⁷⁰ Pour de plus amples informations à ce sujet, cf. : Carl Elliott, « Amputees by Choice », dans *Better than Well. American Medicine Meets the American Dream*, Norton & Company, 2003, pp. 208-236.

⁷¹ Cette pensée est également défendue par le démocrate et défenseur social-libéral d'une morale sécularisée Jürgen Habermas. Cf. son ouvrage *The Future of Human Nature*, Polity Press, 2003. Sur ce point, veuillez également consulter X. Dijon, expert auditionné : « Dire que chacun fait ce qu'il veut de son corps, c'est faire violence aux liens qui nous constituent : lien à autrui, lien au corps propre. Parce qu'elle s'exerce dans le regard porté les uns sur les autres, la dignité humaine appelle en effet une reconnaissance commune des conditions corporelle et sociale de notre liberté. Car, encore une fois, nous n'avons pas décidé d'être là, ni dans notre corps, ni dans le lien qui nous lie à autrui. Sans eux, pourtant, nous ne serions pas libres » (italique introduit par le Comité consultatif de Bioéthique) CR 2005/1 - Doc III, 24.

⁷² Paul Ramsey, *The patient as person*, New Haven : Yale University Press, 1970.

pour que l'on réponde à ces besoins ? Le problème consiste à évaluer les objectifs et les valeurs, mais aussi l'efficacité. Il faut faire remarquer en principe qu'une commercialisation du corps relativise d'une manière ou d'une autre l'idée de respect inconditionnel de la personne *dans et par le respect de son intégrité physique*. Cette relativisation a une valeur symbolique publique : elle ne relativise pas seulement la logique du don et n'intègre pas seulement la logique du marché dans la praxis médicale. Elle envoie également un signal à des groupes bien définis (personnes socialement plus fragiles, marginaux, médecins peu scrupuleux) leur disant qu'il peut être avantageux de procéder à des transactions contractuelles sur ce marché. Ceci aboutira sans aucun doute à un glissement en profondeur de l'attitude médecin/patients et de la signification qui est donnée à la médecine en tant qu'activité intrinsèquement éthique. Mais la relation entre le patient et le médecin ne doit-elle pas être avant tout une relation de confiance et de soins et non un engagement purement contractuel, basé sur la logique du marché (client/vendeur) ? Est-il souhaitable que précisément dans l'atmosphère symboliquement chargée du don d'organes (étroitement liée jusqu'à nouvel ordre à un décès tragique), l'appât du gain et la commercialisation fassent librement leur chemin dans la médecine reproductive et dans les thérapies sur les cellules souches qui peuvent éventuellement sauver des vies humaines ? L'argument qui prétend que la situation *de fait* révèle déjà une commercialisation insidieuse n'est pas un argument éthiquement légitime : jadis, l'esclavage était également entré dans les mœurs ! Et l'existence de fait de la prostitution légitime-t-elle l'exploitation de la femme ? *On peut même se demander si dans ce contexte, l'éthique ne doit pas oser aller à contre-courant plutôt que de favoriser les intérêts économiques d'un système médical-scientifique-industriel mondial qui se manifeste de plus en plus.*

Il y a aussi des objections pratiques. On peut craindre à juste titre qu'en cas de commercialisation du corps, la qualité des tissus et organes diminue. Par exemple, mettre effectivement un terme à la pénurie réelle sur le marché des organes nécessitera de toute manière un solide 'marketing' auquel réagiront précisément les personnes socialement plus faibles et les marginaux (qui peut en douter ?). Le plaidoyer en faveur d'un marché limité des organes (Harris) – pour résoudre le besoin de contrôle et garantir la qualité - est peu réaliste étant donné la dynamique intrinsèquement mondialisante du marché. Dans le même ordre d'idée, il est probablement naïf d'affirmer qu'en créant un tel marché *limité*, on fera disparaître la zone d'ombre et les pratiques malhonnêtes. Bien au contraire : lorsque l'on ouvre la porte à la course au profit, on ouvre inévitablement une autre porte qui permet à des trafiquants de partir à la recherche d'un profit encore plus important.

c) Reste l'affirmation selon laquelle le plaidoyer en faveur du maintien de l'interdiction de la commercialisation du corps humain témoigne d'un paternalisme qui n'est plus acceptable aujourd'hui d'un point de vue moral et politique. Il arrive qu'à cet argument on ajoute la suggestion qu'un tel paternalisme prolonge de manière inacceptable la souffrance du malade, victime de la pénurie d'organes et/ou de matériel corporel.

Le reproche relatif au paternalisme suppose qu'au nom de 'l'État neutre' (ou de la neutralité souhaitée de l'espace public), il ne puisse plus y avoir de discussions éthiques présentant un caractère substantiel dans notre société moderne, libérale et pluraliste. L'éthique procédurale de Habermas et Rawls par ex., requiert en effet la séparation entre la demande

d'institutions justes (le domaine du droit) et la demande substantielle d'une vie bonne. Mais tous deux admettent également que des discussions spécifiques à propos de questions morales substantielles doivent nécessairement être alimentées par des arguments, des attitudes et des convictions qui relèvent des traditions morales plus substantielles des groupes et des conceptions de la vie. Comment pourrait-il en être autrement ? En effet, par sa nature même, l'État démocratique libéral est un cadre formel dans lequel des individus et des groupes développent leur existence personnelle suivant leurs propres traditions et leurs visions substantielles de la bonne vie ('the good life'). Des discussions morales dans l'espace public ne peuvent donc qu'être alimentées par ces visions. Le développement concret d'un État démocratique sera toujours historiquement déterminé par ces discussions de fond et par les décisions législatives qui en découlent : l'État parfaitement neutre n'existe tout simplement pas (ce que Rawls et Habermas reconnaissent). Qui plus est, le plaidoyer en faveur d'un État neutre, combiné à une absolutisation de la liberté négative et de l'autodétermination, est même l'expression d'une vision morale particulière qui s'est développée historiquement et remonte à une interprétation spécifique de la pensée des Lumières ou plutôt à son interprétation libertaire au XX^e siècle. Pourquoi des arguments et des intuitions issus de cette dernière vision morale seraient-ils les seuls à avoir une place dans les discussions publiques sur des questions morales substantielles, par ex. dans le domaine de la bioéthique ?

Si réflexion faite et après avoir pesé le pour et le contre, la morale publique, in casu *l'interdiction de principe relative à la commercialisation du corps*, semble cohérente et défendable, il n'est pas souhaitable de réformer substantiellement cette morale sur ce point.

En partant de ces considérations, il est souhaitable, dans les discussions éthico-sociales sur la commercialisation du corps humain, de partir précisément des intuitions et des convictions qui ont *actuellement* encore cours dans la morale publique et auxquelles nous souscrivons, bien que de manière souvent implicite.

La démocratie est alors le lieu où les discussions doivent être menées pour aboutir finalement à une nouvelle législation adoptée à la majorité ou à un maintien de la loi actuelle.

Il y a enfin la question de savoir si l'attitude éthique prétendument 'paternaliste' est aveugle à la souffrance des patients ? En soi, il s'agit plutôt d'un argument malveillant. Comme si la législation actuelle (il est bon de le répéter : *dans laquelle l'interdiction de commercialisation reste jusqu'à nouvel ordre un principe moral fondamental*) n'était pas le résultat d'une pratique médicale et d'une sagesse qui se sont développées au cours des générations ! Ou la suppression de la pénurie - qui apparaît par fatalité (maladie, solidarité insuffisante (ou mal organisée) des concitoyens lorsqu'il s'agit de don) - est-elle le seul bien qui doit être mis en balance avec la dignité humaine et l'exigence de justice ? Autrement dit, la fuite en avant dans la rationalité économico-instrumentale conduit-elle vraiment à la justice ? Ne signifie-t-elle pas plutôt l'érosion d'un fondement de la morale même, à savoir la reconnaissance de la dignité inaliénable de la personne et du droit de tous à un traitement égal, basé sur les soins et la compassion ? Il n'est pas exclu non plus que le plaidoyer en faveur de la commercialisation même relative du corps résulte de la défense des intérêts et de l'appât du gain de certains représentants du monde médical. Concrètement, la suppression de la

pénurie d'organes justifie-t-elle l'apparition d'une injustice vis-à-vis les plus faibles?

II.2.7. Conclusion

Ce n'est pas un hasard si dans la morale publique, on a toujours considéré le corps humain comme faisant partie intégrante de la personne humaine. C'est pour cette raison que le corps est un bien inaliénable, qu'il ne peut devenir un objet d'échange économique et de recherche de profit (ou de commercialisation), mais qu'il mérite un respect moral particulier. À ce jour, dans la morale publique et dans la pratique médicale moderne, ce respect du corps reste à la base de l'interdiction de la commercialisation (du transfert) du matériel corporel, à savoir les organes et tissus. Nous recommandons de maintenir cette interdiction: dans cette interdiction s'exprime la reconnaissance fondamentale de l'unicité de chaque être humain, une reconnaissance qui n'est pas seulement constitutive de l'éthique en tant que telle, mais aussi de la régulation de la pratique médicale et de la recherche. En effet, il est clair que le transfert de parties du corps et de tissus corporels est indispensable à certaines thérapies médicales curatives et à une recherche biomédicale spécifique. Toutefois, il sera toujours préférable qu'une adaptation et une assimilation de la législation, et donc de certains aspects de la morale publique en tant que telle, se fondent sur cette interdiction de la commercialisation et sur l'attitude morale fondamentale vis-à-vis du corps qui s'y reflète. Ce n'est qu'ainsi que la pratique médicale actuelle et la recherche biomédicale pourront continuer à se développer de manière éthiquement responsable et respecter durablement la finalité intrinsèquement éthique de la médecine.

II.3. Position défavorable à la commercialisation: une approche conséquentialiste

II.3.1. Préambule

D'autres membres encore avancent des arguments conséquentialistes contre la commercialisation. Ils tiennent à rappeler que le fondement de toute position bioéthique se trouve d'abord dans le compromis élaboré au sein du débat public, débat que le comité a pour fonction d'éclairer. En ce sens, ils s'écartent de toute position « réaliste »⁷³ selon laquelle il existerait des valeurs *préalables au débat*.

II.3.2. Quelle morale choisir ?

Le débat entre tenants et opposants au principe d'indisponibilité du corps semble opposer, à première vue, une morale *conséquentialiste* (quels bénéfices sociaux peut-on attendre d'une rupture du principe d'indisponibilité) et une morale *déontologique* (le rapport spécifique de la personne au corps n'interdit-il pas, par principe et indépendamment de toutes conséquences sociales, de s'éloigner du principe d'indisponibilité ?).

⁷³ Plus exactement, c'est s'écarter de toute position réaliste « dure » qui considérerait que ces valeurs préalables pourraient être « produites » autrement qu'à travers le débat public.

Les arguments déontologiques échangés s'appuient apparemment tous sur une *conception du corps* dans son rapport à la personne présentée comme une évidence préalable à toute délibération et qui ne pourrait en somme, comme suggéré plus haut, qu'être « constatée ».

A l'inverse, les arguments conséquentialistes avancés semblent considérer comme « paternaliste » toute décision de réduire la liberté de choix de la personne au nom de son propre bien.

La conception du corps défendue dans le débat, pour respectable qu'elle soit, paraît présenter un « noyau dur » inaccessible à la discussion rationnelle (voir point II.2): à ce noyau dur, on adhère ou pas et la discussion rationnelle ne porte que sur les conséquences de cette adhésion initiale. Or, il apparaît que ce « noyau dur » ne fait pas l'unanimité dans notre société,

Symétriquement, l'idée générale que toute décision visant à protéger les personnes contre les conséquences de leurs propres actes est « paternaliste » ne paraît pas résister à l'analyse. Elle fait en effet l'impasse sur toutes les situations où c'est la liberté même de l'individu qui l'expose à la contrainte : le secret du vote est-il une mesure « paternaliste » parce qu'il empiète sur la liberté de chaque citoyen de prouver, s'il le souhaite, pour qui il a voté ? N'est-il pas plutôt une *protection de la liberté réelle* de chacun de voter pour qui il le souhaite ?

Cet argument est probablement reconnu implicitement lorsque, par exemple, dans la partie II.1.4. où l'on défend une « *certaine commercialisation* » et non l'idée d'une commercialisation sans entrave. La question est donc de savoir s'il est possible de défendre d'un point de vue conséquentialiste, non simplement le rejet d'une libéralisation totale du commerce des parties du corps (position qui, semble-t-il, n'est soutenue par aucun membre du Comité) mais, de manière plus exigeante, le maintien du principe d'indisponibilité.

On peut argumenter ce point de vue en deux temps :

- y a-t-il des raisons conséquentialistes de se méfier de la logique marchande ?
- ces raisons sont-elles suffisantes pour justifier le maintien d'un principe d'indisponibilité ?

II.3.3. La suspicion légitime à l'égard du marché

Le marché ne peut être vu seulement comme un mécanisme plus ou moins efficace d'allocations des ressources, domaine dans lequel il est indiscutablement performant. Il remplit au moins deux autres fonctions :

- c'est un mécanisme de distribution des revenus et, plus globalement, des « destins personnels » ;

- c'est un mécanisme de création culturelle: le système marchand, comme le montre très bien, par exemple, Michael Walzer, est un formidable créateur de valeurs morales et culturelles.

Il est possible de reconnaître l'efficacité en règle générale de la fonction *allocatrice* du marché, tout en émettant de sérieuses réserves sur ses fonctions *distributrice* et *culturelle*.

• **Prenons d'abord la fonction distributrice.** Si, dans une relation de marché, sortie de son contexte, chacun semble « gagnant », c'est très souvent au prix de l'occultation des conditions initiales de l'échange. Certes, chacun peut un jour se retrouver suffisamment démuné pour être heureux d'avoir l'occasion de vendre un rein. *Indépendamment des conditions initiales* chacun sera donc satisfait : le donneur (puisque s'il vend « librement » son rein, c'est bien que, de son point de vue, le prix payé est supérieur à la valeur qu'il attache au rein vendu), le receveur (pour la raison symétrique) et éventuellement l'intermédiaire (qui trouve à se faire payer pour son travail). Mais pourquoi le donneur sera-t-il heureux de vendre son rein ? Parce que le fonctionnement de la société de marché ne lui aura pas laissé de solution plus satisfaisante pour répondre à ses besoins vitaux. Imagine-t-on quelqu'un vendre un rein pour, disons, s'offrir une croisière ? Ou, plus prosaïquement, une étudiante vendrait-elle ses ovocytes si elle disposait de toutes les facilités financières lui permettant de faire des études dans une université de renom ?

Diverses **études empiriques relatives au don d'organes**, pour la plupart publiées dans des revues médicales, font ressortir un certain nombre de constats inquiétants.

Les circonstances dans lesquelles les transplantations se déroulent sont souvent loin d'être optimales⁷⁴ et des revues spécialisées renommées relatent des cas de transmission d'infections (e.a. VIH et hépatite), ainsi qu'une mortalité élevée à court terme⁷⁵.

Publiée en 2002 dans le *Journal of the American Medical Association* par quatre médecins, l'analyse de 305 cas impliquant la vente de reins à Chennai (Inde) a notamment révélé ce qui suit : 96 % des intéressés ont vendu leur rein pour rembourser des dettes ; ils ont reçu \$ 1070 en moyenne pour leur rein ; le revenu familial moyen des intéressés a *diminué* d'un tiers après la néphrectomie ; le pourcentage d'intéressés vivant sous le seuil de pauvreté a *augmenté* et est passé de 54 % à 71 % (l'explication réside sans doute dans leur incapacité à travailler en raison de problèmes de santé) ; trois quarts des intéressés étaient encore fortement endettés ; 86 % des intéressés ont déclaré que leur état de santé s'était dégradé après la néphrectomie (pour 48 % des personnes interrogées, il s'agissait même d'un recul de 3 à 4 points sur une échelle de 5) ; enfin, 79 % ont affirmé qu'ils ne conseilleraient jamais à quiconque de vendre un rein⁷⁶.

⁷⁴ Chugh, K.S. & Jha, V., « Problems and outcomes of living unrelated donor transplants in the developing countries », *Kidney Int*, 2000 ; 57 : 131-35.

⁷⁵ Voir Salahudeen, A.K., Woods, H.F., Pingle, A. *et al.*, « High mortality among recipients of bought living-unrelated donor kidneys », *Lancet* 1990 ; 336 : 725-28. Voir aussi Higgins, R., West, N., Fletcher, S. *et al.*, « Kidney transplantation in patients traveling from UK to India or Pakistan », *Nephrology Dialysis Transplantation* 2003 ; 18 : 851. Voir aussi Jha, V., « Paid transplants in India : the grim reality », *Nephrology Dialysis Transplantation* 2004 ; 19 : 541-43.

⁷⁶ Goyal, M. *et al.*, « Economic and health consequences of selling a kidney in India », *JAMA* 2002 ; 288 (13): 1589-93. Voir aussi les recherches de Jarvaad Zargooshi (Iran – cf. supra). Voir aussi Avis n° 43 du 10 décembre 2007 – version définitive

Comme le fait remarquer David Rothman, premier auteur du *Bellagio Task Force report on transplantation, bodily integrity, and the international traffic in organs*⁷⁷ :

« Comme l'a souligné l'économiste et Prix Nobel Amartya Sen, le développement économique est trop aisément corrompu par des notions de 'fausse liberté', telle celle que l'on retrouve implicitement dans le soi-disant droit de vendre un rein. Ces pratiques détournent l'attention des changements structurels vitaux pour moderniser une économie, ou exercent même un travail de sape à cet égard. La vente d'un rein ne sauvera pas plus un individu de la pauvreté qu'elle ne stimulera, globalement, le développement économique. »⁷⁸.

L'efficacité du marché comme mécanisme *allocateur de ressources productives* a donc un coût systématiquement sous-estimé par ses défenseurs : il ne paraît distributivement juste que si l'on fait l'impasse sur les **inégalités** produites par la sédimentation historique des échanges marchands antérieurs. On raisonne ainsi toujours « à la marge » : tout échange est *a priori* juste puisque les échangistes, dans les conditions où ils sont placés, y trouvent chacun leur intérêt. Mais, rendant son avis, le Comité de Bioéthique, ne peut, nous semble-t-il, adopter ce point de vue « marginaliste ». Il ne peut se limiter à se demander si, dans les conditions actuelles, certaines personnes ne seraient pas effectivement désireuses de vendre des parties de leurs corps (et d'autres désireuses de les acheter). Il doit aussi se demander *dans quelle mesure l'abandon du principe d'indisponibilité ne risque pas d'aggraver encore, pour l'avenir, l'inégalité régnant dans les conditions initiales des échanges de ce type*⁷⁹.

C'est cet argument qui légitime, à notre avis sans paternalisme, qu'un pouvoir public puisse restreindre la liberté des personnes « dans leur propre bien » : l'inégalité profonde des rapports de force peut amener des gens à *consentir* à un échange qu'ils refuseraient absolument s'ils étaient dans les conditions pour le faire. Quelle est la part ici, de liberté et de contrainte ? Et à partir de quel seuil de contrainte matérielle dira-t-on qu'une personne n'était pas *réellement* libre de vendre telle ou telle partie de son corps ? Il nous paraît qu'il n'y a pas de réponse dans l'absolu à cette question mais que la réponse dépendra de la façon dont nous apprécions le degré d'injustice des conditions initiales de l'échange.

S'appuyant sur des considérations similaires, la *Bellagio Task Force on transplantation, bodily integrity, and the international traffic in organs* (task-force sur la transplantation, l'intégrité physique et le trafic international d'organes) est arrivée à la conclusion qu'il faut maintenir l'interdiction applicable à la commercialisation d'organes.

Scheper-Hughes, N., « Rotten trade : millennial capitalism, human values and global justice in organs trafficking », *Journal of Human Rights* 2003 ; 2(2) : 197-226.

⁷⁷ D.J. Rothman, Rose, E., Awaya, T., Cohen, B., Daar, A., Dzemeshevich, S.L., Lee, C.J et al., *The Bellagio Task Force Report on Transplantation, Bodily Integrity and the International Traffic in Organs, Transplantation Proceedings* 1997; 29: 2739-45.

⁷⁸ Rothman, D., « Ethical and social consequences of selling a kidney », *JAMA* 2002 ; 288 (13) : 1640-41.

⁷⁹ Ce faisant, il s'agit, au minimum, de passer d'un *conséquentialisme des actes* à un *conséquentialisme des règles*, pour reprendre une distinction souvent faite à propos de l'utilitarisme : on peut imaginer qu'une règle ne produise pas la solution éthiquement la plus acceptable *en toute circonstance* mais que son maintien reste néanmoins jugé *globalement* éthiquement plus acceptable que son abandon.

« La Task-Force a conclu que les inégalités sociales et politiques existantes sont telles que la commercialisation exposerait les personnes impuissantes et démunies à des dangers encore plus grands. Le bien-être physique des populations défavorisées, tout particulièrement dans les pays en développement, se voit d'ores et déjà menacé par toute une série de facteurs, dont les risques liés à une alimentation inappropriée, à un logement insalubre, à l'eau polluée et aux infections parasitaires. Dans pareilles circonstances, ajouter la vente d'organes à cette énumération équivaldrait à exposer un groupe déjà vulnérable à une nouvelle menace pour sa santé et son intégrité physiques.

Étant donné que les personnes qui vendent leurs organes proviendraient exclusivement de groupes économiquement démunis, aucune réglementation ne permettrait d'éviter des abus fondamentaux. La transparence et l'équité ne peuvent donc être garanties. [...]

Tout bien considéré, les inégalités observées au niveau du pouvoir politique et du bien-être social demeurent tellement profondes, la pauvreté et les privations sont tellement extrêmes, que le caractère volontaire de la vente d'un organe est toujours douteux. Le fait que des personnes économiquement défavorisées doivent accepter des risques que d'autres peuvent refuser (travailler dans des conditions dangereuses, par exemple) ne peut davantage justifier d'ajouter encore un danger à ceux qu'elles affrontent déjà. »⁸⁰.

• **Prenons ensuite la fonction culturelle du marché.** A mesure que la relation de marché s'étend dans notre société, elle tend à substituer une rationalité instrumentale et calculatrice à toute autre forme de rationalité dans les échanges humains⁸¹. La relation gratuite tend à disparaître, ce qui est perçu par beaucoup comme une forme de durcissement et de facticité des relations sociales. On sait aussi qu'un certain nombre d'actes gratuits procurent à leurs auteurs une satisfaction qui *disparaît ou, au moins, diminue* lorsque le même acte en vient à être rémunéré⁸². On peut tout à fait admettre que la gratuité et l'authenticité ne justifient pas tout – et qu'elles sont souvent contrefaites, par ailleurs. On peut aussi admettre que la question de l'altruisme est complexe : le don « pur » peut toujours être suspecté d'être affecté d'un « biais » intéressé, ne fût-ce que symbolique⁸³. Il reste qu'on ne peut tenir pour rien la disparition de la notion de gratuité. C'est un coût moral, que chacun évaluera différemment selon sa propre perspective morale mais que l'on ne peut tout simplement escamoter. Oublier le coût dans un calcul coût/bénéfice, c'est faire preuve d'un conséquentialisme pour le moins inconséquent.

Ces arguments sont bien de nature conséquentialiste : tout en reconnaissant la légitimité du marché comme un des modes utiles de régulation des relations sociales, ils insistent sur la nécessité de considérer aussi les **coûts sociaux** impliqués par l'expansion de cette logique au-delà de sa sphère propre. Il reste que, dans notre perspective, ces coûts (durcissement des inégalités, altération des relations humaines) sont à apprécier en regard des bénéfices

⁸⁰ D.J. Rothman, Rose, E., Awaya, T., Cohen, B., Daar, A., Dzemeshevich, S.L., Lee, C.J et al., The Bellagio Task Force Report on Transplantation, Bodily Integrity and the International Traffic in Organs, *Transplantation Proceedings* 1997; 29: 2741-42. (texte original)

⁸¹C'est la critique de l'École de Francfort, réactualisée de manière lumineuse dans *Métamorphose du travail, quête du sens*, d'André Gorz (Paris, Galilée, 1988).

⁸² "Market Justice, Political Justice », *American Political Science Review*, Vol. 80, 383-401

⁸³ Le donneur « purement altruiste » peut par exemple toujours être accusé de bénéficier d'un renfort de l'estime de soi.

engendrés et ils ne peuvent donc justifier à eux seuls un principe général d'indisponibilité du corps humain.

Pour défendre ce point de vue il faut faire un pas de plus.

II.3.4. La boîte de Pandore

La rationalité marchande possède une dernière caractéristique qui milite pour une méfiance de principe : dans nos sociétés libérales et technologiques (cf point II.1), une fois installée dans un domaine, cette logique est difficile à inverser. Le calcul utilitariste est une norme sociale extrêmement puissante qui, une fois logée dans les modes de relations sociales est difficile à déloger : la norme utilitariste fonctionne à la manière d'une crémaillère⁸⁴. Dans le domaine qui nous occupe, elle trouve en outre un allié très puissant dans « l'éthique de curiosité scientifique » qui anime la communauté des chercheurs. Celle-ci, soit dit en passant, fonctionne aussi comme une crémaillère : une fois qu'une technique a été mise au point, on peut tenter de réguler ses usages mais il est beaucoup plus difficile de « l'oublier ». Dans un contexte où, tant la logique marchande que l'éthique de curiosité sont en expansion (et où elles multiplient leur dynamisme en s'associant), il n'est pas déraisonnable de penser que la société ait besoin de limites et, osons le mot de « verrous ».

C'est donc le *risque d'irréversibilité* qui nous fait plaider pour un maintien – au moins provisoire – de l'indisponibilité du corps tant que la société n'aura pas trouvé de meilleurs moyens pour garantir un approvisionnement en organes sans prendre le risque de créer une classe de « vendeurs » et une classe « d'acheteurs ».

Il ne s'agit pas ici de défendre au nom de la justice sociale ou de l'authenticité une indisponibilité du corps *sub specie aeternitatis*. Il s'agit de la défendre *hic et nunc* dans un contexte précis où aussi bien les hommes que les institutions sont souvent dépassés par leurs propres productions et où ils ont largement perdu la garantie de pouvoir défaire ce qu'ils ont fait ou, symétriquement, de pouvoir, le cas échéant, remettre les bornes qu'ils ont déplacées.

Ce qui est donc proposé est une attitude de *prudence*, non d'interdit : il paraît déconseillé d'ouvrir la boîte de Pandore de l'indisponibilité sans possibilité d'inventaire.

II.3.5. Pourquoi le corps ?

L'argumentation générale défendue ici doit encore expliquer la légitimité de cette position par rapport au corps spécifiquement. Elle peut faire l'objet d'une double critique :

⁸⁴ Sur le calcul utilitariste comme norme sociale, on pourra consulter avec beaucoup d'intérêt les travaux déjà anciens du psychologue social Melvin Lerner. Remarquons que, si la norme utilitariste est difficile à déloger, elle est parfois aussi très difficile à installer : ne sous-estimons pas la *violence* qu'il a fallu pour « convertir » certaines populations, que ce soit dans l'histoire occidentale même ou dans la rencontre de l'Occident avec d'autres traditions culturelles.

- d'un point de vue libéral, on pourrait nous demander, puisque nous n'évoquons aucune conception spécifique du rapport entre le corps et la personne, si l'argument invoqué ici n'est pas tout simplement une façon implicite de jeter l'opprobre sur le marché en général.

- d'un point de vue que l'on pourrait qualifier d'« essentialiste », on fera l'objection symétrique : réserver la non-disponibilité au *corps* et non à l'ensemble des biens ne traduit-il pas implicitement l'existence d'une conception philosophique du corps sous-jacente ?

Il nous semble que l'on peut faire une réponse unique à ces deux objections à partir de la notion walzérienne « d'échange bloqué » : la construction d'une justice sociale dans les sociétés complexes requiert (en vertu de nos propres intuitions morales partagées) qu'une série de biens soient soustraits au marché. Un monde dans lequel tous les biens seraient distribués par le marché serait « tyrannique » parce qu'il donnerait à l'argent un pouvoir exclusif sur l'ensemble de nos vies. Inversement, vouloir abolir le marché dans nos sociétés serait nier la complexité et la diversité de nos conceptions du bien, qui requièrent une multiplicité de mécanismes distributifs, parmi lesquels le marché joue un rôle central : « *C'est une chose de vouloir chasser les marchands du temple, c'en est une autre de les chasser des rues* »⁸⁵. Cette négation du marché pourrait aboutir à une tyrannie du politique, qui ne serait pas plus souhaitable.

Dans cette conception du juste, le souci que certains biens échappent à la distribution par le marché ne repose d'aucune façon sur l'idée que ces biens auraient un rapport « essentiel » à la personne, préalable à toute discussion morale et politique. Il s'appuie au contraire sur la mise en évidence de nos intuitions morales relatives à ce qui s'achète et ne s'achète pas, à ce qui s'approprie et ne s'approprie pas. Nous serions tous d'accord pour convenir qu'un mandat politique ne s'achète pas, ni davantage un diplôme. Pourtant, on pourrait sans doute trouver de bons arguments en faveur de l'efficacité d'un marché des diplômes⁸⁶ ou des mandats politiques. Mais on serait, nous semble-t-il, arrêté par l'idée que de tels marchés *donneraient un pouvoir excessif aux ressources monétaires*. Le législateur américain, peu suspect d'hostilité aux mécanismes du marché, favorise la loterie comme mode d'accès à la nationalité américaine. En ne proposant pas la nationalité au plus offrant, il illustre une intuition (pas forcément partagée par tous dans nos sociétés) selon laquelle la nationalité échappe au moins partiellement à la sphère marchande : elle ne se monnaie pas.

L'indisponibilité du corps est donc *une* des indisponibilités qu'il nous paraît utile de défendre dans une perspective, précisément, de protéger les plus fragiles. Dans une même perspective *d'égalité complexe*, on pourrait défendre qu'il est tout aussi essentiel de protéger un certain nombre de créations intellectuelles de l'appropriation privée. On admettra que la discussion sur les limites de la brevetabilité des idées n'implique a priori aucune référence à « l'essence de l'homme ». Ces limites peuvent parfaitement se discuter dans une perspective conséquentialiste. Cependant, elles nous semblent relever de la même problématique défendue ici.

⁸⁵ Extrait de Michael Walzer (1983), *Spheres of Justice. A defense of pluralism and equality*, Basic Books (USA)

⁸⁶ On parle bien ici d'un marché des *certifications* et non d'un marché de *l'éducation* qui existe déjà.

Il s'agit donc bien de défendre une vision pragmatique, construite sur la valeur de justice sociale, valeur qui – moyennant bien sûr sa définition concrète – est certainement commune aux différents intervenants.

II.3.6. Conclusion : entre éthique libérale et conception essentialiste du corps

La position défendue ici est donc à égale distance d'une éthique « libérale »⁸⁷ qui considérerait la liberté de chaque individu « à la marge », c'est-à-dire sans considération pour les conditions initiales de l'échange et de toute conception du corps qui considérerait l'indisponibilité comme consubstantielle à la définition morale de la personne.

Elle défend le refus de commercialisation des organes en s'appuyant sur des valeurs de **justice sociale** et **d'authenticité des relations sociales**. Ces valeurs, bien sûr, ne prétendent elles-mêmes à aucune position de surplomb par rapport au débat démocratique : elles constituent des arguments dans la discussion, à peser face à d'autres arguments, éventuellement plus immédiats et plus pragmatiques, mais qui n'ont peut-être pas la même portée générale.

Il reste que cette éthique nous paraît la plus prometteuse comme point de départ pour un compromis pratique, si le débat devait être ouvert.

⁸⁷ Définie tout de même dans un sens assez étroit, nous semble-t-il. Seuls les libéraux extrêmes refusent toute considération de l'inégalité des conditions initiales de l'échange.

III. POSITIONS ET RECOMMANDATIONS

Les considérations éthiques du présent avis ont porté essentiellement sur l'acceptabilité ou non de faire commerce de certaines parties du corps prélevées du vivant de la personne concernée.

Face à cette problématique, le Comité a dégagé une constatation et un accord de principe ainsi que trois positions.

Les membres du Comité **pensent unanimement** que davantage de mesures d'incitation aux dons d'organes après décès mais aussi par des donneurs vivants contribueraient dans une mesure non négligeable à pallier le manque d'organes.

Le Comité souligne donc l'importance de soutenir toute initiative telle « Beldonor » (voir supra I.2.1.) permettant de maintenir et même d'amplifier l'adhésion sociale et individuelle au don d'organes.

Tous les membres sont d'**accord pour rejeter une libéralisation complète du marché des parties du corps humain** où seules les lois de l'offre et de la demande régulent les prix et les transactions.

Trois positions se dégagent ensuite, avec leurs recommandations en corollaire.

III.1.

Certains membres considèrent qu'une commercialisation de certaines parties du corps peut être envisagée. Privilégiant une approche pragmatique, ils s'appuient sur des arguments conséquentialistes. Selon eux, la commercialisation de certaines parties du corps (gamètes, cellules, tissus, organes ...) permettrait de mettre fin à certaines situations de pénurie et de remplacer au moins partiellement des pratiques illégales et clandestines par un marché légal et officiel. Ces membres considèrent que la non-commercialisation produit des effets pervers en engendrant des difficultés à obtenir la partie du corps désirée et en entraînant une inégalité de fait, la non-commercialisation n'étant imposée qu'à ceux qui n'ont pas accès à un pays extérieur ouvert au marché (ou à un marché clandestin parallèle) des parties du corps. Ils pensent aussi que l'éthique actuelle de non-commercialisation conduit à des situations ambiguës et à des attitudes hypocrites masquant des pratiques commerciales sous les vocables de don et d'altruisme.

Ces membres estiment par ailleurs que l'ouverture du corps au marché n'implique pas l'absence de régulation publique. Cette régulation spécifique devrait s'adapter aux situations particulières et aux types d'éléments du corps impliqués dans la transaction. Ils rejettent l'idée d'une libération non contrôlée et proposent de restreindre la commercialisation par une réglementation permettant d'éviter l'exploitation des faibles et garantissant la traçabilité des donneurs et des receveurs.

Ils recommandent, en conséquence, de modifier le cadre légal permettant de lever l'interdiction de la commercialisation des parties du corps.

III.2.

D'autres membres s'opposent à toute commercialisation de parties du corps humain. Pour ces membres, transformer le corps en marchandise (même partiellement) est une atteinte à la dignité de la personne.

Leur argumentation peut se résumer comme suit.

- Cette position tire argument de l'intuition qui sous-tend le droit naturel classique et moderne pour affirmer que le rapport sujet/corps, n'est pas un rapport de propriété ; dans cette vision, l'être humain ne peut et n'a pas le droit d'avoir un rapport de propriétaire vis-à-vis de son propre corps.

- Le corps est en quelque sorte le « temple » de l'âme, l'identité de la personne ; corps et personne ne font qu'un. En séparer des parties dans un but lucratif n'est pas admissible. La libre disposition de parties du corps ne peut se concevoir que dans l'esprit du don. L'attitude morale vis-à-vis du corps s'inscrit dans une sorte de « *logique du don* ». Celle-ci est un principe relatif à une production de cohésion sociale ; elle est le principe structurant pour le transfert de matériel corporel reproductible (ex. le sang).

Ces membres recommandent dès lors de ne pas modifier la réglementation en cours et de maintenir l'interdiction de la commercialisation de parties du corps. Selon cette position, c'est cette interdiction qui crée l'espace où la médecine guidée par des principes de soin et de solidarité peut se perpétuer en tant que service à la communauté gouverné par l'éthique.

III.3.

D'autres membres recommandent de maintenir l'interdit légal de la commercialisation de parties du corps humain dans le contexte socio-économique actuel, quitte à revoir cette position ultérieurement.

Ces membres ne sont pas favorables à une modification de l'interdiction de la commercialisation de parties du corps pour des raisons conséquentialistes. En effet, pour ces membres, la libéralisation de la vente de parties du corps profiterait aux plus forts et conduirait à l'exploitation des plus démunis. La société humaine doit préserver ses relations basées sur le don réciproque et ne pas se construire uniquement sur ce qui est monnayable.

L'avis a été préparé en commission restreinte 2005/1- composée de :

Coprésidents	Corapporteurs	Membres	Membre du Bureau
E. Heinen	E. Heinen	M. Baum	P. Schotsmans
S.Sterckx	S. Sterckx	P. Beke	
		P. Cosyns	
		K. Creyf (démission au 9/3/2007)	
		M.- L. Delfosse	
		F. Demeyere	
		V Draulans	
		M. Jacquemain	
		W. Lemmens	
		J.- N. Missa	
		Y. Oschinsky	

Secrétariat

M. Bosson

Experts auditonnés

- Xavier Dijon, Professeur aux F.U.N.D.P. de Namur
- Max Freson, Chef de clinique AZ-VUB et Dr en philosophie et Lettres

Expert consulté

- Gilles Genicot, Membre du Comité consultatif de Bioéthique, Maître de conférences à l'Université de Liège, avocat

Les documents de travail de la commission restreinte 2005/1 – questions, contributions personnelles des membres, procès-verbaux des réunions, documents consultés – sont conservés sous forme d'Annexes 2005/1 au centre de documentation du Comité, et peuvent y être consultés et copiés.

Cet avis est disponible également sur www.health.belgium.be/bioeth.
