
Problèmes juridiques des transplantations à partir de donneurs vivants

R CARVAIS (CNRS)

UMR 7105, Institut d'histoire du droit
Centre d'étude d'histoire juridique

Université de Panthéon-Assas (Paris II)
CNRS / Archives nationales.

Résumé

Pour être en phase avec les citoyens, le droit devrait pouvoir réguler l'ordre social avec un temps d'avance, du moins en même temps que l'évolution des pratiques. Or, le droit est souvent en retard. Il régularise plutôt qu'il ne devance les mœurs. Les progrès des sciences et des techniques, sur le vivant particulièrement, sont si rapides, mais en même temps si difficilement maîtrisables, qu'il devient malaisé aux représentants de la Nation, de les intégrer pleinement à la loi. Ainsi sommes-nous contraints à des lois expérimentales ? Le cas des greffes à partir de donneurs vivants dans le cadre des lois dites de bioéthiques en est un vibrant exemple. Cette technique habituellement peu développée en France à la différence de certains pays nordiques est placée depuis quelques années sur la sellette. Elle trouve chez nombre de chirurgiens ses défenseurs en raison des meilleurs résultats obtenus sur les greffés en termes de taux de survie (programmation de l'opération, greffon sans ischémie, meilleure compatibilité, même si elle n'est qu'« affective »,...). Elle apparaît ainsi comme l'alternative aux transplantations cadavériques qui ne permettraient pas de sauver suffisamment de vies au regard du nombre croissant de décès des patients en liste d'attente faute de greffons disponibles. Cependant la route est longue pour inverser la tendance, ne serait-ce que pour la compléter, d'autant que c'est du côté du donneur et non du receveur que se dressent tous les problèmes juridiques. Le droit, conscient des difficultés que fait naître cette procédure chirurgicale, s'interroge. Deux séries de questions se posent aux juristes : d'un côté, celle générale, théorique qui concerne avant tout la technique du prélèvement qu'elle soit pratiquée sur une personne en état de mort encéphalique ou sur une personne vivante. Il s'agit « des droits sur le corps humain » qui constituera notre première partie où nous traiterons les questions suivantes : Qui est propriétaire du corps humain, qui peut en disposer et quelles sont les limites qui autoriseraient à y porter atteinte ? De l'autre côté, celle spéciale, pratique qui porte uniquement sur le prélèvement à partir de donneurs vivants. Il s'agit « des devoirs à l'égard des donneurs » qui constituera notre seconde partie où nous traiterons les questions suivantes : quelle composition du cercle des donneurs potentiels, quelle protection autour du consentement du donneur et de la santé de ce dernier après le prélèvement.

Mots clés : Transplantation d'organes / Donneurs vivants / problèmes juridiques

Abstract

Legal problems related to living donor transplantations

In order to be accepted by citizens, law should plan social order in advance, at least at the time when customs are changing. Nevertheless law is often behind the times. It is able to regulate habits rather than to anticipate them. Scientific and technical progress, especially when it is biological, is so fast, but so difficult to control, that it becomes uneasy for the legislator to fully integrate it into the law. So we are restricted to experimental laws! This is the case as far as living donor transplantations are concerned by bioethical laws. This technique, which is rarely developed in southern Europe, in contrast with some northern countries, is now being discussed. Many surgeons promote this technique for the excellent results in terms of the survival rate (the schedule of surgeries, transplants without ischemia, better compatibility - even if it is only "emotional"- and so on). Living transplantations appear as the alternative to cadaveric ones. These are not sufficient to save enough patients registered on the waiting lists from death due to the lack of available transplants.

However the road will be long to reverse the common practise, even to complete it, especially because legal problems come from the donor's side. Aware of the difficulties inherent to this new surgical process, legal authorities wonder what to do. Lawyers have to answer two types of questions: on the one hand, the general question concerns essentially whether to take the organs from dead bodies or from living ones theoretically. This is about "the rights on the human body". Who is the owner of the human body whether alive or dead? Who is able to dispose of it and what are the limits of such authorisations? On the other hand, the specific and practical question concerns only the removal from living bodies. It is about "the duties which concern the donors". Who belongs to the potential donors' community? What kind of protection is there for the donor after organ removal?

Key words : Organ transplantation / living donor / legal problems

Introduction

Pour être en phase avec les citoyens, le droit devrait pouvoir réguler l'ordre social avec un temps d'avance, du moins en même temps que l'évolution des pratiques. Or, le droit est souvent en retard. Il régularise plutôt qu'il ne devance les mœurs. Les progrès des sciences et des techniques, sur le vivant particulièrement, sont si rapides, mais en même temps si difficilement maîtrisables, qu'il devient malaisé aux représentants de la Nation, de les intégrer pleinement à la loi. Ainsi sommes-nous contraints à des lois expérimentales ? Le cas des greffes à partir de donneurs vivants dans le cadre des lois dites de bioéthiques en est un vibrant exemple. Cette technique habituellement peu développée en France à la différence de certains pays nordiques est placée depuis quelques années sur la sellette. Elle trouve chez nombre de chirurgiens ses défenseurs en raison des meilleurs résultats obtenus sur les greffés en termes de taux de survie (programmation de l'opération, greffon sans ischémie, meilleure compatibilité, même si elle n'est qu'« affective », ...). Elle apparaît ainsi comme l'alternative aux transplantations cadavériques qui ne permettraient pas de sauver suffisamment de vies au regard du nombre croissant de décès des patients en liste d'attente faute de greffons disponibles. Cependant la route est longue pour inverser la tendance, ne serait-ce que pour la compléter, d'autant que c'est du côté du donneur et non du receveur que se dressent tous les problèmes juridiques.

Le droit, conscient des difficultés que fait naître cette procédure chirurgicale, s'interroge. Deux séries de questions se posent aux juristes : d'un côté, celle générale, théorique qui concerne avant tout la technique du prélèvement qu'elle soit pratiquée sur une personne en état de mort encéphalique ou sur une personne vivante. Il s'agit « des droits sur le corps humain » qui constituera notre première partie où nous traiterons les questions suivantes : Qui est propriétaire du corps humain, qui peut en disposer et quelles sont les limites qui autoriseraient à y porter atteinte ? De l'autre côté, celle spéciale, pratique qui porte uniquement sur le prélèvement à partir de donneurs vivants. Il s'agit « des devoirs à l'égard des donneurs » qui constituera notre seconde partie où nous traiterons les questions suivantes : quelle composition du cercle des donneurs potentiels, quelle protection autour du consentement du donneur et de la santé de ce dernier après le prélèvement.

Les droits sur le corps humain

Depuis quand le droit s'interroge-t-il sur le corps humain ? Le corps physique de l'individu est-il un concept juridique ? Avant tout en droit français, ce qui importe c'est le concept de personne. La *summa divisio* depuis Gaius (IIe s. après J.C.) distingue les personnes des choses : il n'y a pas de troisième terme, de sorte qu'au regard du droit on est « personne » ou on est « chose » (d'où les problèmes que pose le statut de l'embryon, de l'animal, du cadavre, de l'organe détaché du corps vivant). L'essence de la personne physique est le corps humain pour deux raisons : toute personne, et

seulement les personnes physiques, à l'exception des personnes morales, « possède » un corps. L'attention portée par le droit au corps est récente et lui impose une protection générale de principe qui légitime des restrictions particulières.

La nature juridique du corps humain ? La protection de son intégrité : son inviolabilité et indisponibilité

Deux conceptions se sont opposées en doctrine pour savoir quelles relations pouvaient s'établir entre le concept de corps humain et celui de propriété. Cette problématique est en effet au centre de la question débattue ici même, à savoir donner un organe ou des cellules de son vivant dépend de quelle autorité. Qui nous y oblige ? Pouvons-nous de nous même accéder à une telle requête ? La société ne véhicule-t-elle pas à propos du corps humain une série d'interdits contraignants ? Bref, qui est propriétaire de notre corps physique ? Qui peut en disposer ? Même si le débat est aujourd'hui clos, il est instructif de rappeler les arguments des deux thèses en présence afin de mesurer la valeur de la position adoptée par le législateur. Même si ce sont les progrès de la science et des techniques et principalement de la médecine qui ont mis ces questions sur la sellette - ne dit-on pas que le pouvoir médical concurrence le pouvoir des juristes ? -, il convient de ne jamais oublier que tout phénomène social, comme notre droit, a une histoire qui peut remonter loin.

A ceux qui limitent la libre disposition du corps humain répondent ceux qui souhaitent au contraire que l'individu puisse davantage en disposer. D'un côté les tenants de la dignité humaine au détriment de la liberté individuelle, de l'autre les partisans de la liberté individuelle la plus large possible, mais avec une autre conception de la dignité humaine, placée dans le contexte économique du marché.

- la première thèse d'origine théologique (créé à l'image de Dieu, l'Homme est à la fois matière, substance et spiritualité), adoptée quasiment unanimement par les juristes est fondée sur l'idée que « le corps est le support de l'âme, mais reste à son service » (saint Thomas, François d'Assises, etc.). Elle estime que l'homme n'est qu'usufruitier de son corps, ce dernier étant soumis à l'âme (*contra* Kant). L'esprit et le corps physique ne font qu'un : la personne. Ainsi le corps est « consubstantiel de la personne », seul concept juridique admis à l'origine (droit romain) et bénéficie de fait de la protection que le droit accorde à cette dernière. Le respect de la personne profite à celui de son corps. Ainsi, suite à l'article 16 du Code civil (créé par les lois de bioéthique de 1994) qui dispose que : « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie », le corps humain se trouve protégé par l'établissement du principe d'indisponibilité, concrètement dans l'article 16-1 du Code civil : « Chacun a droit au respect de son corps. - Le corps humain est inviolable. - Le corps humain, ses éléments et ses produits, ne peuvent faire l'objet d'un droit

patrimonial. » Comme pour la propriété privée qui, si elle protège contre les empiètements du pouvoir, implique la libre disponibilité, le corps humain se retrouve de fait hors de ce concept entreprenant de propriété, car il ne peut être une chose. La personne ne serait pas propriétaire de son corps, sinon il faudrait reconnaître le droit au suicide, permettre l'esclavage ou le servage, autoriser le lancer de nains, les campagnes publicitaires dégradantes, les discriminations, etc. La protection du corps humain comme élément de l'humanité fondé sur une logique chrétienne s'est même laïcisée. Les juristes du XIXe siècle comme Savigny ou Ihéring avaient déjà réfuté l'idée que l'individu puisse disposer de son corps. Ainsi disposer de son corps, ou d'un de ses éléments, de son vivant serait selon cette thèse interdit (la même question pour la personne en état de mort encéphalique ou décédée amènerait une réponse différente car le cadavre n'est plus animée de vie, et la protection de la personne ne devrait alors plus s'appliquer, mais ceci est hors de notre propos). Il en serait *a fortiori* de même si le corps était l'objet d'une opération à titre onéreux (art. 16-5 et 16-6 C. Civ.). L'embarras des juristes quant à la qualification du sang, les cellules d'or prélevées sur le sieur Moore et dont la Cour Suprême des Etats-Unis lui avait dénié sa qualité de propriétaire au nom de la dignité humaine en sont des exemples. Mais *quid* si l'opération était à titre gratuit, comme le don d'organes? *Quid* des éléments détachés du corps qui ne sont plus à la personne, mais que l'on peut s'approprier en se les faisant greffer ?

- La seconde thèse détache le corps de l'esprit et accepte la rétribution de transaction sur le corps. Elle conteste la position humaniste des juristes et leur attitude quasi religieuse sur deux fondements : en France, l'hypocrisie des législateurs, à l'étranger, la pensée libérale anglo-saxonne. Au nom de la morale bioéthique, l'Etat en serait arrivé à enfermer l'individu en limitant ses prérogatives et en l'excluant du circuit économique où entrent les éléments et produits qu'il peut avoir « donnés ». N'est-il pas paradoxal que certains droits subjectifs de la personne, comme la voix, l'image soient exploités financièrement et que d'autres ne puissent pas l'être en raison du caractère « sacré » du don. Guillaume d'Occam (XIVe siècle), Descartes distinguent le corps mécanique de l'âme. Locke, plus tard les physiocrates, en déduiront que l'homme est propriétaire de son corps et que sa jouissance contribue à son bonheur en participant à la mise sur le marché de l'échange du corps et de ses créations. Cette tradition libérale anglaise et américaine trouve en France un défenseur en la personne du professeur d'économie Leminnier qui dans un article provocateur « Le corps humain : propriété de l'Etat ou propriété de soi ? » s'insurge contre le système français trop moral et pas assez juridique, et souligne ses contradictions : Pourquoi poser le principe de l'inviolabilité du corps humain et autoriser le don d'organes ? Pourquoi interdire de vendre ses organes et autoriser la prostitution ou le travail à risque ? La stérilité de couples ou le besoin de greffé pour un malade peuvent déclencher certains marchés noirs d'adoption ou des trafics d'organes. Le tour est bouclé. On en vient à redouter les mêmes maux que le système concurrent : une distorsion du marché économique vers une économie parallèle.

La réalité nous a montré qu'à l'étranger (Moyen-Orient, Inde) où la rémunération d'élément du corps humain n'est pas répréhensible, les systèmes de santé ne sont pas équitables. Pire dans certains pays hors encadrement juridique (Chine), les trafics prolifèrent. Dans les Etats de droit européens où les pratiques de transplantation sont strictement encadrées, même s'il y a débat entre les partisans des prélèvements post-mortem et partisans des prélèvements entre vifs, même si l'individu n'est pas entièrement libre de disposer de son corps, les systèmes ne présentent pas d'abus, ni de défaut majeur.

Ne croyez pas que ce débat ne soit que théorique, historique ou philosophique. Il est juridique et même présent dans l'hémicycle. De l'aveu de certains représentants de la Nation, il règne une « grande confusion » dans les esprits. Si indéniablement l'organe prélevé appartient à l'origine au donneur, à qui appartient-il lorsqu'il est séparé du corps, puis lorsqu'il est transplanté ? (JO 16 janvier 2002, p. 601) Et comment rendre disponible ce qui est indisponible ?

Les limites à l'intégrité du corps humain : l'exception médicale et la volonté

A partir du moment où le corps humain se trouve protégé de toute atteinte, comment légitimer une transplantation, *a fortiori* un prélèvement d'organes ou de cellules. Comment admettre de porter atteinte à l'intégrité d'un corps après avoir posé le principe du respect de sa dignité, reconnu principe de valeur constitutionnelle dès 1994 et qui depuis a été utilisé à bon escient dans de très nombreux domaines et qui a donné lieu à une jurisprudence fournie.

Le législateur a utilisé le système de la double exception. L'art. 16-3 al. 1 dispose dans sa dernière version révisée en 2004 : « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. »

Ce texte a été corrigé deux fois. Une première fois en 1999, la « nécessité thérapeutique » a été remplacée par « la nécessité médicale ». Le domaine d'intervention s'est élargi dans la mesure où y sont désormais incluses les démarches médicales sur lesquelles la personne n'a pas de contrôle, par exemple la chirurgie esthétique ou la stérilisation volontaire. Lors de la révision des lois de 1994, l'Assemblée nationale en première lecture a complété la permission de porter atteinte au corps dans un cas encore plus « exceptionnel », « dans l'intérêt thérapeutique d'autrui ». Il s'agit ici de la justification imparable des prélèvements d'organes. Il faut rajouter que cette adjonction a été faite uniquement, d'après un de ses auteurs, pour « corriger un oubli de la loi de 1994. (qui avait déjà) prévu le don entre vivants ».

La finalité étant acquise, il fallait également un contrôle du moyen. Le 2^e alinéa y pourvoit en ces termes : « Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir. » En ce qu'elle pose l'exigence du consentement du malade, la loi n'ajoute rien au droit positif, si ce

n'est que la règle est posée en tête du Code civil dans les quelques articles consacrés au respect du corps humain [chapitre II, sans chapitre I du titre I : « Des droits civils » du Livre premier : « Des personnes »]. La jurisprudence a depuis longtemps imposé cette solution : le consentement est une condition du contrat, ici médical. Les principales difficultés que le droit a rencontré portent sur la charge de la preuve, non de l'existence de celui-ci mais de son étendue. Or, l'existence du contrat médical étant démontrée, il paraît normal de considérer de prime abord, et sauf preuve contraire du malade, que l'acte reproché au médecin n'est pas étranger au contenu du contrat, sinon ce sera au patient de rapporter la preuve de l'inadéquation entre ce dont l'avait averti le médecin et la réalité de l'acte accompli par celui-ci.

Par ailleurs, vous remarquerez que l'expression « consentement éclairé » n'a pas été retenue, à juste titre car elle présente l'inconvénient majeur de déplacer la question du terrain de la garantie de la liberté individuelle sur celui de la protection du consommateur.

Ainsi, l'ensemble de ce carcan juridique défini en 1994 pour encadrer le corps humain (droit au respect de son corps, indisponibilité, inviolabilité, extra-patrimonialité) ne permet aux médecins d'intervenir sur le corps humain que dans le cadre de l'exception thérapeutique et avec l'accord de volonté du patient. Dans le cadre de la greffe d'organes, les protagonistes étant au nombre de deux en plus du ou des médecin(s), le donneur et le receveur, le droit exige leurs accords de volonté préalable à toute intervention. En ce qui concerne le receveur, le fait qu'il se soit inscrit sur une liste d'attente suggère son consentement. La difficulté juridique provient alors plus du donneur. S'il s'agit d'un donneur cadavérique, la question de droit porte essentiellement sur le système du consentement présumé conservé en France depuis la loi Caillavet, qui vient d'être renforcé et sur le rôle de la famille, questions qui suscitent chez les juristes un grand débat mais qui n'est pas notre propos ici. En revanche, s'il s'agit du donneur vivant toute l'interrogation des juristes se focalise sur les devoirs à l'égard des donneurs, personnes à protéger d'autant qu'individus *a priori* sains, ils doivent subir une ablation sans autre raison que de sauver une personne. Où est alors l'intérêt thérapeutique pour eux-mêmes. Il n'est que pour autrui. A cette occasion, ils subissent une « mutilation » que beaucoup considèrent comme excessivement risquée.

Les devoirs à l'égard des donneurs

Tout le débat politique depuis le début de la révision des lois dites de bioéthique - et même bien avant - a porté sur la volonté de certains lobbies médicaux de développer cette technologie de la transplantation à partir de donneurs vivants, tant parce qu'elle constituait leur principale activité, que pour pallier le manque d'organes disponibles par la voie classique du donneur cadavérique. Sans doute ce dernier argument est une réalité objective, puisque nombreux sont les patients en attente de greffe qui décèdent faute de greffons. Cependant, faut-il pour autant jeter la pierre à ceux qui refusent de donner

leurs organes à leur mort ? Faut-il pour autant ignorer la réalité du rôle de la famille au moment du décès d'un proche ? Un article récent de la revue des *Annales* ne titre-t-il pas « Le don d'organe. Une affaire de famille ? » Comment alors accroître les prélèvements sur donneurs vivants ? En élargissant le cercle des donneurs, mais en contrepartie, en accentuant la protection des élus (Ces points étaient dès 1996 déjà inscrits dans les propositions de réforme des lois de 1994).

La composition du cercle des donneurs

L'article L. 671-3 CSP version 1994 (devenu L. 1231-1) prévoyait que : « Le prélèvement d'organe sur une personne vivante, qui en fait le don, ne peut être effectué que dans l'intérêt thérapeutique direct du receveur. Le receveur doit avoir la qualité de père ou de mère, de fils ou de fille, de frère ou de sœur du donneur, sauf en cas de prélèvement de moelle osseuse en vue de greffe. – En cas d'urgence, le donneur peut être le conjoint. »

Dans sa nouvelle version 2004, le même article, après une première phase - à un mot près identique (« effectué » est remplacé par « opéré ») - qui ne fait que reprendre dans le CSP, ce qui est écrit en tête du Code civil, c'est-à-dire la volonté expresse du donneur et l'exception thérapeutique directe du receveur, dispose désormais : « Le donneur doit avoir la qualité de père ou de mère du receveur. – Par dérogation au premier alinéa, peuvent être autorisés à se prêter à un prélèvement d'organe dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur son conjoint, ses frères ou sœurs, ses fils ou filles, ses grands-parents, ses oncles ou tantes, ses cousins germains et cousines germaines ainsi que le conjoint de son père ou de sa mère. Le donneur peut également être toute personne apportant la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans avec le receveur. »

Il faut constater indéniablement l'élargissement du cercle des donneurs vivants potentiels. Cependant, la rédaction place le père et la mère du receveur comme seuls donneurs prioritaires, nous dirions naturellement prioritaires, car dans l'ordre des choses. Toutes les autres personnes membres de la famille élargie n'ont que « la possibilité » de devenir donneurs et que « par dérogation », comme si le législateur avait voulu dire : « le père et la mère, oui mais pour les autres, uniquement si l'on ne peut pas faire autrement », comme s'il y avait une méfiance à l'égard de ce cercle des proches. Par ailleurs, les conjoints regagnent le cercle des donneurs familiaux sans qu'il soit exigé une quelconque urgence pour recourir à eux. Ce critère était rarement pertinent dans la mesure où l'organe le plus souvent prélevé est le rein. Dans ce cas, le maintien de cette condition d'urgence, aurait eu pour conséquence d'empêcher le don du fait de l'existence de la dialyse. Enfin, il n'est plus question du don de moelle osseuse qui n'est plus considérée comme un organe et dont le régime est désormais fixé dans les articles L-1241-1 et s. du CSP. Le législateur a posé des exceptions de taille à l'interdiction de prélèvement sur mineurs et sur majeurs protégés pour donner des chances de survie supplémentaires aux patients malades en attente de greffe, « en l'absence d'autre solu-

tion thérapeutique »

Le débat a été très rude à propos de l'élargissement du cercle des donneurs. De nombreuses versions du texte ont regroupé différemment les membres ayants-droit de donner un organe de leur vivant. Le projet de loi initial ainsi que le texte adopté par l'Assemblée nationale en première lecture était beaucoup plus libéral : à côté du bloc irréductible de la famille nucléaire, toute autre personne ayant avec le receveur « un lien étroit et stable de nature à garantir le respect des principes généraux » en la matière. Le Sénat en première lecture a préféré lister la qualité des individus autorisés. La commission des affaires culturelles a proposé la version définitive aujourd'hui adoptée, votée également par l'Assemblée nationale en deuxième lecture. Le Sénat a réintroduit la famille nucléaire dans le premier alinéa de principe, ce qui fut défait par la commission mixte paritaire.

Le professeur Dubernard, dont on connaît la compétence et la position à ce sujet, a milité pour limiter le cercle à la parenté directe et aux seuls concubins et pour supprimer la condition d'urgence pour le conjoint. Il a rappelé dans une de ces interventions devant l'Assemblée nationale que le « Conseil d'Etat (avait) souligné... qu'une extension des donneurs sur le seul fondement du lien affectif pose des problèmes juridiques majeurs. Il s'agit d'une notion subjective et arbitraire dont le contrôle est, par voie de conséquence, extrêmement difficile. Faudra-t-il donner au comité prévu par la loi des pouvoirs d'investigation dans la vie privée ? Comment pourra-t-il apprécier la solidité et la sincérité du lien affectif ». Mais surtout, comment mesurer le risque médical à l'égard du donneur, la pression psychologique qui peut s'exercer sur celui-ci ? Comment enfin éviter la commercialisation ? Suffit-il d'énoncer des principes ? Prendre davantage en compte des personnes qui peuvent être profondément motivées pour en venir à donner un organe de leur vivant n'est pas une chose simple. Il ne suffit pas d'invoquer « l'évolution des mœurs » et le fait que « la famille ne soit plus aujourd'hui le seul creuset des relations affectives, stables et durables », d'autant que beaucoup pensent qu'il n'y pas désagrégation mais transformation de la famille ou d'un groupe de personnes qui pourrait être considéré comme tel. Ces modifications du cercle des donneurs vivants devront être appréciées au coup par coup, mais surtout sans oublier la protection du donneur.

La protection du donneur

Le second alinéa de l'article L. 671-3 CSP dans sa version de 1994 disposait : « Le donneur, préalablement informé des risques qu'il encourt et des conséquences éventuelles du prélèvement, doit exprimer son consentement devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui. En cas d'urgence, le consentement est recueilli par tout moyen, par le procureur de la République. Ce consentement est révocable sans forme à tout moment. »

L'alinéa correspondant dans sa nouvelle version 2004 (art. L. 1231-1 CSP) est modifié sur trois points, tout en conservant le prononcé du consentement devant le tribu-

nal :

- Le premier concerne le rôle du juge et sur quoi porte son contrôle : il doit « s'assurer au préalable que le consentement est libre et éclairé et que le don est conforme aux conditions prévues aux premier et deuxième alinéas », c'est-à-dire si le donneur fait bien légalement parti du cercle des donneurs autorisés, par exemple, c'est à lui également qu'il revient d'évaluer « la vie commune ».

- Le deuxième point est une nouveauté : la mise en place d'un comité d'experts chargé d'apprécier la faisabilité du prélèvement dans toutes ses dimensions juridiques, psychologiques et médicales. Il est chargé d'informer le donneur « des risques qu'il encourt et des conséquences éventuelles du prélèvement » et délivre « postérieurement à l'expression du consentement l'autorisation de dérogation prévue à l'alinéa 2 pour qu'un membre de la famille au sens large puisse donner un de ses organes, à l'exception des père ou mère qui en principe ne sont pas astreints à cette démarche. Cependant, même le père ou la mère, pourront y être contraints si le magistrat chargé de recueillir le consentement le juge nécessaire (même art. al. 5).

- Le troisième point oblige le Gouvernement à évaluer tous les 4 ans cette procédure vis à vis du Parlement (même art. al. 7).

La pratique est ainsi encadrée strictement dans le temps, de manière pluraliste quant aux institutions (judiciaires, médicales) aux personnes (magistrat, médecins, personnes qualifiées dans le domaine des sciences humaines, psychologues, éventuellement pédiatre). Le comité d'experts peut avoir accès à des informations médicales du receveur et du donneur. Ils sont tenus au secret professionnel. Leurs décisions ne sont pas motivées pour leur octroyer une plus grande indépendance.

Cependant l'encadrement de l'information et du consentement du donneur n'est pas apparu suffisant aux législateurs. Il fallait également suivre la santé des donneurs, non pas sur le plan thérapeutique (cela est bien évidemment fait), mais sur le plan statistique car dans ce domaine, comme les passions se sont souvent déchaînées pour soutenir telle ou telle pratique, il convient que les autorités publiques, les médecins et les citoyens connaissent exactement les risques non pas encourus mais les conséquences réelles de telles pratiques médicales. Ainsi, la nouvelle Agence de biomédecine, qui devrait reprendre sous sa coupe début 2005 les attributions de l'Etablissement français des Greffes, sera chargée de « gérer un répertoire des personnes vivantes sur lesquelles a été prélevé un organe à fins de don, de manière à évaluer les conséquences du prélèvement sur la santé de ces donneurs » (art. L 1251-1, 5° CSP). Ce fichier de suivi permettra de modifier au vu de ses résultats la politique à mener dans le cadre de la transplantation à partir de donneur vivant.

Pour reprendre notre interrogation initiale sur le rôle du droit dans notre société, si beaucoup pensent que le droit se trouve toujours en décalage avec les mœurs de nos concitoyens, certains plus optimistes, pensent au

contraire qu'en cristallisant les problèmes que la société lui soumet, il anticipe, qu'en entérinant des situations, il les devance, que le fait d'être le premier à les mettre en forme, transforme son retard en une réelle avance pratique de terrain. Croyons qu'en ce qui concerne le donneur vivant, les choix du législateur, novateur mais prudent, se révéleront pertinents tout du moins pendant les cinq prochaines années. Sinon, il aura tout le loisir d'y retravailler, en toute tranquillité, maintenant que « le prélèvement et la greffe d'organe constituent une priorité nationale » (art. 1231-A CSP).

Sources

1. Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique (JO 7 août 2004, p. 14040)

Travaux préparatoires

1. Clayes A, Huriot Cl. *Rapport sur l'application de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*. Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, Assemblée nationale n° 1407, Sénat, n° 232, 1999.
2. Conseil d'Etat. *Les lois de bioéthique : cinq ans après*. Etude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 25 novembre 1999, Paris, La Documentation française, 1999.
3. Charles B, Président, Clayes A, Rapporteur. *Réviser les lois bioéthiques : quel encadrement pour une recherche et des pratiques médicales maîtrisées ?* Rapport d'information déposé par la mission d'information commune préparatoire au projet de loi de révision des « lois bioéthiques » de juillet 1994, 2 vol., 2001, Assemblée nationale, n° 3208
4. *Assemblée nationale* : Projet de loi n° 3166 ; Rapport de A. Clayes, au nom de la commission spéciale, n° 3258 ; Rapport d'information de la part d'Y. Roudy au nom de la délégation aux droits des femmes, n° 3525 ; Discussion les 15, 16 et 17 janvier 2002 et adoption le 22 janvier 2002.
5. *Sénat* : Projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale en première lecture, n° 189 (2001-2002) ; Rapport de F. Giraud, au nom de la commission des affaires sociales, n° 128 (2002-2003) ; Rapport d'information de S. Desmarescaux, au nom de la délégation aux droits des femmes, n° 125 (2002-2003) ; Discussion et adoption les 28, 29 et 30 janvier 2003.

6. *Assemblée nationale* : Projet de loi n° 593 ; Rapport de P.-L. Fagniez, au nom de la commission des affaires culturelles, n° 761 ; Avis de V. Péresse, au nom de la commission des lois, n° 709 ; Discussion les 9, 10 et 11 décembre 2003 et adoption le 11 décembre 2003.
7. *Sénat* : Projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, n° 116 (2003-2004) ; Rapport de F. Giraud, au nom de la commission des affaires sociales, N° 333 (2003-2004) ; Discussion et adoption le 8 juin 2004.
8. *Assemblée nationale* : Projet de loi, modifié par le Sénat en deuxième lecture, n° 1662 ; Rapport de P.-L. Fagniez, au nom de la commission mixte paritaire, n° 1671 ; Discussion et adoption le 8 juillet 2004.
9. *Sénat* : Rapport de F. Giraud, au nom de la commission mixte paritaire, n° 344 (2003-2004) ; Discussion et adoption le 8 juillet 2004
10. *Conseil constitutionnel* : décision n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004 publiée au JO du 7 août 2004.

Références

1. Baud JP. *L'affaire de la main volée*. Une histoire juridique du corps, Paris, Editions du Seuil, 1993.
2. Carvais R, Sasportes M (dir.), *La greffe humaine. (In)certitudes éthiques : du don de soi à la tolérance de l'autre*, Paris, PUF, 2000.
3. Crignon-De Oliveira C., Gaille-Nicodimov M. *A qui appartient le corps humain ? Médecine, politique et droit*. Paris, les Belles Lettres, 2004
4. Feuillet-Le Mintier B (dir.), *Les lois « bioéthique » à l'épreuve des faits. Réalités et perspectives*, Paris, PUF, 1999.
5. Lemennicier B. « Le corps humain : propriété de l'Etat ou propriété de soi ? », *Droits*, 1991, n° 13, p. 111-122.
6. Poughon JM « L'individu, propriétaire de son corps ? Le jus disponendi de son propre corps : entre scolastique juridique et réalisme économique ? », conférence de DEA/Inserm, avril 2000.
7. Steiner P. « Le don d'organes : une affaire de famille ? », *Annales Histoire Sciences Sociales*, 2004, p. 255-283.
8. Terré F, Fenouillet D. *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités*, Paris, Dalloz, 6^{ème} édition, 1996.