

**PROPOSITION POUR UNE EVOLUTION DE LA LEGISLATION RELATIVE AUX  
DONS D'ORGANES, TISSUS, PRODUITS ET ELEMENTS DU CORPS HUMAIN,**

**Par Tanguy Barthouil,  
Avocat à Avignon.**

*"Tout ce que tu feras sera dérisoire, mais il est essentiel que tu le fasses".  
(Gandhi).*

La question du don d'organes (nous utiliserons ce terme par souci de simplicité) implique, pour correctement la poser, de commencer par avoir une approche multidisciplinaire. Mais il convient ensuite de donner le dernier mot au juriste ; ou plutôt au législateur. Lesquels ne sont pas synonymes. Parce que droit et loi sont différents l'un de l'autre. Même s'il importe qu'ils coïncident.

La transplantation d'organes et de tissus est ancienne aujourd'hui en France. Techniquement, nous savons bien faire : plus de seize éléments du corps (organes, sang, tissus, *etc...*) sont transplantables de nos jours. Et nous saurons sans doute de mieux en mieux faire à l'avenir. Aujourd'hui les prélèvements sont possibles même après l'arrêt cardiaque. Nous disposons de meilleurs traitements anti-rejets.

Pourtant, le don pose toujours le même problème qu'au début des greffes : méconnaissance de la question par le public et réticence corrélative de sa part à donner. Cela est logique : l'on a peur de ce que l'on ne connaît pas (la mort, l'étranger et ainsi de suite).

L'information dont nous disposons en Occident est pourtant objectivement complète et claire sur la question. Elle est cependant manifestement mal dispensée. Un sondage européen sur "*Le don et la transplantation d'organes*", publié en décembre 2003 par la Commission Européenne, a permis de le vérifier (cf. Eurobaromètre spécial 183-5 - Vague 58.2).

La conséquence de cette mauvaise information est qu'il existe une pénurie chronique d'organes. Ainsi, les chiffres sont-ils depuis des années relativement stables : 14 000 personnes environ sont en attente en France et 56 000 en Europe. Ce qui signifie à peu près 12 morts par jour en Europe. Morts que nous pourrions, au moins pour partie, éviter si nous disposions de plus de greffons.

Ce, alors que les religions ne sont pas contre le don d'organes (sauf intégrismes divers et variés) ; qu'il n'y a plus de limite d'âge pour le don et que la maladie n'est pas forcément un obstacle à tous les dons.

Le souci légitime des différents Etats est donc de chercher à augmenter les dons.

Souci que manifeste particulièrement la Communauté Européenne (Cf. : article 152 du Traité de Maastricht) ; Directive "*Tissus – cellules*" n° 2004/23/CE du 31 mars 2004, "*relative à l'établissement de normes de qualité et de sécurité pour le don, l'obtention, le contrôle, la transformation, la conservation, le stockage et la distribution des tissus et cellules humains*" ; Directive n° 2010/53/UE du 7 juillet 2010 "*relative aux normes de qualité et de sécurité des organes humains destinés à la transplantation*", entrée en vigueur le 26 août 2010 ; Plan

d'action sur le don et la transplantation d'organes qui s'étale sur la période de 2009-2015, etc...).

En France, le souci est bien sûr le même. La première loi qui y a concerné le don d'organes date du 15 novembre 1887. Elle était relative aux funérailles et avait prévu la possibilité de donner son corps à la science par testament.

Puis intervint la loi Lafaix du 7 juillet 1949, autorisant le prélèvement de cornée avec consentement express exprimé préalablement.

Ensuite ce fut au tour de la loi (dite Caillavet) du 22 décembre 1976 d'être votée. Texte qui a laissé en place celui, précédent, de 1949. Mais nous sommes alors passés au consentement présumé. Sans véritablement plus d'efficacité.

Puis ce fut l'intervention de la loi bioéthique (n° 1) du 1<sup>er</sup> juillet 1994. Laquelle abrogea les lois Lafaix et Caillavet et instaura le registre du "Non".

Le régime du don, en droit positif français, pour ce qui concerne les prélèvements effectués suite au décès, est donc, depuis cette date, celui du consentement présumé.

Un décret du 30 mai 1997 a instauré ledit registre automatisé du "Non".

Le texte de 1994 a été par suite complété par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1998 "*relative au renforcement de la veille sanitaire et au contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme*".

Puis intervint la loi bioéthique (n° 2) le 6 août 2004, qui compléta celle de 1994 mais ne changea finalement pas grand-chose au système mis en place.

Encore, la loi du 20 décembre 2008 "*relative à la législation funéraire*", inséra un article 16-1 dans le Code Civil. Texte qui pose le principe du respect dû au corps, même après le décès.

Enfin, fut votée la troisième loi bioéthique n° 2011-814 le 16 juillet 2011 (V. immédiatement *infra*).

### **1) Droit positif français actuel : de lege lata.**

\* Concernant le donneur vivant : L'article L 1231-1 du Code de la Santé Publique suppose un intérêt thérapeutique direct du receveur. Les donneurs peuvent être le père, la mère et, par dérogation, les conjoint, frère, sœur, fille, fils, grands-parents, oncle, tante, cousin germain, et cousine germaine du receveur ainsi que le conjoint de son père ou de sa mère.

L'article 7 de la nouvelle loi bioéthique du 16 juillet 2011 a en outre autorisé le don croisé (lequel existe, depuis plusieurs années déjà, en Espagne) ; ainsi que le don entre personnes ayant "*un lien affectif étroit et stable depuis au moins deux ans avec le receveur*".

*Nb* : Premiers dons croisés qui pourraient intervenir, en France, avant la fin de cette année ; le décret d'application de la loi du 7 juillet 2011 ayant été publié au Journal Officiel en septembre 2012.

Les règles également posées sont qu'un comité d'experts informe les donneurs des risques qu'ils encourent et que les consentements aux prélèvements sont recueillis par le Président du TGI. Ou, au cas d'urgence, par le Procureur.

Ce consentement est révocable *ad nutum*.

Ces dispositions méritent d'être approuvées. Sans aucune réserve.

\* Concernant le donneur mort : Les règles sont posées par les articles L 1232-1 à L 1232-6 du Code de la Santé Publique.

- S'agissant des donneurs morts majeurs, l'article L 1232-1 dispose ceci :

*" Le prélèvement d'organes sur une personne dont la mort a été dûment constatée ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques.*

*Ce prélèvement peut être pratiqué dès lors que la personne n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement. Ce refus peut être exprimé par tout moyen, notamment par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Il est révocable à tout moment.*

*Si le médecin n'a pas directement connaissance de la volonté du défunt, Il doit s'efforcer de recueillir auprès des proches l'opposition au don d'organes éventuellement exprimée de son vivant par le défunt, par tout moyen, et il les informe de la finalité des prélèvements envisagés.*

*Les proches sont informés de leur droit à connaître les prélèvements effectués.*

*L'Agence de la biomédecine est avisée, préalablement à sa réalisation, de tout prélèvement à fins thérapeutiques ou à fins scientifiques."*

- S'agissant des donneurs mineurs, l'article L 1232-2 du Code de la Santé Publique dispose ceci :

*"Si la personne décédée était un mineur ou un majeur sous tutelle, le prélèvement à l'une ou plusieurs des fins mentionnées à l'article L. 1232-1 ne peut avoir lieu qu'à la condition que chacun des titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur y consente par écrit.*

*Toutefois, en cas d'impossibilité de consulter l'un des titulaires de l'autorité parentale, le prélèvement peut avoir lieu à condition que l'autre titulaire y consente par écrit."*

Adde : Tous les dons autorisés par la loi sont notamment soumis aux principes de gratuité, d'anonymat, de non-publicité. Par application des articles L 1211-1 à L 1211-8 du Code de la Santé Publique.

Il reste que l'on pourrait peut être faire évoluer la législation - s'agissant des prélèvements sur cadavres - de la manière suivante.

## **2) Droit prospectif : de lege ferenda.**

1) Si l'on résume la situation, La France et l'Europe souhaitent *ab initio* pallier la pénurie d'organes.

Il n'est certes pas possible de sauver tous ceux qui en auraient besoin, mais il est sans doute possible de sauver plus de monde qu'aujourd'hui. En faisant en sorte, par la loi, qu'il y ait plus de greffons disponibles. En tous les cas, que tous ceux objectivement disponibles le soient.

A défaut, une situation de marché noir pourrait se développer ou, pire encore, une législation sur la vente d'organes se mettre à terme en place. Comme déjà aux Philippines ou en Iran.

L'on discute, semble-t-il désormais, en Grande Bretagne d'une éventuelle rémunération (conséquence logique de l'illogique mentalité utilitariste anglo-saxonne) des donneurs - avec approbation de cette idée par certains en France.

Il est pourtant évident que les grands principes de gratuité, d'absence de publicité et d'anonymat doivent être maintenus.

La gratuité doit être totale : aucun système de gratification symbolique ou pas ne devrait jamais être mis en place (pas de médaille, d'arbre du souvenir, ni *a fortiori* d'indemnisation d'aucune sorte). Il doit s'agir d'un don pur et simple. Il faudrait par conséquent former les esprits en ce sens.

L'anonymat doit bien sûr être maintenu. Au risque que la famille du donneur cherche à connaître le receveur. Après s'être persuadée qu'une partie de "son" défunt continuerait à vivre en ce dernier. Cela est particulièrement possible en cas de don de la cornée. Tant il est vrai que les yeux sont, paraît-il, la fenêtre de l'âme...

2) L'Europe, à l'heure actuelle, refuse d'harmoniser les législations des Etats membres. A tort sans doute. La question qui, croit-on, se pose serait celle de savoir s'il faudrait retenir le système du consentement exprès ou bien celui du consentement présumé. Les deux systèmes coexistent en Europe. Au Danemark, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni, en Irlande et en Allemagne, le système du consentement exprès est en vigueur. A l'inverse, en France, au Luxembourg, en Espagne, au Portugal, en Italie, en Grèce, en Belgique, en Suède et en Finlande, celui du consentement présumé a été retenu.

Or, une étude comparative, portant sur les chiffres des dons pour l'année 2002, dans ces différents pays, a révélé qu'à cette période :

- En Irlande, le don s'établissait à 13,4 par millions d'habitants ;
- En Allemagne, à 13.8 par millions ;
- En France, à 19,6 par millions ;
- En Espagne, à 33,6 par millions ;
- En Grèce, à 5,91 par millions.

Dès lors une première observation s'impose. Ces chiffres obligent à conclure qu'aucun de ces deux systèmes ne permet, à lui seul, d'augmenter ou de diminuer significativement les dons d'organes.

Par ailleurs, seconde observation, une réponse du Ministère français de la Santé et des Sports à la question écrite n° 11642 de Monsieur le Sénateur Marcel RAINAUD (J. O. Sénat du 20/05/2010, p. 1294) a mis en évidence le résultat d'une enquête, menée en 2006, par l'Agence de la Biomédecine : 97 % de la population respecterait la décision du défunt si celui-ci lui en avait fait part de son vivant.

3) De sorte que ce qui est véritablement essentiel, quel que soit le système de consentement préalable retenu, est d'exactement d'informer chacun afin qu'il se détermine et surtout fasse connaître son choix avant son décès et donc hors moment de crise pour ses proches.

A défaut de dispenser cette correcte information préalable, les effets pervers peuvent être collectivement redoutables.

A l'instar de ce qui s'est passé au Brésil et que rappelle le Professeur David Rodriguez-Arias-Vailhen :

*"Passer au consentement présumé peut saper la confiance sur laquelle repose le système de greffes. Le Brésil offre un exemple flagrant des conséquences négatives que peut entraîner l'instauration d'un modèle de consentement présumé. Le gouvernement brésilien a dû revoir sa position quelques mois après l'instauration de ce modèle, à cause de l'afflux massif des demandes d'inscription au registre des refus. Beaucoup ont cru que, s'ils ne le faisaient pas, ils seraient traités comme donateurs d'organes, et non comme patients à soigner, au cas où ils tomberaient malades. Les plus craintifs avaient peur qu'on ne provoque leur mort en prélevant leurs organes. La confiance de la population dans le système sanitaire et dans le système des greffes est la clef du succès de n'importe quelle organisation nationale de transplantations. Si cette confiance se perd, le nombre de dons peut chuter de manière drastique et pour longtemps." (In "Discussion sur le consentement présumé ou explicite pour le don d'organes", avril 2009, consultable sur [www.ethique.inserm.fr](http://www.ethique.inserm.fr) et [www.france-adot.org](http://www.france-adot.org) ).*

Dès lors, comment pourrait-on améliorer, sans effet pervers ni contradictions, dans le respect de la volonté de tous (et en premier lieu du premier concerné : le défunt) la situation ? Dans l'intérêt final du receveur, naturellement.

4) Les objectifs à tous atteindre sont les suivants :

- Pallier la pénurie d'organes ;
- Respecter la douleur des familles ;
- Libérer les médecins de tout risque de voir leur responsabilité professionnelle (voire pénale) être engagée ;
- Scrupuleusement respecter la volonté du défunt.

Peut-être de la simplissime manière suivante :

- Rendre obligatoire que chacun se prononce pour ou contre le don d'organe pour lui-même et même puisse, s'il le souhaite, lister les organes et/ou les éléments de son corps qu'il accepte de donner ou pas ;
- Cela après qu'une véritable information lui aurait été dispensée lors de la Journée (**mixte** : ce qui permettrait de faire "entrer dans la danse", chaque année, une nouvelle classe d'âge) "Défense et citoyenneté". On sait que cette journée est déjà en partie utilisée à cette fin depuis l'adoption de la loi n° 2011-814 du 07/07/2011, qui a modifié à cette fin l'article L 114-3 du Code du Service National. Mais il conviendrait à l'avenir non plus d'informer les jeunes gens sur l'existence du registre du "Non" (lequel aurait été supprimé) ; mais sur l'intérêt du don

d'organes lui-même et des modalités des prélèvements. Information qui interviendrait après celles qui auraient été dispensées au moins une fois au collège/Cfa et une fois au lycée.

- Un délai légal de six mois, par exemple, à compter de sa participation à la journée pré-évoquée serait ensuite donné à chacun pour qu'il fût connaître sa décision à l'autorité que la loi aurait désignée à cette fin : oui/non/oui partiel.

- Ce choix serait alors inscrit dans un fichier national et mentionné (éventuellement avec accès possible seulement aux autorités judiciaire et médicale) sur la carte vitale, celle de mutuelle, d'identité, sur le passeport et sur le permis de conduire de l'intéressé.

- Ce choix serait naturellement révocable *ad nutum*. Mais, à la survenance du décès, serait obligatoirement retenue et mise en œuvre la dernière décision prise par le défunt. Sans plus demander l'avis de quiconque – proches ou pas.

Le refus de se prononcer serait sanctionné. Parmi les sanctions possibles (non exhaustives) et cumulables :

- Instauration d'une amende contraventionnelle annuelle. Sur le modèle (aménagé) de ce que pratique la Belgique s'agissant du vote aux élections (qui y est obligatoire). Les sommes ainsi encaissées pourraient être directement affectées à un fonds au développement du don d'organes ;

- S'inspirer de la règle posée par Israël, dont la législation prévoit, depuis janvier 2010, que le porteur d'une carte mentionnant qu'il est donneur de ses organes est prioritaire, pour en recevoir, par rapport à un patient, se trouvant dans une situation médicale de gravité identique mais qui n'est pas porteur d'une telle carte de donneur.

5) Si nous mettions en œuvre ce système, nous entrerions dans le cercle vertueux suivant : les participants à la Journée "Défense et Citoyenneté" (tout juste majeurs ; or, à 18/20 ans l'on se considère spontanément, à raison au plan statistique, bien plus comme receveur potentiel que comme donneur), rentrés chez eux, parleraient forcément à leur famille de cette décision qu'ils auraient à prochainement prendre de manière officielle. Ils le feraient à froid, sans émotion, en pleine possession de leur esprit et détenteurs d'une information récente et objective sur la question. Tout leur entourage s'informerait de fait à son tour. Si bien que la loi nouvelle devrait bien sûr prévoir la possibilité pour toutes les personnes, trop âgées pour se rendre à la Journée "Défense et Citoyenneté", qui le souhaiteraient, de faire également connaître leur choix selon les mêmes modalités.

Le résultat de cette évolution législative serait :

- que les médecins ne courraient plus aucun risque de voir leur responsabilité professionnelle être engagée ;

- qu'à terme tous les membres de toutes les familles seraient préalablement avertis des choix faits par les uns et les autres ;

- qu'aucun irrespect d'aucune sorte ne serait porté à la personne que nous sommes tous avant de mourir, puisque la loi respecterait alors expressément la volonté dernièrement exprimée par chacun.

- que cette réforme n'entraînerait aucun frais majeur.

- qu'ainsi, tous les organes potentiellement disponibles le seraient ; étant rappelé que l'obligation ne porterait, à peine de sanction(s), que sur le fait de se prononcer. En aucun cas, il ne s'agirait de contraindre quiconque au don.

Cette évolution, qui flatterait la bonté que nous avons tous en nous (pas notre sens de l'intérêt individuel égoïste, dont nous disposons tous aussi) permettrait peut-être à terme, pour notre plus grand bénéfice collectif, de cesser de ne penser qu'à nous-mêmes (un "nous-mêmes" élargi à notre seule famille de sang) et à notre souffrance personnelle lors de la perte d'un proche.

Elle impliquerait de ne plus nier la réalité. Laquelle est que le cadavre n'est plus la personne, malgré les apparences. Il n'est rien d'autre qu'un déchet destiné à pourrir. Mais un déchet, au tout début, très précieux. Car utile pour sauver plusieurs vies humaines. Enfin, le cadavre étant un déchet *humain*, ayant abrité la *personne* (union de l'âme et du corps – qui n'est donc pas un cadavre lui), il est une *chose sacrée*. Pour cette raison, il doit être traité par tous avec respect et donc être protégé par la loi.

*Ultima verba* : Voilà quel serait, nous semble-t-il, le droit naturel en la matière. Si l'on admet que le droit naturel non dénaturé, c'est-à-dire tel que découvert par Aristote (384 – 322 av. J. - C.), doit être défini comme le "*résultat de l'effort de raison pour découvrir le fondement objectif de la distinction à faire entre le bien et le mal, le juste et l'injuste, le droit et le tortu*" (Alain Sériaux : "*Le Droit naturel*", Puf, Que Sais-Je ?, 1<sup>ère</sup> édition, 1993, p. 7). Raison pour laquelle la loi doit (il s'agit d'un impératif catégorique), en quelque domaine qu'elle intervienne, être conforme au droit. Loi qui a alors vocation à s'appliquer de manière universelle et intemporelle, puisqu'ayant permis de parvenir au juste milieu objectif s'agissant de la question qu'elle règle.

Cette exacte compréhension du droit est malheureusement perdue de vue de nos jours. Pas seulement en raison de l'influence si néfaste du positivisme *lato sensu* ; mais encore, qui est la conséquence du positivisme légaliste en l'occurrence, parce que l'on croit ces temps-ci à tort que seul compterait le résultat obtenu par le vote majoritaire. Alors pourtant que l'on n'a pas forcément raison parce que l'on est majoritaire ; ni tort parce que l'on est minoritaire !

Thomas d'Aquin (1225 – 1274) définissait ainsi le droit, en suite des Anciens ("το δικαίον", en grec ; "*iustum*", en latin) : "*Jus id est quod justum est*" (Le droit, c'est ce qui est juste). Il est grand temps d'ensemble nous en souvenir.

*"Homo sum, et humani nihil a me alienum puto"*

(Je suis homme, rien de ce qui est humain ne doit, je pense, me laisser indifférent).

Térence (190 ? – 159 av. J. -C.)

In "*Le bourreau de soi-même*",

Acte I, sc. I, 77.

(Trad. CH.-M Des Granes).

Tanguy BARTHOUIL,  
Avocat à Avignon.