

DROIT DE LA FAMILLE

COUPLE - ENFANT - PATRIMOINE

N° 10 - OCTOBRE 2014

19^E ANNÉE - ISSN 1270-9824

Notamment ce mois-ci :

> REPÈRE

8 Couple

L'infidélité : un commerce
comme un autre ?

par Jean-René BINET (p. 1)

> COMMENTAIRES

143 Adoption

Révocation de l'adoption
et droits successoraux

par Claire NEIRINCK (p. 28)

145 Régime légal

Le sort des « stock-options »
dans le régime légal

par Bernard BEIGNIER (p. 31)

147 Testament authentique

La conversion du testament
authentique irrégulier en
testament international

par Marc NICOD (p. 32)

> FORMULE

9 Procès-verbaux de réception de
consentement de prélèvement
d'organe (p. 40)

SOUS LA DIRECTION DE :

Bernard BEIGNIER
Jean-René BINET
Claire NEIRINCK
Marc NICOD

Repère 9

Alertes 41 à 46

Dossier 13 à 16

Études 16

Commentaires 142 à 153

Formule 9

Bioéthique

13 Le don d'organe

par Anaïs SCHOUFLIKIR-GABRIEL, *rédactrice en chef adjointe
de la revue Droit de la famille* (p. 8)

14 Donner et recevoir (À propos des dons d'organes du vivant et des échanges sur le sujet entre juristes et médecins)

par Clara BERNARD-XÉMARD, *MCF-HDR, membre du Laboratoire
DANTE, université de Versailles-Saint-Quentin* (p. 9)

15 Le prélèvement d'organes post mortem en droit français : un équilibre incertain

par Jean-René BINET, *professeur à l'université de Rennes 1,
IODE-CRJO (UMR 6262)* (p. 13)

16 L'information du donneur d'organe

par Jean-Paul MARKUS, *professeur à l'université de Versailles
Saint-Quentin-en-Yvelines* (p. 16)

Égalité réelle entre les femmes et les hommes

41 Violences conjugales : trois fois sur le métier remettez votre ouvrage

Focus par Marie LAMARCHE, *maître de conférences à l'université de Bordeaux,
CERFAP* (p. 4)

PACS

142 L'assimilation du salarié pacsé au salarié marié : une solution récente... mais sans avenir

Commentaire par Jean-René BINET, *professeur à l'université de Rennes 1,
ODE-CRJO (UME 6262)* (p. 27)

13 Le don d'organe

Le présent dossier traite de la délicate question du prélèvement d'organe en vue d'un don. Cette question, plus que jamais d'actualité face à la pénurie actuelle des dons, mérite que l'on y consacre des développements.

Plusieurs thèmes sont successivement abordés.

Une étude est d'abord consacrée à la procédure à mener pour permettre un prélèvement d'organe du vivant. La lourdeur de cette procédure, dite de droit commun, est décrite en croisant le regard des juristes et des médecins, abordant à cette occasion les questions d'éthique, de

gratuité et de dons croisés (nous invitons à ce propos nos lecteurs à consulter également les modèles d'actes situés à la fin du présent numéro : *Dr. famille 2014, formule 9*).

Une deuxième étude est ensuite consacrée au devoir d'information du donneur et une troisième traite du don d'organe *post mortem*.

Le panorama ainsi brossé impose un constat évident, au-delà des individus, c'est la famille dans son ensemble qui est concernée par ce processus de don d'organe.

Anaïs SCHOUFLIKIR-GABRIEL

rédatrice en chef adjointe de la revue Droit de la famille

Clara BERNARD-XÉMARD, Donner et recevoir : article 14

Jean-René BINET, Le prélèvement d'organes *post mortem* en droit français : un équilibre incertain : article 15

Jean-Paul MARKUS, L'information du donneur d'organe : article 16

Code de la sécurité intérieure 2014
Un véritable « Code de la sécurité nationale » commenté

2014

Code de la sécurité intérieure

NOUVEAUTE

- À jour de sa nouvelle partie réglementaire en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2014, il réunit notamment les nouvelles dispositions relatives à **la sécurité et à l'ordre publics**, ou encore celles relatives à la police et à la gendarmerie nationales, aux activités privées de sécurité et à la sécurité civile.
- **Code de la défense** : reproduit intégralement en annexe, à jour de la loi de programmation militaire parue en décembre 2013.
- Code commenté sous la direction d'**Olivier GOHIN**, professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris I), directeur de l'IPAG de Paris, et de **Xavier LATOUR**, professeur à l'université de Nice-Sophia-Antipolis.
- **1^{re} édition** • Mars 2014 • 1036 pages • ISBN : 978-2-7110-1898-7

LexisNexis

REMISE DE 5%
+ livraison offerte

> Par internet Simple et rapide
<http://boutique.lexisnexis.fr>

> Par courrier ou par fax au 01 45 58 94 00

OUI, je souhaite recevoir :

ARTICLE	QTE	P.U.	TOTAL
<input type="checkbox"/> Code de la sécurité intérieure 2014 (439501)		65 € ^{TTC}	
Frais de port par commande*		OFFERTS 5€	
<small>(TVA 5,5%) *Tant susceptible d'être modifié selon la TVA applicable au moment de la facturation</small>			TOTAL _____

* Sous réserve de la réglementation en vigueur

Coordonnées

VOTRE N° CLIENT LEXISNEXIS _____
(Si vous le connaissez)

M. MME M.

NOM / PRÉNOM _____

SOCIÉTÉ / ÉTABLISSEMENT _____

ADRESSE _____

CODE POSTAL _____ VILLE _____

E-MAIL _____

TÉL. _____

VOTRE ACTIVITÉ _____

Règlement

Je réglerai à réception de la facture

Ci-joint mon règlement par chèque à l'ordre de LexisNexis

DATE / LACRET ET SIGNATURE _____

Conformément à la législation en vigueur, vous disposez d'un droit d'accès et de rectification pour toute information vous concernant.
Les informations sont à destination de notre fichier de prospects/clients et à des fins de prospection commerciale.

55x209 4/1 RCS Paris - 04/2014 1480MB/06-4 Photo © Tunazi - Stockphoto

14 Donner et recevoir (À propos des dons d'organes du vivant et des échanges sur le sujet entre juristes et médecins)

Clara BERNARD-XÉMARD,

MCF-HDR, membre du Laboratoire DANTE,
université de Versailles-Saint-Quentin

Retenu au départ pour illustrer le don d'organes du vivant (thème d'une conférence organisée en avril 2014 à la faculté de droit de l'université de Versailles-Saint-Quentin), le slogan « Donner et recevoir » s'est aussi révélé parfaitement adapté pour décrire les relations qu'ont entretenues, le temps de cette matinée d'échanges, les juristes et médecins présents à cette occasion.

1 - Le don d'organes suivi d'une greffe a le pouvoir extraordinaire de prolonger la vie de certaines personnes. Il renvoie alors vers les plus belles valeurs humaines : l'altruisme, le partage, la solidarité... Mais parce qu'il est porteur de vie, l'organe – qualifié d'élément du corps humain par le législateur –, peut aussi susciter les actes les plus odieux (prélèvements sur des prisonniers non consentants, trafics...) ou les plus désespérés. Ainsi, il y a deux ans, une chômeuse espagnole de 44 ans, qui était menacée d'expulsion, a proposé à la vente tous ses organes non indispensables à sa survie et ce, pour pouvoir payer son loyer¹.

2 - On perçoit ainsi d'emblée que la réglementation du don d'organes, ô combien nécessaire, s'avère particulièrement complexe à organiser. Sur le législateur, pèse la lourde responsabilité de déterminer qui peut être prélevé, dans quelles conditions et ainsi de résoudre au mieux la terrible équation entre « l'offre » et la « demande ». Cette tâche est, par essence, difficile à accomplir puisqu'elle implique de peser des intérêts contradictoires, ceux du donneur et du receveur. Et elle est encore plus ardue depuis quelques années. En effet, en raison de l'allongement de l'espérance de vie et de l'amélioration tant de la qualité de la vie que des techniques médicales, les médecins viennent aujourd'hui à proposer des greffes à des patients qui n'auraient pas été greffés auparavant².

3 - Si la tâche du législateur s'avère délicate en la matière, les médecins n'ont pas un rôle facile non plus. Ainsi, prélever des personnes en état de mort cérébrale implique d'avoir été au préalable confrontés à l'immense douleur d'une famille³. De la même façon, pratiquer une greffe à partir d'un donneur vivant nécessite souvent des mois d'attente et de patience. Enfin, on sait que toutes les greffes d'organes ne se soldent malheureusement pas par un succès.

4 - Aussi, quand il a été décidé de mener à la faculté de droit de l'université de Versailles-Saint-Quentin une réflexion sur le dispositif juridique encadrant le prélèvement d'organes sur personnes vivantes, c'est tout naturellement que le corps médical y a été associé. En avril 2014, médecins et juristes (enseignants-chercheurs⁴ et étudiants du Master 2 Droit de la santé)⁵

se sont donc rencontrés pendant une matinée pour échanger. L'idée pour les juristes-organisateur de la rencontre était de tenter de cerner comment le dispositif légal qui entoure le prélèvement d'organes sur personne vivante, est perçu et analysé par les médecins qui le pratiquent. D'emblée, les praticiens présents ont souligné la volonté médicale de développer le don du vivant de reins – qui reste encore très minoritaire (15 %) ⁶ par rapport au prélèvement *post mortem* (85 % des cas) ⁷ –, et ce, pour deux raisons principalement. La première est que l'on observe une stagnation depuis quelques années du nombre des donneurs décédés en mort encéphalique. La deuxième est que le don du vivant permet d'aboutir à de meilleurs résultats en termes de taux de survie du greffon. En effet, compte tenu de la sélection drastique des donneurs vivants, les greffons sont globalement de meilleure qualité. En outre, l'intervention chirurgicale peut, dans ce cas, être programmée et donc minutieusement préparée. Et surtout, l'ischémie froide – c'est-à-dire le temps qui s'écoule entre l'arrêt de la circulation sanguine chez le donneur et le rétablissement de la santé sanguine chez le receveur – est considérablement réduite lorsque l'organe est issu d'un donneur vivant. Elle est, dans ce cas de 3 ou 4 heures, contre 18 heures environ lorsque l'organe provient d'une personne décédée. Cette volonté des médecins de favoriser le don d'organes du vivant semble d'ailleurs être partagée par le législateur moderne puisque celui-ci s'est efforcé, lors des dernières réformes de bioéthique, de prendre un certain nombre de dispositions visant à encourager ce type de don. En témoignent notamment l'élargissement progressif du cercle des donneurs par les réformes de 2004 et 2011 ou encore l'admission du don croisé par la loi du 7 juillet 2011.

5 - Pour autant, les efforts récemment faits suffisent-ils ? À défaut, comment pourraient-ils être efficacement prolongés ? Ces questions sont certes difficiles mais elles devaient être abordées avec franchise. Aussi, il a été fait le choix de les décliner autour de trois axes auxquels renvoie nécessairement le don d'organes suivi d'une greffe : le temps (peut-on en gagner en allégeant la procédure ?), l'argent (réaménager les relations pécuniaires entre donneur et receveur permettrait-il d'augmenter les dons ?) et l'altruisme (faut-il poursuivre l'élan initié par le don croisé ?). Ces questions passionnantes ont appelé de la part des praticiens présents des réponses teintées souvent de prudence, parfois de pudeur mais en tout cas toujours révélatrices de leur

1. *Dépêche AFP*, 11 nov. 2012.

2. C'est notamment pour cela que l'on observe une augmentation croissante du nombre de personnes en attente d'une greffe. Ainsi, en 2006, 5 942 personnes étaient en attente d'une greffe. En 2013, elles étaient 9 860 (chiffres de l'Agence de la biomédecine).

3. Sur le prélèvement d'organes *post-mortem*, V. J.-R. Binet dans cette revue : *Dr. famille* 2014, dossier 15, et le livre bouleversant de Marie de Kerangal, *Réparer les vivants* : Gallimard, coll. Verticales, 2014.

4. L'un publiciste (professeur Jean-Paul Markus), l'autre privatiste (l'auteur de ces lignes).

5. Avant de débattre avec les médecins, il était nécessaire de présenter le cadre légal. Cette présentation a été confiée aux étudiants du Master 2 Droit de la

santé. À l'issue d'un travail collectif, trois étudiants de la promotion sont intervenus oralement lors de la conférence pour présenter leurs travaux. Que les uns et les autres soient ici remerciés pour leur grande implication.

6. Concrètement, en 2013, 423 greffes ont été réalisées après prélèvement sur donneur vivant (chiffres Agence de la biomédecine).

7. Selon les chiffres donnés par le docteur Zuber lors de la conférence.

engagement total en la matière. L'occasion nous est ainsi donnée de remercier une nouvelle fois les deux intervenants médicaux qui ont accepté notre invitation à l'échange et à la discussion, les docteurs Zuber (*Coordination Hospitalière des Prélèvements d'Organes et de Tissus du Centre Hospitalier de Versailles*) et Cléro (*Agence de la biomédecine*). Et que ce bref compte-rendu puisse les aider dans la préoccupation qui les habite au quotidien, à savoir mieux faire connaître le don d'organes...

1. Favoriser les dons d'organes du vivant en allégeant la procédure ? —

6 - Après un nécessaire éclairage des juristes (A), les retours des médecins se sont révélés particulièrement instructifs (B).

A. - L'éclairage préalable des juristes

7 - **Cadre légal du prélèvement d'organe du vivant.** - Seules les personnes majeures et qui ne font pas l'objet d'une mesure de protection légale (tutelle, curatelle, sauvegarde de justice) peuvent donner de leur vivant un organe à l'un de leurs proches (*C. santé publ., art. L. 1231-2*). Le prélèvement d'organes doit nécessairement être opéré dans « l'intérêt thérapeutique direct » du receveur (*C. santé publ., art. L. 1231-1, al. 1^{er}*). En pratique, l'organe le plus fréquemment prélevé sur un donneur vivant est le rein. Suit ensuite le foie. En revanche, le prélèvement de poumons n'est, en France, plus pratiqué sur donneur vivant.

8 - **Pluralité de procédures.** - L'article L. 1231-1 du Code de la santé publique fixe la procédure à suivre lorsqu'un prélèvement d'organes est effectué sur une personne vivante. Il est, en réalité, plus adapté de parler de procédures au pluriel puisque le Code en organise trois : la procédure classique, la procédure d'urgence et la procédure alléguée. Les deux premières ont vocation à s'appliquer lorsque le donneur d'organe(s) est le conjoint du receveur, son frère ou sa sœur, son enfant, son grand-parent, son oncle, sa tante, son cousin germain, sa cousine germaine, le conjoint de son père ou de sa mère (beau-père ou belle-mère), une personne apportant la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans avec le receveur (depuis la loi du 6 août 2004)⁸ ou toute personne attachée à lui par un lien affectif étroit et stable depuis au moins deux ans (innovation de la loi du 7 juillet 2011)⁹. En revanche, la procédure dite alléguée a vocation à s'appliquer lorsque le donneur d'organes est le père ou la mère du receveur.

9 - **La procédure classique.** - Elle comprend quatre étapes. Dans un premier temps, l'équipe de greffe explique au donneur potentiel, qui a été sélectionné selon des critères cliniques et paracliniques, les modalités de l'intervention visant au prélèvement d'organe et ses conséquences. Dans un deuxième temps, elle saisit un comité d'experts appelé « comité donneur vivant », lequel est chargé d'auditionner le donneur. Le but de l'audition - qui est unique - est de s'assurer que le donneur a bien mesuré les risques et les conséquences du prélèvement et également de répondre aux questions que celui-ci peut se poser¹⁰. Dans un troisième temps, le donneur est entendu par un magistrat du tribunal de grande instance¹¹, lequel recueille son consentement après s'être assuré que celui-ci a été donné de manière libre

et éclairée. La loi précise explicitement que le consentement « est révoquable sans forme et à tout moment » (*C. santé publ., art. L. 1231-1, al. 4 in fine*). Dans un quatrième temps, le « comité donneur vivant », après avoir exercé un contrôle de légalité et d'opportunité, décide de délivrer ou non l'autorisation de prélèvement.

10 - **La procédure d'urgence.** - Elle s'applique en cas d'urgence vitale (*C. santé publ., art. L. 1231-1, al. 4*)¹². Dans ce cas, l'autorisation du « comité donneur vivant » n'est pas requise. En outre, le consentement du donneur est recueilli, non devant un magistrat du tribunal de grande instance, mais devant le procureur de la République.

11 - **La procédure alléguée.** - Elle s'applique dans l'hypothèse particulière où le donneur est le père ou la mère du receveur. Dans ce cas, le « comité donneur vivant » n'a pas à délivrer d'autorisation de prélèvement, sauf lorsque le magistrat du tribunal de grande instance qui est chargé de recueillir le consentement, « l'estime nécessaire » (*C. santé publ., art. L. 1231-1, al. 6*).

B. - Les retours des médecins

12 - **Perception de la procédure de droit commun.** - Interrogé sur l'opportunité de maintenir ou modifier la procédure dite classique, le docteur Cléro de l'Agence de la biomédecine a ainsi précisé qu'entre le premier contact avec le donneur potentiel et le prélèvement d'organe, il se passe en moyenne entre six à neuf mois en pratique. Certes, le délai peut paraître *a priori* long mais il est, selon lui, absolument nécessaire à la réflexion que doit mener le donneur. Ainsi, l'Agence de la biomédecine est opposée à une simplification du système.

13 - **Précisions sur les « comités donneurs vivants ».** - Créés en mai 2005, ces comités (au nombre de neuf sur le territoire français) ont été évoqués en détail par le docteur Cléro. Ce dernier a d'abord loué leur composition (trois médecins, un psychologue et une personne qualifiée dans le domaine des sciences humaines et sociales), en insistant sur l'importance en pratique du rôle joué par le psychologue. Interrogé sur l'efficacité du rôle des comités (puisque seulement trois refus ont été émis en 2011 sur 346 auditions de donneurs potentiels...), il a expliqué que si le nombre de refus était aussi faible, c'est parce que les équipes médicales en charge des donneurs et des receveurs faisaient, en amont, un excellent travail. Concrètement, celles-ci rencontrent souvent plusieurs donneurs potentiels pour finalement n'en retenir qu'un, lequel sera celui auditionné par le comité d'experts. Le médecin a également précisé que dans quelques cas où le comité a refusé de délivrer l'autorisation de prélèvement, il s'agissait parfois de personnes soumises à des pressions familiales. Celles-ci n'avaient pas osé dire non et c'est finalement le comité qui l'avait fait à leur place.

14 - **L'élargissement du cercle des donneurs potentiels.** - La loi du 7 juillet 2011 a permis à une personne qui est attachée au receveur « par un lien affectif étroit et stable depuis au moins deux ans » de lui donner un organe. Le docteur Cléro a, à cette occasion, rappelé que l'Agence de la biomédecine n'était, au départ, pas favorable à cet élargissement. En tant que praticien, il apprécie donc qu'une durée de deux ans ait été légalement imposée pour donner une consistance au lien, ce qui est de nature à éviter les arrangements financiers entre deux personnes qui seraient, en réalité, de faux amis. Il a également été souligné qu'en pratique, l'équipe médicale se rapproche souvent du tribunal de grande instance compétent pour savoir quelles preuves

8. L. n° 2004-800, 6 août 2004 relative à la bioéthique : JO 7 août 2004, p. 14040.

9. L. n° 2011-814, 7 juill. 2011 relative à la bioéthique : JO 8 juill. 2011, p. 11826.

10. Sur ce sujet, voir l'article de J.-P. Markus, L'intervention du donneur d'organes, publié dans cette même revue et inspiré de la contribution orale qu'il a faite à l'occasion de la conférence (*Dr. famille 2014, dossier 16*).

11. Président du tribunal de grande instance ou magistrat désigné par lui.

12. En pratique, les prélèvements en urgence concernent surtout la moelle osseuse, laquelle est donnée aux personnes atteintes de leucémie.

font être requises pour prouver la relation de concubinage ou le lien amical entre le donneur et le receveur.

15 - **Ce que révèle le suivi des donneurs.** – La loi du 6 août 2004 a organisé un suivi des donneurs vivants d'organes. À ce titre, elle a imposé à l'Agence de la biomédecine « de mettre en œuvre un suivi de l'état » de leur santé « afin d'évaluer les conséquences du prélèvement sur la santé des donneurs » (C. santé publ., art. L. 1418-1, 6°). L'ABM a donc mis en place un registre dans lequel sont consignées les données recueillies à court et moyen terme auprès des équipes médico-chirurgicales qui suivent les donneurs. L'équipe doit suivre annuellement le donneur pour évaluer les conséquences psychologiques et psychiques du don. Néanmoins, il a été dit qu'en pratique le suivi des donneurs n'est pas optimal, notamment pour les donneurs étrangers. Le docteur Cléro a aussi évoqué le phénomène du « blues du donneur », qui n'est pas rare dans les faits. Des donneurs font, en effet, une dépression lors de leur retour à domicile car ils vivent mal, d'une part, la perte de l'un de leurs organes et, d'autre part, le fait que l'on s'occupe moins d'eux une fois le prélèvement effectué.

2. Favoriser les dons d'organes du vivant en repensant la relation pécuniaire entre le donneur et le receveur ? _____

16 - La présentation préalable du cadre légal actuel était, là encore, nécessaire (A) pour pouvoir entamer avec le corps médical une discussion ouverte sur son éventuelle refonte (B).

A. - L'éclairage préalable des juristes

1° Les dispositions actuelles

17 - **Gratuité du don et indemnisation du donneur.** – Telles sont les deux caractéristiques du dispositif français. La gratuité du don s'est imposée en 1950 lors de la création de la Fédération nationale des donneurs de sang bénévoles pour s'étendre ensuite aux organes (loi dite *Caillavet* du 30 décembre 1976) puis aux gamètes (lois du 29 juillet 1994). La gratuité du don d'organes est aujourd'hui affirmée tant dans le Code civil (C. civ., art. 16-1 et 16-5) que dans le Code de la santé publique (C. santé publ., art. L. 1211-4 al. 1^{er}, lequel interdit tout paiement « quelle qu'en soit la forme »). Son non-respect est assorti de sanctions pénales puisque l'article 511-2 du Code pénal précise que la vente d'organes peut être punie de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende. Néanmoins, la gratuité du don d'organes n'exclut pas une éventuelle indemnisation du donneur. En effet, « les frais afférents au prélèvement ou à la collecte sont intégralement pris en charge par l'établissement de santé chargé d'effectuer le prélèvement ou la collecte » (C. santé publ., art. L. 1211-4 al. 2). Concrètement, par application des articles R. 1211-2 à R. 1211-9 du Code de la santé publique, la personne qui donne un organe de son vivant a le droit d'être remboursée :

- de ses frais de transport ;
- de la totalité de ses frais d'hospitalisation et frais d'hébergement hors hospitalisation, à hauteur de 160 € par jour ;
- de ses frais de suivi et de soins.

Cette personne a également le droit à une indemnité journalière pour perte de rémunération, limitée à 4 fois l'indemnité journalière du régime général d'assurance maladie (C. santé publ., art. R. 1211-5). Le Code de la santé publique prévoit aussi la prise en charge dans les mêmes conditions des dépenses de la

personne accompagnant un « donneur dont l'état nécessite l'assistance d'un tiers » (C. santé publ., art. R. 1211-7).

2° Les interrogations

18 - **Nécessité de refondre le système français ?** – La gratuité étant souvent mise en relation avec la pénurie des dons d'organes, les juristes-organiseurs de cette matinée d'échanges se sont posé la question de savoir s'il ne convenait pas de modifier le dispositif actuel. Si on en accepte l'idée, plusieurs pistes pourraient alors être exploitées. La première consisterait à perfectionner le système d'indemnisation du donneur actuellement prévu par le Code de la santé publique, en améliorant par exemple son indemnité journalière pour perte de rémunération. La seconde piste consisterait à rémunérer le don, autrement dit à attribuer une valeur pécuniaire à un élément du corps humain. Certains pays ont franchi le pas s'agissant des dons de gamètes. Ainsi, aux États-Unis par exemple, les hommes sont rémunérés lorsqu'ils font un don de sperme. Plus près de nous, en Espagne, une femme qui fait un don d'ovocytes reçoit environ 900 €. S'agissant des dons d'organes, seuls l'Iran et l'Arabie saoudite – à notre connaissance – rémunèrent les donneurs de reins. Ainsi, le donneur est assuré de recevoir par l'État une somme qui est la même pour tous, ainsi qu'une couverture médicale pendant un an. Le receveur s'engage à offrir au donneur une compensation sous forme de cadeau ou d'argent. S'il vient à manquer de moyens, c'est alors une fondation qui prend le relais.

Le débat était ainsi lancé : revenir sur le principe de la gratuité des dons d'organes en France peut-il constituer une solution pour assurer leur promotion ?

B. - Les réponses des médecins

19 - **La gratuité, un faux prétexte.** – La position, sur ce sujet, de l'Agence de la Biomédecine, représentée par le docteur Cléro est très claire : il ne faut pas supprimer le principe de gratuité des dons d'organes. Même si le corps médical est nécessairement affecté par les trafics d'organes qui se développent dans certains pays, ceux-ci n'ont pas été explicitement évoqués. Le docteur Cléro a avancé une autre explication pour justifier le développement encore difficile des prélèvements d'organes sur personnes vivantes en France. Selon lui, certaines équipes médicales sont parfois réticentes à prélever des organes sur des personnes en parfaite santé dans la mesure où les médecins ont pour devoir de soigner des malades. Ainsi, pratiquer une intervention sur une personne saine n'est pas un acte évident et naturel pour tous les médecins. À cela, s'ajoutent des difficultés d'ordre pratique : réaliser un prélèvement et une greffe implique, pour l'établissement de santé concerné, d'organiser deux opérations, ce qui est parfois problématique en terme de moyens matériels (nécessité d'avoir deux salles d'opération disponibles en même temps...) et humains (problème de disponibilité du personnel notamment).

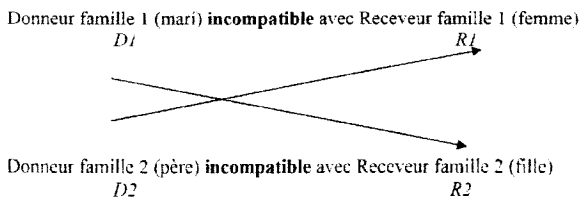
20 - **La communication, une bonne piste.** – Pour les deux médecins présents, une meilleure communication serait le moyen le plus efficace pour optimiser les dons d'organes. Ceux-ci ont à cet égard insisté sur la nécessité de mieux communiquer en la matière avec le grand public. Selon eux, il est impératif que les Français soient familiarisés avec la thématique du don d'organes, afin notamment de faire connaître de leur vivant leurs aspirations en la matière. Il s'agit d'ailleurs là d'une préoccupation constante de l'Agence de la biomédecine, dont le dernier film ¹³ ne déroge pas à la règle. Les docteurs Zuber et

13. « Dons d'organes. Maintenant c'est le bon moment pour dire à vos proches si vous êtes ou non pour le don d'organes » : disponible sur le site de l'Agence de biomédecine.

Cléro ont aussi mis en exergue qu'il est nécessaire de mieux communiquer au sein des équipes médicales et ce, pour vaincre les réticences qu'ont encore certains médecins à réaliser des prélèvements d'organes sur des personnes en parfaite santé.

3. Favoriser le don en repensant l'altruisme ?

21 - Autorisé pour la première fois par la loi du 7 juillet 2011 puis organisé par le décret du 7 septembre 2012, le don croisé est évoqué dans l'article L. 1231-1, alinéa 3, du Code de la santé publique. Selon ce texte, le don croisé permet en cas d'incompatibilité entre un malade et un donneur appartenant à une même « famille »¹⁴, de trouver dans une autre « famille » une autre paire donneur-receveur. Plus précisément, il consiste « pour le receveur potentiel à bénéficier du don d'une autre personne ayant exprimé l'intention de don et également placée dans une situation d'incompatibilité à l'égard de la personne dans l'intérêt de laquelle le prélèvement peut être opéré (...), tandis que cette dernière bénéficie du don du premier donneur ».



22 - À l'occasion de la matinée d'échanges, les juristes ont commencé par exposer les nombreuses conditions légales qui entourent le don croisé, sans doute une façon de marquer leur scepticisme à l'égard de cette nouvelle technique (A), lequel a ensuite été partagé par les médecins (B).

A. - Le don croisé en droit

23 - **Conditions de fond du don croisé.** – Les donneurs et receveurs de chacune de deux paires doivent nécessairement être unis par le lien que requiert la loi en cas de « don classique ». Ainsi, le donneur doit, en principe, avoir la qualité de père ou mère du receveur (*C. santé publ., art. L. 1231-1, al. 1^{er}*) ou, par dérogation, être son conjoint, son frère ou sa sœur, son fils ou sa fille, son grand-parent, son oncle ou sa tante, son/sa cousin(e) germain(e), le/la conjoint(e) de son père ou de sa mère, son/sa concubin(e) ou son/sa ami(e) depuis au moins deux ans (*C. santé publ., art. L. 1231-1, al. 2*). En outre, la loi impose, sans préciser davantage, l'existence d'une « incompatibilité » entre le donneur et le receveur de la même famille. Les médecins entendent cette notion au sens d'incompatibilité immunologique. En droit français, les dons croisés sont limités à des doublets : D1 et R1 croisent avec R2 et D2. En d'autres termes, les chaînes n'y sont pas autorisées, contrairement à d'autres pays. Enfin, il faut savoir qu'en cas de mise en œuvre d'un don croisé, les actes de prélèvement et de greffe « sont engagés de façon simultanée respectivement sur les deux donneurs et sur les deux receveurs » et que l'anonymat entre donneur et receveur doit être respecté (*C. santé publ., art. L. 1231-1, al. 3 in fine*).

14. Le mot « famille » est ici utilisé au sens large : il vise le lien qui, selon la loi, doit unir le donneur au receveur, lequel peut être certes familial (*C. santé publ., art. L. 1231-1, al. 1^{er} et 2*) mais aussi, depuis la loi du 7 juillet 2011, amical (*v. l'alinéa 2 du même code in fine*).

24 - **Conditions de forme du don croisé.** – Celui-ci est soumis à la procédure de droit commun qui s'applique en cas de don classique : pré-sélection du donneur par les équipes médicales, audition devant le « comité d'experts donneur vivant », expression du consentement du donneur devant le tribunal de grande instance puis décision du comité (autorisation ou refus de prélèvement). En outre, donneur et receveur doivent être inscrits dans le registre des paires, lequel est géré par l'Agence de la biomédecine.

B. - Le don croisé et les médecins

25 - **Les réserves médicales.** – Ainsi que le pressentaient les juristes, le don croisé provoque des réserves dans le corps médical, comme l'a confirmé le docteur Cléro. Ce dernier a révélé en premier lieu que pour que le don croisé fonctionne, les simulations montrent qu'il faut au mieux cinquante paires inscrites lors des cycles d'appariement, lesquels sont réalisés en moyenne tous les trois mois. En outre, il est nécessaire de fournir un greffon de qualité équivalente entre les deux paires. Les médecins ont donc mis en place un « score d'appariement » qui est fondé sur trois critères : le groupe sanguin, les identités HLA¹⁵ et les âges¹⁶. Enfin, le docteur Cléro a insisté sur le fait que la condition de simultanéité des actes de prélèvement et de greffe imposée par la loi en cas de don croisé rend en pratique la technique difficile à réaliser. Il est, en effet, nécessaire de bloquer quatre blocs opératoires en même temps, ce qui suppose aussi de pouvoir mobiliser en même temps les personnels nécessaires. Bref, l'ensemble impose une logistique lourde et difficile à coordonner. Ceci explique d'ailleurs que le don croisé connaît, pour l'instant, un succès plus que relatif. En effet, au jour de la conférence (avril 2014), seul un don croisé avait été réalisé en France. Le cycle suivant d'appariement était prévu quelques jours plus tard.

Le corps médical semble, au final, espérer assez peu du don croisé. Il a été explicitement dit lors de la conférence que pour les médecins, la consécration légale du don croisé vient trop tard, dans la mesure où il existe aujourd'hui d'autres techniques pour pallier les éventuelles incompatibilités entre donneur et receveur, notamment les procédés de désimmunisation en cas d'incompatibilité ABO.

26 - **Vers l'admission de nouvelles techniques ?** – Interrogé sur l'opportunité d'autoriser en France des chaînes de don comme par exemple aux États-Unis¹⁷ ou encore des dons dits altruistes¹⁸, le docteur Cléro s'est montré réservé. Selon lui, l'altruisme n'est pas dans la culture latine. Une forme de prudence, voire de scepticisme, caractérise indéniablement notre pays : les médecins souhaitent, globalement, avancer pas à pas en matière de prélèvement d'organes. Un temps d'adaptation s'avère donc nécessaire pour franchir le pas vers de nouvelles techniques... ■

Mots-Clés : Bioéthique - Don d'organe - Don du vivant

15. Les HLA (de l'anglais *Antigène leucocytaire Humain*) sont des molécules qui sont présentes sur la surface de la majorité des cellules de l'organisme. Le typage HLA est en quelque sorte la carte d'identité de toutes les cellules d'un individu.

16. En pratique, il n'y a pas de limite d'âge ni pour le donneur, ni pour le receveur mais un appariement en âge.

17. Aux États-Unis, une chaîne de don a intégré trente paires en 2011.

18. Le don altruiste consiste pour une personne à proposer spontanément l'un de ses organes à un inconnu en attente de greffe. D'un point de vue technique, il peut être étendu aux dons croisés.

15 Le prélèvement d'organes *post mortem* en droit français : un équilibre incertain



Jean-René BINET,
professeur à l'université de Rennes 1, IODE-CRJO
(UMR 6262)

L'économie générale du droit français des prélèvements d'organes *post mortem* traduit la recherche d'un équilibre délicat à atteindre et préserver entre deux impératifs : permettre le plus grand nombre de prélèvements d'organes ; ne pas considérer les corps comme des gisements de matériel biologique.

1 - Jusqu'à une époque assez récente, le Code civil ne contenait pas de dispositions relatives au corps humain¹. Carbonnier pouvait ainsi écrire, en 1950, que « le corps humain n'apparaît pour ainsi dire jamais dans le Code civil : l'homme y est personne, c'est-à-dire pur esprit »². À ce stade, même s'il était acquis – au moins implicitement – que le corps n'était pas une notion synonyme de la personne, on ne pouvait que difficilement envisager l'un sans l'autre.

2 - Comme souvent, les nécessités du progrès médical ont fait évoluer le droit. Concrètement, la nécessité technique de pouvoir prélever sur des corps, morts ou vivants, des éléments utilisables au profit d'autres corps a conduit à traduire juridiquement la distinction existant entre le corps et la personne. Pour chaque partie du corps humain que la médecine pouvait désormais utiliser, une loi devait déterminer les conditions particulières de prélèvement et d'utilisation de cet objet particulier : la cornée, dont une loi du 7 juillet 1949 prévoyait le legs³ ; le sang dont une loi du 21 juillet 1952 organisait la collecte et la cession⁴, les organes, principalement le rein à l'époque, dont la très importante loi *Caillavet* du 22 décembre 1976 prévoyait le cadre du prélèvement et des utilisations⁵. Chacune de ces lois répondait à un problème particulier et apportait des réponses circonstanciées. Leur rapprochement permettait toutefois de commencer à dessiner un régime général et des principes structurants articulant dans un fragile équilibre, l'indisponibilité de principe du corps humain et la mise à disposition de ses parties pour des utilisations médicales. Pouvoir disposer de l'indisponible, ce paradoxe apparent se traduit dans les intitulés des deux lois du 29 juillet 1994, dites de *bioéthique*⁶. Alors que la première est « relative au respect du corps humain », la seconde porte sur le « don et l'utilisation des éléments et produits du corps humain ». Pour le législateur, il s'agissait d'affirmer certains prin-

cipes cardinaux destinés à éviter que le corps soit uniquement considéré comme un gisement de ressources biologiques. Concevoir un statut juridique du corps humain dans cette optique, c'était vouloir sauvegarder la personne humaine dans sa dignité en proclamant le corps hors commerce, hors marché. Il s'agissait aussi, à l'opposé, de lever certaines barrières pour permettre la circulation des éléments et produits du corps humain et en favoriser les utilisations thérapeutiques. Construire le statut du corps humain c'était donc aussi permettre la circulation économique et juridique de ses éléments et produits.

3 - C'est dans cette recherche d'équilibre que s'inscrit aujourd'hui encore le régime juridique des prélèvements d'organes *post mortem*. Ces pratiques ont été encadrées par la loi *Caillavet*, qui a fixé le régime juridique du prélèvement d'organes sur personne vivante ou décédée et les conditions dans lesquelles il peut être pratiqué. Fondues dans les lois de bioéthique en 1994, ces dispositions intégrées au Code de la santé publique, ont fait l'objet de quelques importantes modifications. Les dernières en date résultent des lois du 6 août 2004 et du 7 juillet 2011 relatives à la bioéthique⁷. Ces modifications n'ont pas affecté l'économie générale d'un dispositif resté, pour l'essentiel, conforme aux deux objectifs poursuivis par la loi de 1976 : permettre le plus grand nombre de prélèvements d'organes qu'il est possible sans considérer, par ailleurs, les corps comme des gisements de matériel biologique.

4 - En matière de prélèvement *post mortem*, ce dernier objectif est garanti par l'affirmation du principe de respect du corps humain (C. civ., art. 16-1, al. 1^{er}), même après la mort (C. civ., art. 16-1-1, al. 1^{er}) et les règles de gratuité (C. civ., art. 16-6. – C. santé publ., art. L. 1211-4, al. 1^{er}), d'anonymat (C. civ., art. 16-8. – C. santé publ., art. L. 1211-5, al. 1^{er}) et d'interdiction de la publicité en faveur du don (C. santé publ., art. L. 1211-3, al. 1^{er}). Quant au premier objectif, il résulte de la conjonction de deux moyens : une détermination précoce du moment de la mort et l'institution d'un consentement présumé aux prélèvements d'organes.

5 - Inauguré par une circulaire *Jeanneney* du 24 avril 1968, le critère de la mort cérébrale a ainsi remplacé celui qui fondait sur l'arrêt du cœur le moment du décès. Par la suite, un décret du 2 décembre 1996 dont les dispositions sont codifiées aux articles R. 1232-1 à R. 1232-4 du Code de la santé publique a précisé les conditions du constat, complétées par trois articles depuis la

1. J.-Ch. Galloux, *Le corps humain dans le Code civil in Le Code civil, un passé, un présent, un avenir* : Dalloz 2004, p. 381-393.

2. J. Carbonnier, *Terre et ciel dans le droit français du mariage in Le droit privé français au milieu du XX^e siècle* : LGDJ, Paris, 1950, t. I, p. 325-345, reproduit in J. Carbonnier, *Écrits* : PUF 2008, p. 202-221, spéc. p. 208.

3. L. n° 49-890, 7 juill. 1949 permettant la pratique de la greffe de la cornée grâce à l'aide de donateurs d'yeux volontaires, dite loi Lafay : JO 8 juill. 1949, p. 6702.

4. L. n° 52-854, 21 juill. 1952 sur l'utilisation thérapeutique du sang humain, de son plasma et de leurs dérivés : JO 22 juill. 1952, p. 7357.

5. L. n° 76-1181, 22 déc. 1976 relative aux prélèvements d'organes : JO 23 déc. 1976, p. 7365.

6. D. Thouvenin, *Les lois n° 94-548 du 1^{er} juillet 1994, n° 94-653 et n° 94-654 du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique* : ALD 1995, p. 149 et s.

7. L. n° 2004-800, 6 août 2004 : JO 7 août 2004, p. 14040. – L. n° 2011-814, 7 juill. 2011 : JO 8 juill. 2011, p. 11826.

publication d'un décret du 2 août 2005⁸. Grâce à deux électro-encéphalogrammes plats et aréactifs espacés de quatre heures, le médecin doit vérifier la destruction encéphalique irréversible. En principe le prélèvement d'organes n'est possible que si la personne décédée est assistée par ventilation mécanique et conserve une fonction hémodynamique. Toutefois, pour répondre à l'augmentation constante du nombre des patients en attente de greffe – 18 976 en 2013 contre 8 733 en 1997 ! – le prélèvement de certains organes peut être pratiqué sur une personne décédée présentant un arrêt cardiaque et respiratoire persistant. Ces organes, dont la liste a été fixée par un arrêté également pris le 2 août 2005⁹, sont le rein et le foie.

6 - Quant à la règle du consentement présumé, dont la formulation même questionne nécessairement quiconque sait qu'en droit qui ne dit mot ne consent pas (1), elle suppose ainsi que nous le verrons, une information efficace et préalable des intéressés (2).

1. Une question débattue : le consentement présumé

7 - Depuis 1976, la loi dispose que lorsqu'une personne est décédée, il peut être procédé au prélèvement de ses organes dès lors qu'elle ne l'a pas refusé de son vivant (*C. santé publ., art. L. 1231-1, al. 2*). Ce système du consentement présumé a été préféré à celui du consentement exprès qui aurait pu compromettre la réalisation de nombreux prélèvements. L'article L. 1232-1, alinéa 2 du Code de la santé publique prévoit que le refus du prélèvement peut être exprimé, du vivant de la personne, par tout moyen. Par conséquent, le refus peut être exprimé librement, soit oralement, par exemple dans le cadre de la vie familiale, soit par écrit. Il faudra en rapporter la preuve au moment du décès. Parmi les moyens mis à disposition pour l'expression du refus, la loi a institué un registre national automatisé (*C. santé publ., art. L. 1232-1, al. 2*) dont les modalités de fonctionnement ont été organisées par un décret du 30 mai 1997¹⁰. En vertu de l'article R. 1232-6 du Code de la santé publique, toute personne majeure ou mineure âgée de 13 ans au moins peut s'inscrire sur le registre afin de faire connaître qu'elle refuse qu'un prélèvement d'organes soit opéré sur son corps après son décès soit à des fins thérapeutiques, soit pour rechercher les causes du décès, soit à d'autres fins scientifiques, soit dans plusieurs de ces trois cas. La demande d'inscription sur le registre est adressée par voie postale à l'Agence de la biomédecine : elle est datée, signée, accompagnée de la photocopie de tout document susceptible de justifier de l'identité de son auteur (*C. santé publ., art. R. 1232-7*). Le Code de la santé publique fait de l'interrogation du fichier national automatisé des refus un préalable obligatoire au prélèvement en des termes clairs : « aucun prélèvement d'organes à des fins thérapeutiques, ou aux fins de recherche des causes du décès, ou à d'autres fins scientifiques, ne peut être opéré sur une personne décédée âgée de plus de 13 ans sans interrogation obligatoire et préalable du registre sur l'existence éventuelle d'un refus de prélèvement formulé par la personne décédée » (*C. santé publ., art. R. 1232-10*).

8 - Parce que la mort ne prévient pas du moment où elle frappera, souvent, le défunt n'aura pas exprimé sa volonté grâce au

registre. La loi impose alors au médecin de « s'efforcer de recueillir auprès des proches, l'opposition au don d'organes éventuellement exprimé de son vivant par le défunt, par tout moyen » (*C. santé publ., art. L. 1232-1, al. 3*). Avant la loi du 6 août 2004, cette volonté était à rechercher auprès de la « famille » (*C. santé publ., art. L. 1232-1, al. 4, ancien*), mais le législateur a estimé que « la notion de famille est aujourd'hui trop restrictive au regard de l'évolution sociale et n'offre plus une garantie suffisante dans les cas fréquents où la personne décédée n'a plus d'entourage familial »¹¹.

9 - L'instauration de la règle du consentement présumé a suscité de nombreuses critiques. Ainsi, la psychanalyste Monette Vacquin écrit à son sujet, qu'elle « ne permet pas au défunt de participer, en tant que personne, par un assentiment exprimé de son vivant, et non en tant qu'objet, à l'usage fait de son corps. Elle a fondé en droit la seule logique de l'efficacité, de l'utilitarisme immédiat (...) »¹². Lorsqu'il a consacré cette règle en 1976, le législateur était animé de la volonté très claire de permettre le plus grand nombre de prélèvements possible. Mais, faute d'y avoir été préalablement sensibilisées, de nombreuses familles s'opposent à ces prélèvements sur un fils, une fille, trop brutalement décédés. Le récent roman de Maylis de Kerangal donne une idée de ce que représente, pour un père et une mère, la question du prélèvement des organes de leur enfant. Sean et Marianne viennent d'apprendre que leur fils de 18 ans, Simon, a été admis en réanimation après un très grave accident de la circulation. Ils n'ont pas encore pris conscience qu'il était mort. Ils sont avec Thomas, un infirmier, qui les a fait entrer dans une petite pièce et leur annonce : « Nous sommes dans un contexte où il serait possible d'envisager que Simon fasse don de ses organes. Bam. (...) Sean relève la tête, Marianne sursaute, tous deux chavirent leur regard dans celui de Thomas – ils commencent à entrevoir avec terreur ce qu'ils fabriquent ici, face à ce beau jeune homme au profil de médaille, ce beau jeune homme qui enchaîne avec calme. Je voudrais savoir si votre fils avait eu l'occasion de s'exprimer sur ce sujet, s'il lui est arrivé d'en parler avec vous. Les murs valsent, le sol roule, Marianne et Sean sont assommés »¹³. Dans ce contexte, le constat, fait en France, est celui d'un taux anormalement élevé de refus, de l'ordre de 31 %, là où nos voisins espagnols par exemple enregistrent un taux de refus de seulement 16 %¹⁴.

10 - Plusieurs décennies après la promulgation de la loi, les réserves formulées à l'égard de cette règle semblent persister. Les états généraux de la bioéthique, organisés pour préparer la deuxième révision de la loi de bioéthique – la loi du 7 juillet 2011 – ont été l'occasion de constater que les citoyens panélistes ignoraient ce dispositif et que, le découvrant, ils ne l'approuvaient pas¹⁵. Ils ont en effet affirmé qu'ils ignoraient cette règle avant de bénéficier de la session de formation organisée à leur profit. Pour eux, le système fondé sur le principe « qui ne dit mot consent » était incompatible avec leur conception de la solidarité : un don solidaire est un don assumé. Ils ont donc souhaité que soit institué un registre du choix dans lequel seraient inscrits le refus ou l'acceptation des citoyens quant au prélèvement de leurs organes après leur mort.

11 - Lors des travaux parlementaires, cette préoccupation a été portée par quelques députés. Ainsi, dans un amendement rédigé

8. D. n° 2005-949, 2 août 2005 : JO 6 août 2005, p. 12898.
9. A. 2 août 2005 fixant la liste des organes pour lesquels le prélèvement sur une personne décédée présentant un arrêt cardiaque et respiratoire persistant est autorisé : JO 6 août 2005, p. 12901.
10. D. n° 97-704, 30 mai 1997 relatif au registre national automatisé des refus de prélèvement sur une personne décédée d'organes, de tissus et de cellules et modifiant le Code de la santé publique : JO 3 juin 1997, p. 8897 aujourd'hui *C. santé publ., art. R. 1232-5 à R. 1232-14*.

11. Doc. AN (2001-2002), n° 3166, p. 23.
12. M. Vacquin, *Frankenstein ou les délires de la raison* : François Bourin, 1989, p. 208.
13. M. de Kerangal, *Réparer les vivants* : Verticales 2013, p. 120.
14. D. Rodriguez-Arias Vailhen, *Lumières et ombres du modèle espagnol de transplantation d'organes* : [http://infodoc.inserm.fr/inserm/ethique.nsf/0f4d0071608efcebc125709d00532b6f/90f78cdcad263cb9c1257383004aa249/\\$FILE/Texte%20intégré.pdf](http://infodoc.inserm.fr/inserm/ethique.nsf/0f4d0071608efcebc125709d00532b6f/90f78cdcad263cb9c1257383004aa249/$FILE/Texte%20intégré.pdf).
15. États généraux de la bioéthique, *Rapport final*, juin 2009, p. 46.

à l'occasion de la première lecture à l'Assemblée nationale, des parlementaires expliquaient que « la volonté de la personne est très difficile à connaître : une non-inscription sur le registre de refus ne signifie pas pour autant un consentement au prélèvement d'organe », ce dont il résulte que « la famille doit alors se prononcer et se trouve confrontée à un choix compliqué sans connaître la volonté du défunt »¹⁶. Ils en tiraient la conclusion que le « registre de refus qui visait à favoriser le don d'organes en considérant chaque français comme donneur potentiel et volontaire n'a pas eu les résultats escomptés » et qu'il était nécessaire qu'il soit « complété par un registre officiel de consentement ». Fondé sur cette analyse, l'amendement proposait donc une nouvelle rédaction pour l'article L. 1232-1 du Code de la santé publique, aux termes duquel le prélèvement ne serait possible que si « la personne a fait connaître, de son vivant, sa volonté concernant un tel prélèvement, c'est-à-dire son refus ou son consentement », notamment par l'inscription sur un registre des donneurs d'organes. Ce n'est qu'à défaut d'une telle inscription que la famille aurait eu à se prononcer sur la volonté du défunt. Plutôt que d'ouvrir sur un même registre la possibilité de deux choix différents, d'autres préféraient la création, à côté du registre des refus, d'un registre « destiné à accueillir les choix positifs en matière de dons d'organes »¹⁷. Toutefois, le gouvernement a analysé cette position comme étant difficilement compatible avec le maintien de la règle du consentement présumé. La sauvegarde de ce principe a donc conduit au rejet très net de cette proposition.

12 - Une autre question très débattue portait sur la possibilité d'inscription du refus dans divers documents : précisément, la carte Vitale¹⁸ ou le dossier médical personnel¹⁹, pour permettre « un gain de temps considérable pour les équipes médicales chargées du prélèvement de l'organe à transplanter »²⁰, et permettre « que la volonté de la personne de donner ou non ses organes soit connue de manière plus large et systématique »²¹. Ces propositions avaient déjà été faites, sans succès, en 2004 : les diverses propositions visant à permettre l'inscription du refus sur des documents officiels, tels que la carte Vitale, avaient alors été systématiquement rejetées²². Cette fois, sans atteindre leur objectif initial, les promoteurs de cette évolution ont obtenu, toutefois, l'inscription sur ces documents, non du refus ou du consentement de la personne, mais de ce qu'elle a été informée de la législation relative au don d'organe²³. Précisons que, s'agissant de l'inscription sur la carte Vitale, cette mention apparaîtra au titre des informations relatives aux interventions urgentes que les professionnels de santé « peuvent porter sur le volet, avec le consentement exprès du titulaire de la carte » et que les règles relatives à cette inscription et à sa consultation sont fixées par décret en Conseil d'État (CSS, art. L. 161-31, II). Cette

disposition permettra alors de renforcer la présomption de consentement : il sera désormais possible d'attester qu'une personne a été pleinement informée de la règle du consentement présumé. Si elle ne s'y est pas opposée, c'est la preuve qu'elle y a adhéré. Cela soulève cependant une question. Comment faudra-t-il considérer le cas de celui dont rien n'atteste qu'il a été informé de cette présomption de consentement ? Les médecins ne seront-ils pas fragilisés ? Sera-t-il encore possible de se retrancher derrière la règle *nemo censetur legem ignorare* ? Le remède à ce problème passe nécessairement par le renforcement de l'information.

2. Une exigence éthique : l'information des citoyens

13 - À la demande des associations militant pour le développement des greffes, le législateur de 2004 avait souhaité rompre le silence qui régnait, jusqu'alors, autour des règles relatives au prélèvement d'organes. Cette volonté s'était notamment traduite par l'instauration d'une information obligatoire, à destination de la jeunesse. Pour ce faire, lors de l'appel de préparation à la défense (renommée depuis « Journée défense et citoyenneté »), une information est délivrée sur les modalités de consentement au don d'organes à fins de greffe et sur la possibilité pour une personne d'inscrire son refus sur le registre national automatisé (C. serv. nat., art. L. 114-3, al. 2). En outre, les médecins doivent s'assurer que leurs patients âgés de seize à vingt-cinq ans sont informés des modalités de consentement au don d'organes à fins de greffe et, à défaut, leur assurer cette information²⁴. Pour y procéder, le médecin précise au jeune patient les sources d'information disponibles émanant de l'Agence de la biomédecine, notamment l'existence de son site Internet. Il l'invite à accéder lui-même à ce site, et, s'il l'estime souhaitable, lui remet personnellement une version imprimée des pages spécialement éditées par l'Agence à destination des jeunes. Il répond, le cas échéant, aux demandes d'information complémentaires (C. santé publ., art. R. 1211-50, al. 2). Suivant les recommandations du CCNE²⁵, la loi du 7 juillet 2011 a consacré de nouvelles dispositions s'inscrivant dans la même veine.

14 - Désormais, une information doit être dispensée dans les lycées et les établissements d'enseignement supérieur sur la législation relative au don d'organes à fins de greffe et sur les moyens de faire connaître sa position de son vivant soit en s'inscrivant sur le registre national automatisé, soit en informant ses proches²⁶. Ces séances peuvent associer les personnels contribuant à la mission de santé scolaire ainsi que des intervenants extérieurs, issus notamment des associations militant pour le don d'organes. De plus, ainsi que cela avait été suggéré par le Conseil d'orientation de l'agence de la biomédecine²⁷, une reconnaissance symbolique envers les donneurs a été instituée. Désormais, en effet, la Journée nationale de réflexion sur le don d'organes et la greffe prend le nom de « Journée nationale de réflexion sur le don d'organe et la greffe et de reconnaissance envers les donneurs »²⁸. ■

Mots-Clés : Bioéthique - Don d'organe - Don post mortem

16. AN, n° 3111, amendements n° 63 et 191, présentés par M^{me} Orliac, M. Charasse, M^{me} Berthelot, M. Giacobbi, M^{me} Girardin, M. Giraud, M^{me} Jeanny Marc, M^{me} Pinel et M^{me} Robin-Rodrigo.

17. AN, n° 3111, préc., amendement n° 1, présenté par M. Garrigue.

18. AN, n° 3403, amendement n° 88, présenté par M^{me} Irlès, M^{me} Marguerite Lamour, M. Mach, M^{me} Delong, M. Calvet, M. Grand, M^{me} Roig, M^{me} de La Raudière, M. Luca, M. Philippe Armand Martin et M. Gatignol.

19. AN, n° 3403, préc., amendement n° 10, présenté par M. Jardé et M. Préel.

20. AN, n° 3403, préc., amendement n° 88, présenté par M^{me} Irlès, M^{me} Marguerite Lamour, M. Mach, M^{me} Delong, M. Calvet, M. Grand, M^{me} Roig, M^{me} de La Raudière, M. Luca, M. Philippe Armand Martin et M. Gatignol.

21. AN, n° 3403, préc., amendement n° 109, présenté par M. Préel, M. Jardé et M. Sauvadet.

22. V., pour la carte Vitale, JOAN CR, 1^{re} séance, 10 déc. 2003.

23. L. 2011-814, préc., art. 9 et 13. - C. santé publ., art. L. 1111-14 : dossier médical personnel. - CSS, art. L. 161-31, II : carte Vitale.

24. C. santé publ., art., L. 1211-3, al. 3. - L. n° 2004-800, préc., art. 7, 3^e, b.

25. CCNE, avis n° 115, 15 juin 2011, Questions d'éthique relatives au prélèvement et au don d'organes à des fins de transplantation : RGDM 2011/3, chron. Éthique et droit du vivant, p. 292, obs. G. de Lauriston.

26. C. éduc., art. L. 312-17-2. - L. n° 2011-814, préc., art. 8.

27. ABM, Conseil d'orientation, délib. n° 2010-CO-45, 8 oct. 2010, p. 9 : http://www.agence-biomedecine.fr/uploads/document/Avis_CO_greffe_renale_DV.pdf.

28. L. n° 2011-814, préc., art. 10.

16 L'information du donneur d'organe

Jean-Paul MARKUS,

professeur à l'université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines

Le donneur vivant d'organe bénéficie d'un double régime d'information : l'un spécial, en tant que donneur ; l'autre général, en tant que patient. Ces deux régimes se complètent et sont parfois redondants. Il convient de les analyser et d'en étudier l'articulation, quant à leur portée, mais aussi quant aux conséquences en cas de défaut d'information.

1 - La greffe d'organes entre vivants constitue une démarche risquée pour le receveur, mais aussi pour le donneur. L'information du receveur pose peu de problèmes eu égard à l'objet de l'intervention dont il fait l'objet, qui est purement thérapeutique. En revanche, l'intervention effectuée sur le donneur, à savoir le prélèvement d'organe, n'a pas de vocation thérapeutique, et occasionne même un risque sérieux. En outre, le donneur est souvent sollicité au titre de ses liens de parenté avec le receveur (*infra*), ce qui rend sa situation parfois intenable. Ainsi, dans la relation donneur-médecin-receveur, ce n'est paradoxalement pas le receveur qui est à protéger, mais le donneur, placé dans une « situation particulière de vulnérabilité »¹. À ce titre, dans le cadre de la procédure d'accompagnement du donneur dans sa prise de décision, le devoir d'information tient une place primordiale et justifie un régime spécifique. Ce régime est prévu par l'article L. 1231-1 du Code de la santé publique issu de la loi du 6 août 2004², précisé par les articles R. 1231-1 à R. 1231-8³.

2 - L'existence d'un régime spécial d'information n'est pas extraordinaire en droit de la santé : il en existe d'autres, en faveur des donneurs de moelle osseuse ou de cellules hématopoïétiques, sur l'objet du prélèvement et ses conséquences (C. santé publ., art. L. 1241-1) ; en faveur de la donneuse d'ovocyte, sur les conditions de la stimulation ovarienne (C. santé publ., art. L. 1244-7) ; en faveur de la personne sur laquelle sont prélevés des tissus, cellules et produits du corps humain à des fins thérapeutiques ou scientifiques, sur les finalités de cette utilisation (C. santé publ., art. L. 1245-2) ; en faveur des personnes pour lesquelles un embryon a été conçu *in vitro* dans le cadre des recherches sur embryons (C. santé publ., art. L. 2151-5) ; ou encore en faveur de la femme souhaitant bénéficier d'une interruption volontaire de grossesse, sur la procédure (C. santé publ., art. L. 2212-3).

3 - L'existence d'un régime spécifique d'information n'exclut toutefois pas l'application, parallèle, du devoir général d'information tel qu'il découle de l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique, et des différents codes de déontologie (pour les médecins : C. santé publ., art. R. 4127-35).

4 - Il en résulte une superposition de deux régimes d'information, qui s'explique par le fait que le donneur d'organe est à titre principal une personne qui consent à un acte de générosité qui aura un impact sur sa vie, et subsidiairement un patient qui va subir une opération.

5 - Ces deux régimes d'information n'ont ni le même objet, ni les mêmes modalités d'application. Le devoir d'information spécial du donneur d'organe tend à faire en sorte que cette personne ne puisse consentir à ce geste sans en mesurer toutes les conséquences, y compris non médicales : il ne faudrait pas que les donneurs, mal préparés, ressentent systématiquement un profond regret d'avoir consenti au don, au risque d'aborder de drames humains individuels, et ensuite d'épuiser un « stock » potentiel de donneurs déjà bien maigre⁴. Parallèlement, le devoir d'information générale tend à faire en sorte que le donneur mesure les conséquences médicales de son geste, sur sa propre personne.

6 - L'objet de cette étude n'est pas seulement d'exposer un régime d'information déjà décrit par ailleurs⁵. Il s'agit de s'interroger sur l'articulation du régime spécial d'information avec le régime général. Les deux régimes seront donc analysés parallèlement, d'abord sur le plan de la délivrance de l'information et surtout de la portée de cette information (1). Nous nous interrogerons ensuite sur les conséquences d'un défaut d'information (2).

1. La délivrance de l'information : régimes

7 - Le donneur d'organe bénéficie d'un double régime d'information qui n'est pas sans redondances, mais dont les objets respectifs sont adaptés aux conséquences possibles du don sur le donneur, lesquelles sont de natures diverses. Il est important d'en connaître les acteurs (A) et la portée (B).

A. - Acteurs des devoirs d'information

8 - Un devoir d'information, quel qu'il soit, constitue une obligation, avec un créancier et un débiteur.

1° Le créancier de l'information

9 - Dans notre cas, le créancier est évidemment le donneur. Il n'y a pas lieu de s'étendre sur ce point qui ne pose aucun problème, pas même de représentation : étant donné qu'aucun prélèvement d'organe ne peut s'opérer sur une personne mineure ou sur une personne majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale (C. santé publ., art. L. 1231-3), le donneur majeur et capable est seul destinataire de l'information, qu'il lui revient de traiter avec l'aide du comité d'experts (*infra*) et éventuellement de ses proches.

10 - Tout au plus peut-on se poser la question de l'applicabilité du régime de la personne de confiance de l'article L. 1111-6 du Code de la santé publique, en tant que cette personne peut « assister aux entretiens médicaux » afin « d'aider (le patient)

1. F. Dreiffuss-Netter, *Les donneurs vivants, ou la protection des personnes en situation de vulnérabilité* : Dalloz 2005 p. 1808.

2. Loi n° 2004-800, 6 août 2004 relative à la bioéthique (JO 7 août 2004, p. 14040) modifiée par la loi n° 2011-814, 7 juill. 2011 (JO 8 juill. 2011, p. 11826).

3. D. n° 2012-1035, 7 sept. 2012 relatif au prélèvement et à la greffe d'organes : JO 9 sept. 2012, p. 14499.

4. AN, Rapp. J. Leonetti, n° 3111, 26 janv. 2011, p. 21.

5. F. Dreiffuss-Netter, art. préc.

dans ses décisions » : le donneur étant aussi un patient sur le point de subir une intervention risquée, rien ne semble lui interdire de faire appel à une personne de confiance. Toutefois, le régime spécial d'information de l'article L. 1231-1 du même code exclut à notre sens que la personne de confiance assiste à l'audition du donneur par le comité d'experts prévu à l'article L. 1231-3. Ce comité tend en effet précisément à vérifier que le donneur pèse par lui-même les conséquences de son geste, et qu'il ne décide pas sous l'emprise d'une personne dont l'impartialité n'est au demeurant pas garantie.

11 - Les débiteurs de l'obligation d'information nécessitent plus d'explications.

2° Les débiteurs de l'information

12 - Selon l'article L. 1231-1 du Code de la santé publique, le donneur est préalablement informé par le comité d'experts régi par l'article L. 1231-3. Ce comité siège en deux formations de cinq membres, désignés par arrêté du ministre de la Santé. Il s'agit de deux médecins et d'une personne qualifiée dans le domaine des sciences humaines et sociales, auxquels s'ajoutent deux autres membres, à savoir en pratique un autre médecin et un psychologue. Cette composition est importante s'agissant du contenu de l'information (*infra*). Neuf comités ont été créés sur le territoire français (C. santé publ., art. R. 1231-5).

13 - En cas d'urgence, le comité d'experts est écarté au profit du « praticien qui a posé l'indication de greffe ou par tout autre praticien au choix du donneur » (C. santé publ., art. L. 1231-3, al. 1^{er} in fine). L'urgence s'entend par rapport au receveur, qui doit être en état de péril et sans solution alternative. Cette disposition ouvre deux sous-hypothèses : d'abord celle du médecin prescripteur de la greffe, qui devient alors seul débiteur de l'information. C'est donc une charge très lourde pour ce médecin à l'égard du donneur, qui devra mettre en œuvre non seulement le devoir général d'information qui découle de sa déontologie, mais, aussi, le devoir d'information spécial de l'article L. 1231-1, qui porte sur des données autres que médicales (*infra*).

14 - La seconde sous-hypothèse est celle d'un « autre praticien au choix du donneur ». On comprend le souci du législateur d'offrir au donneur la faculté de consulter un praticien qu'il connaît et en qui il a confiance, par préférence à celui ayant indiqué la greffe et dont l'objectivité n'est de ce fait pas garantie. Mais ce praticien extérieur, qui n'est d'ailleurs pas nécessairement spécialisé en transplantations, se trouvera bien embarrassé : selon l'article R. 1231-1, il devra d'abord renseigner le donneur « sur les résultats qui peuvent être attendus de la greffe pour le receveur », et cela en toute méconnaissance de l'état du receveur, en raison de secret médical ; selon la même disposition, il devra ensuite délivrer au donneur qui l'a choisi une information conforme aux exigences de l'article L. 1231-1, alinéa 4, notamment sur les conséquences non médicales du don d'organe, et cela sans forcément les connaître, car sa propre spécialité ne le conduit pas forcément pas à les connaître.

15 - Il ne revient toutefois pas à ce praticien extérieur de délivrer l'information relative à l'acte même de prélèvement et à ses risques médicaux : cette information, qui relève du devoir général d'information, incombe au seul praticien en charge du prélèvement. À côté du comité d'experts en effet, le praticien en charge du prélèvement accomplira son devoir déontologique d'information du donneur, qui n'est autre que son patient, quant aux risques médicaux de l'acte à pratiquer (C. santé publ., art. L. 1111-2).

B. - Portée des devoirs d'information

16 - Il n'est pas nécessaire de décrire le contenu du devoir général d'information, tel que découlant des textes interprétés par le juge. Ce contenu est connu⁶, et la sanction du défaut d'information se fonde sur le raisonnement de la perte de chance, au cas où le risque non mentionné se réalise⁷.

17 - La portée du devoir spécial d'information nous retiendra plus longuement : il convient d'abord de délimiter le champ de ce devoir d'information, avant d'en examiner les éventuels doublons avec le devoir général d'information du médecin.

1° Le champ de l'information

18 - Deux textes doivent être conjugués pour délimiter le champ de l'information : l'article L. 1321-1 précité, et son décret d'application (C. santé publ., art. R. 1321-1). Selon la loi, le donneur doit être informé : 1° des « risques qu'il encourt » ; 2° des « conséquences éventuelles du prélèvement », lesquelles peuvent être « d'ordre physique ou psychologique » (C. santé publ., art. L. 1231-3, al. 3) mais pas seulement ; 3° le cas échéant des « modalités du don croisé ».

19 - Ces éléments sont repris et précisés par l'article R. 1231-1, qui ajoute les « résultats qui peuvent être attendus de la greffe pour le receveur ». Reste à savoir comment interpréter cet ajout réglementaire. Soit il porte sur des données générales, comme le taux de réussite de la greffe, la vie du receveur après le don, en somme des éléments d'ordre statistique. Soit cette information porte sur le receveur lui-même, ses chances de survie compte tenu de ses propres facteurs de santé, et dans ce cas il y a problème : l'autorité réglementaire n'est pas autorisée à étendre le champ légal du devoir d'information à une donnée couverte par le secret médical. Même si cette information sur l'état du donneur, ses chances de survie après la greffe, paraît indispensable au consentement du donneur, il aurait fallu qu'elle soit prévue par la loi.

6. V. par ex. G. Viney et P. Sargos, *Le devoir d'information du médecin* : RDC 2012, p. 1104.

7. V. par ex. M. Bacache, *Le défaut d'information sur les risques de l'intervention : quelles sanctions ? Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance* : Dalloz 2008, p. 1908. – J.-S. Borghetti, *Manquement du médecin à son devoir d'information : quel préjudice réparable ?* RDC 2008, p. 769.

20 - Il en résulte le tableau suivant :

Information spécifique de l'article L. 1231-1	Décret d'exécution : R. 1321-1	Énumération des informations à délivrer (non exhaustive)
« Risques »	- Risques médicaux	- Anesthésie - Geste chirurgical - Suites opératoires (complications possibles, immédiates et à long terme)
	- « Conséquences prévisibles d'ordre physique et psychologique »	- Douleurs - Effets psychologiques d'un éventuel échec sur le receveur (décès) - Anxiété, dépression (« blues du donneur ») - Conséquences sur l'hygiène de vie
« Conséquences éventuelles du prélèvement »	« Répercussions éventuelles de ce prélèvement sur la vie personnelle, familiale et professionnelle »	- Principe de neutralité financière, impact financiers divers - Relations avec les proches, le receveur - Impact professionnel (perte de chiffre d'affaires pour les indépendants), relations avec l'employeur (congés maladie), relations avec les collègues ; perte éventuelle d'emploi ⁸ - Formalités et prise en charge par la sécurité sociale du suivi - Neutralité en termes de solvabilité (C. assur., art. L. 111-8) ⁹
« Modalités du don croisé »	« Modalités d'un don croisé »	- Éligibilité - Procédure
	« Résultats qui peuvent être attendus de la greffe pour le receveur »	- Données générales (taux de réussite, vie du donneur après le don)

21 - Reste la question de l'articulation de ce devoir spécifique d'information avec celui dû par tout médecin au titre de sa déontologie.

2° Doublons informationnels ?

22 - Comme cela a été dit, le devoir spécifique d'information n'exclut pas l'application du devoir général d'information découlant de l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique, et des différents codes de déontologie.

23 - Le devoir d'information par le comité d'experts, en tant qu'il porte aussi sur les risques médicaux, fait partiellement doublon avec le devoir général d'information de tout médecin. En tant que patient, le donneur sera informé par tous les professionnels de santé qui auront à le prendre en charge, en vertu du droit commun : le chirurgien effectuant le prélèvement informera des conséquences et risques de l'intervention ; l'anesthésiste expliquera les risques de l'anesthésie ; le radiologue interprétera les clichés auprès du donneur ; enfin, et sans que la liste soit exhaustive, le généraliste informera le donneur sur les traitements postopératoires.

24 - Cette information, qui incombe à chacun des intervenants, devra s'effectuer conformément au droit commun, parallèlement à l'information délivrée par le comité d'experts, lequel se voit doté par la loi d'un droit d'accès aux « informations médicales » concernant le donneur et le receveur (C. santé publ., art. L. 1231-3, al. 3). Cela implique aussi une information du donneur sur ce plan. Il en résulte une double information médicale du donneur, ce qui n'est pas en soi critiquable (à condition d'éviter les contradictions).

25 - Mais cette double source d'information ne doit pas induire les médecins en erreur : le médecin intervenant ne pourra pas pour autant se reposer sur les informations fournies par le comité d'experts : l'existence du régime spécial ne le dégage pas de son propre devoir d'information.

26 - Inversement, l'information médicale donnée par le comité d'experts devra également être exhaustive (information sur les « risques », sans réserve, prévoit l'article L. 1231-1).

27 - Reste que, si les informations fournies par le médecin et le comité d'experts se recouperont, le doublon ne sera pas total : le rôle du comité d'experts est d'insister sur les risques les plus pertinents par rapport à la finalité de l'acte : le don et les conséquences du don. Le médecin intervenant informera quant à lui sur l'objet de l'acte : le prélèvement et les conséquences médicales de ce prélèvement. Cela signifie que le comité pourrait se reposer sur le devoir général d'information du médecin pour les détails médicaux liés au seul acte chirurgical de prélèvement.

28 - En outre, s'agissant du devoir général d'information, l'article L. 1111-2 énonce les seuls risques « fréquents ou graves et normalement prévisibles », tandis que l'article L. 1231-1 relatif au devoir spécifique d'information mentionne simplement

8. S'il existe des études sur l'insertion professionnelle des personnes transplantées (Y. El Samad et C. Doutrélot. *Transplantation rénale et maintien dans l'emploi : Étude portant sur 133 transplantations rénales au CHU d'Amiens : Éditions Universitaires Européennes, 2012*), aucune étude systématique n'a encore été produite sur les conséquences d'un prélèvement quant à l'insertion des personnes ayant donné un organe, ni sur leur maintien dans leur emploi après prélèvement.

9. C. assur., art. L. 111-8 : « Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la prise en compte d'un don d'organes comme facteur de refus de contrat d'assurance ou dans le calcul des primes et des prestations du donneur ayant pour effet des différences en matière de primes et de prestations est interdite ».

« les risques ». Il faut en conclure que le devoir d'information spécifique s'étend aussi aux risques exceptionnels au sens de la jurisprudence qui prévalait avant la loi du 4 mars 2002 modifiant l'article L. 1111-2¹⁰, risques qui n'entrent plus dans le champ du devoir général d'information du médecin depuis cette loi. Ce n'est donc pas au médecin d'informer le donneur sur ces risques exceptionnels, sauf s'ils sont graves (C. santé publ., art. L. 1111-2), mais au comité d'experts.

Il en résulte que les rôles respectifs du médecin et du comité d'experts en matière d'information, loin de doubler simplement, se complètent.

29 - Enfin, ajoutons que l'article L. 1111-3 du Code de la santé publique relatif à l'information sur les frais auxquels serait exposé le patient, ne trouve pas à s'appliquer : la question des frais fait déjà partie de l'information spécifique à délivrer au donneur, notamment à travers le principe de neutralité financière du don.

2. L'absence d'information : conséquences

30 - La relation créancier/débiteur s'accompagne normalement de sanctions à l'encontre du débiteur en cas de défaillance. Qu'il s'agisse d'une obligation d'information spécifique ou générale, une même dichotomie émerge : soit le risque est connu et il devait donc faire l'objet d'une information (A) ; soit il ne l'est pas, et n'avait pas à être mentionné. Reste que dans le cas de l'information d'un donneur, la limite entre risque connu et inconnu n'est pas simple (B).

A. - Défaut d'information sur des risques connus

31 - Nous distinguerons les risques médicaux liés au prélèvement en vue d'un don d'organe, des autres risques.

1° Risques médicaux connus

32 - Que le devoir d'information découle du devoir général de tout médecin ou de l'article L. 1231-1 du Code de la santé publique, le défaut d'information revêt les mêmes caractéristiques.

33 - Le praticien pratiquant le prélèvement ou le comité d'experts doivent énoncer les risques découlant des données acquises de la science, au moment où l'information est délivrée¹¹. La jurisprudence en la matière ne concerne pas les greffes d'organes, mais elle ne peut que s'y appliquer. Il serait même contraire aux devoirs des médecins d'énoncer des risques très hypothétiques, non étayés par la science, comme peuvent le faire par exemple certains praticiens militant contre la vaccination ou contre certains types de traitements.

34 - S'agissant du comité d'experts, on a vu que son devoir d'information s'étendait aussi aux risques connus bien qu'exceptionnels, l'article L. 1231-1 ne renvoyant pas aux restrictions de l'article L. 1111-2 dans sa rédaction issue de la loi du 4 mars 2002.

35 - Toute omission engage la responsabilité du débiteur de l'obligation d'information. Lorsque le prélèvement est effectué dans un établissement hospitalier, c'est ce dernier qui verra sa

responsabilité engagée en cas d'information incomplète de la part du praticien. Et conformément au droit commun, c'est à l'établissement que revient la charge de la preuve, qu'il soit public¹² ou privé¹³.

36 - En cas de manquement du comité d'experts à son devoir d'information, l'identification du responsable est moins évidente, faute de jurisprudence. Faut-il engager la responsabilité du comité d'experts ? Ce comité paraît ne relever d'aucune autre personne publique que l'État à la lecture du seul article L. 1231-3. La partie réglementaire du Code de la santé publique montre toutefois que ce comité est administré par l'Agence de biomédecine, qui en assure le fonctionnement en pratique, rémunère les membres (C. santé publ., art. R. 1231-7), et pour la désignation desquels elle donne son avis (C. santé publ., art. R. 1231-6)¹⁴. Ce comité est donc, de par les textes et la pratique, une émanation de l'Agence de biomédecine, établissement public administratif de l'État placé sous la tutelle du ministre chargé de la Santé (C. santé publ., art. L. 1418-1).

37 - Or il a déjà été jugé, certes *a contrario*, que l'Agence de biomédecine en tant que personne publique, pouvait voir sa responsabilité engagée en raison d'une carence dans l'exercice de ses missions. L'affaire mettait en cause l'exercice de sa mission par l'Établissement français des greffes, aux droits duquel était venue l'Agence de biomédecine¹⁵.

Cela signifie qu'en cas d'omission par le comité d'experts d'une information de nature à entacher le consentement du donneur, il y aura clairement responsabilité de l'Agence, tout au moins si le risque se réalise, par transposition de la jurisprudence en la matière¹⁶. Par analogie avec la jurisprudence sur le devoir général d'information, on peut imaginer que la preuve de l'information incombait à l'Agence, notamment à travers des procès-verbaux d'audition.

38 - Précisons enfin que le comité d'experts doit au donneur une information sur les « résultats qui peuvent être attendus de la greffe pour le receveur » (V. tableau *supra*). Cette information, de nature médicale, peut être déterminante pour le donneur. Reste à déterminer la sanction en cas de manquement, par exemple lorsque le receveur décède très peu de temps après la greffe, parce que ses chances de survies étaient faibles dès le départ, et que le donneur n'en a pas été informé.

2° Risques non médicaux connus

39 - Alors que le praticien en charge du prélèvement ne doit à son patient que des informations sur les risques médicaux, le comité d'experts est débiteur d'une palette bien plus étendue d'informations, en particulier les « répercussions éventuelles (du) prélèvement sur (sa) vie personnelle, familiale et profession-

10. Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 1998, n° 97-10.267 ; *JurisData* n° 1998-003691 ; *JCP* 1998, II, 10179, concl. Sainte-Rose et note P. Sargos ; *Bull. civ.* 1998, I, n° 291 ; *GADS*, 1^{re} éd., Dalloz, 2010, n° 5 ; *D.* 1999, p. 145, note S. Porchy. - *CE*, sect., 5 janv. 2000, n° 181899, Cts Telle ; *JurisData* n° 2000-060000 et *CE*, sect., 5 janv. 2000, n° 198530, Assistance Publique-Hôpitaux de Paris ; *JurisData* n° 2000-060001 ; *JCP* 2000, II, 10271, note J. Moreau ; *Dr. adm.* 2000, comm. 46, C. Esper ; *Rec. CE* 2000, p. 5, concl. D. Chauvaux ; *AJDA* 2000, p. 137, chron. M. Guvomar et P. Collin ; *RFDA* 2000, p. 641, concl. D. Chauvaux et note P. Bon ; *RDSS* 2000, p. 357, note L. Dubouis ; *LPA* 25 févr. 2000, p. 16, note C. Clément.

11. Cass. 1^{re} civ., 26 sept. 2012, n° 11-22.384 ; *JurisData* n° 2012-021951.

12. *CE*, sect., 5 janv. 2000, n° 181899, Cts Telle ; *JurisData* n° 2000-060000, préc. - *CE*, sect., 5 janv. 2000, n° 198530, Assistance Publique-Hôpitaux de Paris ; *JurisData* n° 2000-060001, préc.

13. Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 1997, n° 94-19.685 ; *JurisData* n° 1997-00781 ; *JCP* 1997, I, 4025, n° 7, obs. G. Viney ; *Bull. civ.* 1997, I, n° 75 ; *GADS*, 1^{re} éd., Dalloz, 2010, n° 7 ; *D.* 1997, somm. p. 319, obs. J. Penneau ; *Gaz. Pal.* 1997, n° 1, p. 274, rapp. P. Sargos, note J. Guigue ; *RDSS* 1997, p. 288, note L. Dubouis ; *RTD civ.* 1997, p. 434, obs. P. Jourdain ; *Médecine et Droit* 1997, n° 24, p. 6, note G. Mémeteau ; *LPA*, 16 juill. 1997, p. 17, note A. Dorsner-Dolivet.

14. Le directeur de l'Agence de biomédecine peut même nommer directement les membres de remplacement en cas d'urgence vitale.

15. *CE*, 27 janv. 2010, n° 313568 et n° 313712, Hospices civils de Lyon ; *JurisData* n° 2010-000210. - V., *a contrario* également, mais de façon plus explicite, à propos de la contamination d'un greffon, *CAA Versailles*, 25 mai 2010, n° 08VE02901, Cts A. c/ Assistance Publique-Hôpitaux de Paris et a.

16. *CE*, 10 oct. 2012, n° 350426, Beaupère et Lemaitre ; *JurisData* n° 2012-022715 ; *JCP A* 2012, 2369, note V. Vioujas ; *Dr. adm.* 2012, comm. 98, M.-L. Moquet-Anger ; *Resp. civ. et assur.* 2012, comm. 351, L. Bloch ; *AJDA* 2012, p. 2231, note C. Lantero ; *D.* 2012, p. 2518, note Poupineau ; *RDSS* 2013, p. 92, note D. Cristol.

nelle ». Ces informations ne sont pas médicales ; elles n'en sont pas moins obligatoires, et font à ce titre l'objet de recensements statistiques et scientifiques.

40 - Ainsi, il est désormais établi, selon des données scientifiques, que le donneur encourt des risques personnels, professionnels, sociaux, etc., liés non pas au prélèvement en tant qu'acte médical, mais au geste consenti en tant qu'humain. Ainsi, sont désormais recensés les risques de déprime du donneur (blues du donneur), mêlant angoisse de l'avenir et relations difficiles avec le receveur. On sait également que le principe de neutralité financière affiché, à travers la prise en charge des soins et des frais, n'est pas réelle, ou à tout le moins parfois difficile à mettre en œuvre. Le manque de crédits dans les hôpitaux rend ces derniers tatillons et regardants sur la nature des frais exposés. En outre, il est à long terme difficile d'établir un lien entre les affections pouvant survenir chez le donneur et le prélèvement, en particulier après cinquante ans. Alors que le donneur aura tendance à imputer ces affections au prélèvement, les médecins accuseront l'âge.

41 - D'autres conséquences financières du prélèvement ont été mises au jour par la loi même : le Code des assurances interdit toute discrimination au crédit fondée sur l'existence d'un prélèvement (C. assur., art. L. 111-8), depuis la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011¹⁷. La pratique avait en effet montré une réticence des banquiers et assureurs, mais aussi de certains parlementaires¹⁸, à traiter les donneurs en personnes parfaitement valides, pouvant bénéficier de conditions normales de crédit et d'assurance.

42 - Enfin, sont difficiles à classer les conséquences du prélèvement sur l'hygiène de vie. Alors que le « discours officiel » ne mentionne aucune diminution des capacités physiques du donneur, études à l'appui par classes d'âge¹⁹, l'Agence de biomédecine insiste toutefois sur le suivi médical rendu nécessaire et sans frais pour le donneur.

On est proche, dans ce dernier cas, des risques non connus.

B. - Défaut d'information sur des risques non connus

43 - Le risque médical connu est celui qui a été identifié, au moins par consensus, par la communauté scientifique. Il fait partie des données acquises de la science, d'où faute en cas d'omission. Le risque non médical connu répond à un raisonnement similaire. Si ce risque est de nature sociale, psychique, il fait l'objet de recherches et entre dans les données acquises de la science correspondante.

44 - Par conséquent, et très logiquement, un risque, quelle que soit sa nature, n'a pas à être énoncé s'il n'est pas répertorié au moment où l'information est donnée. Il en résulte, en cas de réalisation de ce risque non connu, une absence de responsabilité²⁰.

Reste que ce raisonnement est difficilement transposable tel quel à l'Agence de biomédecine, pour au moins deux raisons.

45 - D'un point de vue éthique ou d'équité d'abord, le donneur se retrouverait dans une situation particulièrement inique, eu égard à la finalité purement altruiste de l'intervention. Peut-on réellement laisser seul face à sa douleur un donneur pour lequel le corps médical réaliserait, bien après le prélèvement, qu'il présentait un risque sérieux engageant sa santé ? Dans un tel cas cas, il semble indispensable de faire jouer un mécanisme de soli-

darité : soit l'Agence de biomédecine verrait sa responsabilité administrative engagée sans faute, responsabilité dont le fondement serait le risque. On sait en effet que cette responsabilité sans faute, fondée sur le risque, sert précisément à pallier les carences d'un système d'indemnisation aboutissant à un résultat inéquitable pour la victime. C'est ce que le Conseil d'État a désigné comme une « socialisation du risque »²¹. Soit il faudrait créer un mécanisme de solidarité nationale proche de celui qui existe pour les accidents médicaux. En tout état de cause, en cas de découverte d'un risque après le prélèvement, et par analogie avec le droit commun, il faudra en informer le donneur²².

46 - D'un point de vue juridique ensuite, il faut aussi tenir compte des missions qui sont celles de l'Agence de biomédecine, en matière de greffes d'organes. L'Agence est en effet chargée, en vertu de l'article L. 1418-1 du Code de la santé publique, de « promouvoir le don d'organes », et de « mettre en œuvre un suivi de l'état de santé des donneurs d'organes (...) afin d'évaluer les conséquences du prélèvement sur la santé des donneurs ». L'Agence ne reçoit pas à travers cette disposition un pouvoir de police dans l'exercice duquel il serait possible d'isoler une carence. Mais il lui incombe un devoir, celui d'exercer une veille quant aux effets et conséquences de toutes sortes, des prélèvements d'organes sur donneur vivant. C'est un devoir de biovigilance.

Pourrait-on dans ces conditions reprocher à l'agence de biomédecine d'avoir négligé les recherches sur ces questions ?

47 - Il résulte assurément de l'article L. 1418-1 une obligation de vigilance quant aux effets des prélèvements d'organes, sur le plan médical, mais aussi sur les plans psychologique et professionnel. D'autant que si l'on transpose la jurisprudence résultant de l'affaire dite de l'amiante²³, la notion de risque connu n'englobe pas seulement les risques connus et reconnus par les spécialistes français, mais aussi les risques connus à l'étranger. Comme le Conseil d'État a condamné l'État en raison de l'absence d'interdiction de l'amiante malgré des risques sanitaires reconnus dans d'autres pays, il pourrait être conduit à sanctionner l'agence de biomédecine pour ne pas avoir tenu compte de risques identifiés hors de France.

48 - Mais il existe une autre source de responsabilité de l'Agence de biomédecine : la réalisation *a posteriori* d'un risque qui aurait pu être anticipé si des études avaient été menées dans ce sens. Dans l'affaire de l'amiante précitée, le juge administratif avait aussi reproché à l'État de n'avoir mené aucune étude sérieuse sur les risques de l'amiante. L'Agence de biomédecine pourrait, de la même façon, se voir reprocher une carence en termes de recherches sur un risque fortement présumé. Il ne s'agit pas d'exiger de l'Agence qu'elle verse dans la divination : si les risques médicaux font l'objet d'une littérature abondante et d'une jurisprudence bien établie, les risques non médicaux n'ont pas encore donné lieu à une systématisation. Mais précisément, l'article L. 1418-1 impose à l'Agence une obligation d'exploiter, selon le principe de précaution, toutes les pistes, y compris à partir des alertes pouvant lui parvenir des donneurs déjà prélevés.

49 - Tout cela explique les études nombreuses, menées en France (sous l'égide de l'Agence de la biomédecine) et à l'étranger, sur la durée de vie des donneurs prélevés, sur les répercus-

17. L. n° 2011-814, 7 juill. 2011, préc., note 2, spéc. art. 12.

18. AN, Rapp. J. Leonetti, n° 3111, 26 janv. 2011, préc., note 4, spéc. p. 300.

19. Brochure de l'Agence de biomédecine intitulée « Donneurs vivants de rein, quelle qualité de vie ? » sur son site. - de la même Agence, V. sur son site S.

Briançon et M. Thuong, Rapp. Qualité de vie des donneurs de rein, 2011.

20. Cass. 1^{re} civ., 26 sept. 2012, n° 11-22.384 ; JurisData n° 2012-021951, préc.

21. Rapp. CE 2005, Responsabilité et socialisation du risque : Doc. fr. 2005, p. 207 et s.

22. CE, 2 sept. 2009, n° 292783, Peignien ; JurisData n° 2009-008071 ; RDSS 2010, p. 104, note Dieu.

23. CE, ass., 3 mars 2004, n° 241151, Min. Emploi et Solidarité c/ Cts Botella ; Rec. CE 2004, p. 125 ; AJDA 2004, p. 974, chron. F. Donnat et E. Casas ; RFDA 2004, p. 612, concl. E. Prada-Bordenave.

sions professionnelles du prélèvement, sur les relations entre donneur et receveur, sur la qualité de vie après le don, etc.

50 - Paradoxalement donc, l'Agence de biomédecine, dont une des missions est de favoriser le don, est prise en étau. D'un côté, elle doit mener toujours plus d'études pour cerner les conséquences du don d'organe sur le donneur, sauf à ne pas remplir pleinement sa mission. Ce devoir de veille est d'autant plus étendu qu'il porte sur « toutes les conséquences éventuelles » du prélèvement (C. santé publ., art. L. 1231-1). D'un autre côté, la somme des informations à énoncer rend l'omission plus facile, tout en risquant d'effrayer les donneurs potentiels. Cette question se pense globalement, en perspective avec la finalité de l'acte, mais aussi d'une plus juste compensation²⁴.

24. V. en ce sens l'ouvrage de V. Gateau, *Pour une philosophie du don d'organes* : Éd. Vrin 2009.

51 - Car si à ce jour on n'enregistre pas de contentieux en matière d'information aux donneurs d'organes, cela tient à au moins trois obstacles : le très faible nombre de dons, par défaut de communication ou d'incitation efficace ; la difficulté qu'il y aurait pour le donneur à établir un lien de causalité entre le prélèvement et les dommages médicaux ou non médicaux invoqués ; et enfin une difficulté d'ordre psychologique, liée au donneur même, qui se mettrait en porte-à-faux avec le caractère altruiste son geste en exerçant un recours en responsabilité.

52 - Le jour où le premier de ces obstacles sera surmonté par une banalisation du don, les deux autres verrous pourraient bien sauter également. ■

Mots-Clés : Bioéthique - Don d'organe - Devoir d'information

9 Procès-verbaux de réception de consentement de prélèvement d'organe

NATURE DE L'OPÉRATION

Nous présentons ici deux modèles de procès-verbaux de réception de consentement de prélèvement d'organe. Le premier modèle concerne un prélèvement effectué sur un enfant mineur décédé, le second, un prélèvement effectué sur une personne majeure.

La rédaction adresse ses sincères remerciements à Renaud Salomon, premier vice-président du tribunal de grande instance de Paris qui a fourni ces modèles.

FORMULES

FORMULE 1. – PROCÈS-VERBAL DE RÉCEPTION DE CONSENTEMENT DE PRÉLÈVEMENT D'ORGANE D'UN ENFANT MINEUR DÉCÉDÉ

Par devant Nous, (*Nom, prénom*) Président du Tribunal de Grande Instance de Paris, et étant en Notre cabinet au Palais de justice,

Assisté de (*Nom, prénom*), greffier

a comparu, par application des dispositions :

- des articles L. 1231-1 et suivants du Code de la santé publique,
- de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004,
- du décret n° 2005-443 du 10 mai 2005 (les articles R. 1231-1 à R. 1231-10 et R. 1241-3 à R. 1241-19 du Code de la santé publique).

L'enfant mineur(e) :

..... (*Nom, prénom*)

né(e) le (*date de naissance*) à (*lieu de naissance*)

Représenté(e) par :

Madame (*Nom, prénom*), (*situation de famille*)

née le (*date de naissance*), à (*lieu de naissance*)

la mère

et

Monsieur (*Nom, prénom*), (*situation de famille*)
né le (*date de naissance*), à (*lieu de naissance*)

le père

pour l'intervention prévue le (*date de l'intervention*)

qui Nous déclarent :

« Nous consentons librement et expressément en toute connaissance de cause au (*intervention prévue*) en vue d'une greffe sur la personne de :

..... (*Nom, prénom*)

né(e) le (*date de naissance*) à (*lieu de naissance*)

Nous avons été informés par le docteur (*Nom, prénom*)

exerçant à (*Nom de l'hôpital ou de l'établissement de santé*), des risques et des conséquences éventuels du prélèvement.

Nous prenons acte que notre consentement est révoquant sans forme et à tout moment ».

Fait à (*lieu*), le (*date*)

(*Signatures du père, de la mère, du greffier et du président*)

FORMULE 2. – PROCÈS VERBAL DE RÉCEPTION DE CONSENTEMENT D'UNE PERSONNE MAJEURE AU PRÉLÈVEMENT D'ORGANE

Par devant Nous, (*Nom, prénom*) Président du Tribunal de Grande Instance de Paris, et étant en Notre cabinet au Palais de justice,

Assisté de (*Nom, prénom*), greffier

a comparu, par application des dispositions :

- des articles L. 1231-1 et suivants du Code de la santé publique,
- de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004,
- du décret n° 2005-443 du 10 mai 2005 (les articles R. 1231-1 à R. 1231-10 et R. 1241-3 à R. 1241-19 du Code de la santé publique).

Monsieur ou Madame (*Nom, prénom*), (*situation de famille*)

né(e) le (*date de naissance*), à (*lieu de naissance*)

pour l'intervention prévue le (*date de l'intervention*)

qui nous déclare

« Je consens librement et expressément en toute connaissance de cause au (*nature de l'intervention prévue*) en vue d'une greffe sur la personne de :

Monsieur ou Madame (*Nom, prénom*)

né(e) le (*date de naissance*) à (*lieu de naissance*)

J'ai été informé par le docteur (*Nom, prénom*) exerçant à

..... (*Nom de l'hôpital ou de l'établissement de santé*), des risques et des conséquences éventuels du prélèvement. Je prends

acte que mon consentement est révoquant sans forme et à tout moment ».

Fait à (*lieu*), le (*date*)

(*Signatures du comparant, du greffier et du président*)

Mots-Clés : Bioéthique - Don d'organe - Consentement - Formulaire