



COUNCIL OF EUROPE CONSEIL DE L'EUROPE

Strasbourg, le 15 mai 2013
cdpc/docs 2013/cdpc (2013) 8

CDPC (2013) 8

**COMITE EUROPEEN POUR LES PROBLEMES CRIMINELS
(CDPC)**

**PROPOSITIONS DES DELEGATIONS DE L'ALLEMAGNE ET DU ROYAUME-UNI
SUR LE PROJET DE RAPPORT EXPLICATIF DU PROJET DE CONVENTION
DU CONSEIL DE L'EUROPE CONTRE LE TRAFIC D'ORGANES HUMAINS**

ALLEMAGNE

L'Allemagne est consciente de l'ampleur du travail accompli par le PC-TO, par le CDPC et par le Bureau pour réaliser le projet de convention et le rapport explicatif. Nous sommes parvenus à un très bon résultat et nous sommes efforcés de trouver des solutions communes qui devraient permettre à toutes les délégations d'accepter les textes définitifs avant de les soumettre au Comité des Ministres.

Nous pensons toutefois que ces deux textes peuvent encore être améliorés, et aimerions inviter toutes les délégations à examiner les points suivants :

Article 4 paragraphe 2 : L'article 4, paragraphe 2 offre la possibilité de s'exonérer du paragraphe 1 a dans les cas où un consentement libre, éclairé et spécifique pour le prélèvement d'organes ne peut pas être obtenu auprès d'un donneur vivant. Nous proposons de supprimer cette possibilité.

Nous sommes bien sûr conscients des défis qui se posent dans des circonstances exceptionnelles et reconnaissons que l'on ne peut s'affranchir de la disposition correspondante que si des garanties appropriées sont en place. Nous devons cependant respecter les obligations énoncées à l'article 20 de la Convention d'Oviedo :

« Article 20 – Protection des personnes qui n'ont pas la capacité de consentir au prélèvement d'organe

1. Aucun prélèvement d'organe ou de tissu ne peut être effectué sur une personne n'ayant pas la capacité de consentir conformément à l'article 5.
2. (...) »

Le Conseil de l'Europe doit être cohérent dans ses actions et dans ses conventions. Il ne doit pas accepter de dispositions inférieures à ses propres normes. Nous devons rester conscients des enjeux politiques considérables quand nous voulons changer les normes applicables aux enfants et aux personnes handicapées.

Article 5 : dans certains cas, un organe est légalement prélevé mais ne peut ensuite pas être utilisé de la manière envisagée au moment où le consentement a été donné. Tel qu'il est formulé, le texte oblige de jeter cet organe humain – une solution qui n'est assurément pas dans l'intérêt ni du donneur, ni des progrès scientifiques.

Nous proposons donc de supprimer du texte les mots "ou à d'autres fins que l'implantation". Si cette solution n'est pas acceptable, nous préfererions une possibilité d'adopter cette disposition au lieu d'une possibilité de s'y soustraire, comme le prévoit l'article 30, paragraphe 1.

Si le CDPC n'envisage pas de modifier cette disposition, nous proposons d'ajouter le texte suivant au rapport explicatif, comme dernier paragraphe du n° 46 :

« En vertu de cette disposition (utilisation d'organes à "d'autres fins"), l'article 5 ne s'applique pas lorsqu'un organe a été prélevé de manière licite à des fins médicales, mais est ensuite utilisé à d'autres fins (comme l'enseignement et la recherche, par exemple parce qu'un organe s'avère impropre à une greffe), même si le consentement exprimé ne couvrirait pas, ou pas pleinement, cette utilisation. Il ne s'applique pas aux situations où un organe a été prélevé légalement à d'autres fins (par exemple pour la recherche) quand le consentement a été exprimé sans que sa portée soit clairement spécifiée, concernant par exemple le type de projet de recherche. Les cas susmentionnés ne nécessitent pas de sanctions pénales. »

Article 7 paragraphes 2 et 3 : l'article 7 oblige les Parties à instituer des conséquences pénales pour des comportements spécifiques. L'Allemagne convient que de telles conséquences sont nécessaires pour garantir la dignité humaine et le droit à la vie. Mais de telles conséquences pénales devraient être cohérentes avec le système pénal interne, qui varie d'un État à l'autre. Afin de permettre aux Parties d'adopter un système cohérent par rapport à leur droit national, nous proposons d'éviter dans le texte l'emploi de l'expression « infraction pénale » :

« 2 Chaque Partie prend les mesures législatives et autres nécessaires pour veiller à ce que la promesse, l'offre ou le don, direct ou indirect, d'un avantage indu à des professionnels de la santé, à des fonctionnaires ou à des personnes qui, à quelque titre que ce soit, dirigent ou travaillent pour une entité du secteur privé, afin que ces personnes procèdent à un prélèvement ou une implantation d'un organe humain ou facilitent un tel acte, quand un tel prélèvement ou une telle implantation est effectué dans les circonstances décrites à l'article 4, paragraphe 1, ou à l'article 5 et, le cas échéant, à l'article 4, paragraphe 4, ou à l'article 6 fasse l'objet de sanctions pénales ou autres sanctions légales, lorsqu'il a été commis intentionnellement.

3 Chaque Partie prend les mesures législatives et autres nécessaires pour veiller à ce que le fait pour des professionnels de la santé, des fonctionnaires ou des personnes qui, à quelque titre que ce soit, dirigent ou travaillent pour une entité du secteur privé, de solliciter ou de recevoir un avantage indu visant à ce que ces personnes procèdent à un prélèvement ou une implantation d'un organe humain ou facilitent un tel acte, quand un tel prélèvement ou une telle implantation est effectué dans les circonstances décrites à l'article 4, paragraphe 1, ou à l'article 5 et, le cas échéant, à l'article 4, paragraphe 4 ou à l'article 6 fasse l'objet de sanctions pénales ou autres sanctions légales, lorsqu'il a été commis intentionnellement.”

Si la formulation du projet de Convention ne peut être modifiée, il pourrait être possible d'apporter des changements au rapport explicatif. Si l'article 4 paragraphe 4 et l'article 6 obligent uniquement les Parties à envisager d'ériger un agissement en infraction pénale, les paragraphes 2 et 3 de l'article 7 ne devraient pas être plus directifs. Le nouvel alinéa suivant pourrait être ajouté au n° 54 :

« Le but de l'article 7, paragraphes 2 et 3, est de veiller à ce que les agissements décrits dans les deux paragraphes fassent l'objet de sanctions pénales ou d'autres sanctions prévues par la loi quand ils ont été commis intentionnellement. Lesdites sanctions devraient être conformes à la pratique juridique de chaque Partie. »

Article 19, paragraphe 1, alinéa a : nous suggérons d'exprimer plus clairement l'importance de la victime en déplaçant les mots « et de leur rôle dans celle-ci » à la fois dans le projet de Convention et dans le rapport.

Nous suggérons de reformuler comme suit l'article 19, paragraphe 1, alinéa a :

« a en les informant de leurs droits et des services qui sont à leur disposition et, à leur demande, des suites données à leur plainte, des chefs d'accusation retenus, de l'état de la procédure pénale et de leur rôle dans celle-ci, à moins que, dans des cas exceptionnels, cette notification ne risque de nuire à la bonne conduite de l'affaire, ainsi que de l'issue de l'affaire les concernant ; »

et dans le Rapport explicatif :

« 115 L'article 19 énonce tout d'abord le droit des victimes à être informées de leurs droits et des services auxquels elles peuvent avoir accès et, à leur demande, des suites données à leur plainte, des chefs d'accusation retenus, de l'état de la procédure pénale et de leur rôle dans celle-ci, (à moins que, dans des cas exceptionnels, cette notification ne risque de nuire à la bonne conduite de l'affaire), ainsi que de l'issue de l'affaire les concernant. »

ROYAUME-UNI

Définition d'illicite

Une définition du terme « illicite » - (qui ne figure pas encore dans le projet de Convention ou de rapport explicatif) aiderait à clarifier l'objet et le champ d'application de la Convention ainsi que les agissements criminels que tentent de couvrir les infractions spécifiques et, deuxièmement, les questions que soulèvent certains articles et la manière dont les références à ceux-ci dans le Rapport explicatif peuvent aider à surmonter ces difficultés :

LE TEXTE DU PROJET DE CONVENTION ET LA DEFINITION DU TERME « ILLICITE »

1. L'article 2 ne donne aucune définition du terme « illicite » permettant de déterminer le champ d'application de la Convention. Comme nous l'avons vu précédemment, une définition non exhaustive clarifierait le champ d'application et le but de la Convention, défini comme suit dans l'actuel projet d'article 2 : la Convention s'applique au « trafic d'organes humains à des fins de transplantations ou à d'autres fins (et à d'autres formes de prélèvement illicite et d'implantation illicite). »

Comme nous l'avons vu précédemment, le « trafic d'organes humains » ne désigne pas davantage que « toute activité illicite liée à des organes humains telle que visée (dans les infractions énoncées) à l'article 4, paragraphe 1, et aux articles 5, 7, 8 et 9 de la présente Convention. »

2. Il convient de noter que le Protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine (2002) dispose, à l'article 22, que « le trafic d'organes et de tissus est interdit ». Cependant, pour autant que je sache, le trafic n'est défini ni dans le Protocole, ni dans la Convention.

3. Une définition permettrait de résoudre les difficultés suivantes :

(i) s'agissant du fait que la Convention s'applique au prélèvement illicite d'organes à « d'autres fins », une définition du terme « illicite » permettrait d'écarter du champ d'application de la Convention toutes les recherches médicales, les thérapies, etc., impliquant des organes prélevés, à condition que le prélèvement n'ait pas lui-même été illicite.

Notons à cet égard que l'article 30 prévoit la possibilité d'émettre une réserve afin que la portée de l'article 5 (Utilisation d'organes prélevés de manière illicite à des fins d'implantation ou à d'autres fins) et de l'article 7 §§ 2 et 3 (offre ou demande d'un avantage, etc. dans le but de procéder à un prélèvement) soit limitée à l'utilisation d'organes prélevés de manière illicite uniquement aux fins d'une greffe. La réserve prévoit toutefois aussi que ces infractions puissent être limitées à celles commises à des fins d'implantation, « ou à des fins d'implantation et d'autres fins telles que spécifiées par la Partie ».

Une fois de plus, en l'absence de définition du terme « illicite », la nature de ces « autres fins » n'est en rien limitée par cette réserve.

(ii) une définition du terme « illicite » résoudrait également les questions difficiles de compétence légale si d'autres Etats membres qui n'ont pas opté pour une réserve à l'article 30 souhaitent procéder à une extradition ou à des poursuites en raison d'un prélèvement effectué sans consentement et réalisé, par exemple, à des fins autres qu'une transplantation.

(iii) Une définition résoudrait les problèmes de compétence juridique en rapport avec les Etats membres qui n'ont pas demandé de réserve en rapport avec l'article 4(1)a - (prélèvement sans le consentement du donneur), car ils ne pourraient pas se déclarer compétents si le prélèvement n'est pas considéré comme illicite (indépendamment de l'absence de consentement du donneur ou de la personne privée de capacité), car ces cas de figure ne seraient pas couverts par la Convention.

(iv) Une définition d'illicite faciliterait également l'examen de la proposition de l'Allemagne pour que le commerce légal de médicaments ne soit ni couvert, ni limité par la Convention.

La dernière phrase du paragraphe 20 du Rapport explicatif déclare :

« Le commerce légal de médicaments fabriqués à partir d'organes humains ou de parties d'organes humains (tels que les médicaments de thérapie innovante) n'est pas couvert par la Convention ni limité par celle-ci. »

Dans sa formulation actuelle, le texte prête à confusion parce qu'il pourrait donner à entendre que le commerce légal de médicaments fabriqués à partir d'organes prélevés de manière illicite n'est ni envisagé, ni couvert par cette Convention.

Je propose de reformuler la phrase comme suit :

« L'utilisation légale de médicaments fabriqués à partir d'organes humains ou de parties d'organes humains qui n'ont pas été prélevés de manière illicite (tels que les médicaments de thérapie innovante) n'est pas couverte par la Convention ni limitée par celle-ci. »

(v) Une dernière observation à ce propos concerne le rapport explicatif qui déclare, au paragraphe 20 :

« Les négociateurs ont décidé que la notion de trafic d'organes couvrait l'ensemble des actes de prélèvement illicite visés à l'article 4(1)... etc. »

Ainsi, pour les négociateurs le point de départ est qu'en vertu de l'article 4(1) tout prélèvement effectué sans le consentement du donneur est illicite. Pourtant, en permettant d'exprimer des réserves, les négociateurs reconnaissent que dans certaines circonstances exceptionnelles, prévues par la législation nationale, le prélèvement d'un organe sur des enfants ou des personnes qui n'ont pas de capacité légale n'est pas illicite.

Il semble y avoir une incohérence de principe parce que l'on décide, d'une part, que tout prélèvement réalisé sans consentement est illicite mais que l'on admet, d'autre part, des circonstances dans lesquelles le prélèvement d'un organe réalisé sans consentement n'est pas illicite.

Dès lors, l'ajout d'une définition du terme « illicite » dans la Convention permettrait d'éliminer cette incohérence en établissant que le prélèvement d'organes sur un enfant ou une personne incapable sort du champ d'application de la Convention à moins que les circonstances du prélèvement ne soient illicites.

(vi) une définition du terme « illicite » limiterait également la probabilité de voir un autre État membre demander une extradition ou des poursuites dans les cas de prélèvements réalisés sans consentement en vertu des dispositions de notre droit interne ; en effet de tels prélèvements, s'ils ne sont pas illicites, ne seraient pas couverts par la Convention.

ARTICLES SPÉCIFIQUES DU TEXTE DE LA CONVENTION ET DU RAPPORT EXPLICATIF

4. Article 4(1)b - Prélèvement d'un organe en échange d'un profit financier

Tel qu'il est formulé, cet article interdit le prélèvement d'organes quand le donneur ou une tierce personne s'est vu offrir ou a obtenu un profit ou un avantage comparable. Ici, nous avons examiné les difficultés qui pourraient surgir, pour vérifier si le texte pourrait s'appliquer à la situation des dons croisés ou collectifs. Une fois de plus, une définition du terme « illicite » aiderait à exclure de telles situations du champ d'application de la Convention. Cependant, le paragraphe 40 du Rapport explicatif nous aide en l'occurrence parce qu'il déclare :

« L'expression "profit ou avantage comparable" ne s'applique pas à un accord autorisé en vertu du droit interne, par exemple en vue de dons croisés. »

5. Article 7 la sollicitation et le recrutement illicites de donneurs et de receveurs d'organes en vue d'un profit ou d'un avantage comparable, soit pour la personne qui sollicite ou recrute, soit pour une tierce personne.

Dans sa formulation actuelle, cette disposition englobe potentiellement des activités licites comme celles du Service du sang et des transplantations du NHS britannique, qui perçoit des aides, notamment pour mener des campagnes de mobilisation de donneurs. Une définition du terme « illicite » aiderait à exclure de telles activités du champ d'application de la Convention. Sur ce point, le Rapport explicatif fournit également une aide en ce qu'il déclare, au paragraphe 52 :

« Cette mesure n'interdit pas les activités de recrutement de donneurs qui sont autorisées en vertu du droit interne. »

7. L'article 21(3) déclare :

« Chaque Partie prend les mesures législatives et autres nécessaires pour interdire la publicité sur le besoin d'organes humains, ou sur leur disponibilité, en vue d'offrir ou de rechercher un profit ou un avantage comparable. »

Indépendamment de l'ajout du paragraphe 52 susmentionné afin que les activités licites de recrutement de donneurs ne soient pas restreintes par la Convention, une définition du terme « illicite » aiderait à préciser quelle publicité et quels comportements sont visés par ce texte.

La mention de la publicité dans l'article ci-dessus pourrait être élargie afin de couvrir l'interdiction de toute « publicité illicite sur le besoin d'organes humains, ou sur leur disponibilité, en vue d'offrir ou de rechercher un profit ou un avantage comparable. »

Une autre solution serait, comme le déclare le Rapport explicatif au paragraphe 128 :

« L'interdiction de toute publicité sur l'offre ou la demande d'organes humains effectuée en vue d'offrir ou de rechercher un profit ou un avantage comparable vise principalement les personnes servant d'intermédiaire entre les donneurs et les receveurs. »

Ce texte pourrait être modifié de la façon suivante :

« L'interdiction de toute publicité sur une demande illicite ou la disponibilité illicite d'organes humains effectuée en vue d'offrir ou de rechercher un profit, etc. »