



La transplantation à partir de donneurs vivants - Les lois bioéthiques

J. MICHAUD - Membre du Comité National d'Éthique -
Conseiller Honoraire à la Cour de Cassation - 75 - PARIS

La loi n°94-654 du 29 juillet 1994, "relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain", dite loi de bioéthique, comporte des dispositions détaillées sur les prélèvements d'organes sur une personne vivante ainsi que sur les prélèvements de tissus, de cellules et de produits du corps humain en vue de don. Les textes considérés sont insérés dans le Code de la santé publique. L'article 20 de la loi précitée abroge la loi n°76-1181 du 22 décembre 1976 relative au prélèvement d'organes, dite loi Caillaud. Ils ont fait l'objet en 1998 d'une étude de Mme Gabolde dans le cadre du groupe de réflexion *éthique sur les transplantations*.

Les règles juridiques applicables au prélèvement sur donneur vivant doivent être étudiées en distinguant, d'une part les organes - rein, parties d'organe comme le foie ou le poumon, ou encore moelle osseuse, également considérée dans cette catégorie - et, d'autre part, les tissus et cellules.

DONS D'ORGANES

Le texte de loi actuel est beaucoup plus restrictif en ce qui concerne les donneurs vivants que le texte qui l'a précédé. Il présente deux caractéristiques essentielles : limiter la possibilité de don d'organe à certaines catégories précises de donneurs, et soumettre ce don au consentement explicite du donneur, consentement dont le caractère formaliste a été nettement accentué. Il diffère en ces deux points de la loi du 22 décembre 1976 qui autorisait toute personne à donner un organe, sans limitation autre que la santé mentale et l'obtention du consentement libre et exprès du donneur.

Les raisons de cette évolution d'une liberté du don vers une restriction du don semblent être surtout dues à la crainte d'une commercialisation des organes, favorisée par les difficultés économiques, mais strictement prohibée par la première loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain (article 16-1 du Code civil).

Il est à noter également que le texte de loi actuel s'oppose à d'autres principes fixés par la loi : d'une part celui de l'anonymat, d'autre part celui du "primum non nocere" et de l'inviolabilité du corps humain, explicités dans l'article 16-3 du Code civil qui stipule qu'il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain si ce n'est en cas de nécessité médicale.

Les catégories de sujets autorisés à être donneur d'organe sont définies par la nature des liens de parenté unissant le donneur au receveur, et sont fixées par l'article L. 671-3 du Code de la Santé Publique. Le donneur doit être père, mère, frère, sœur, fils ou fille du receveur, et, en cas d'urgence uniquement, l'époux ou l'épouse du receveur. Ce choix de la cellule familiale semble avoir été favorisé par l'objectif d'une plus grande identité biologique entre donneur et receveur.

Diverses situations soulèvent la question de l'interprétation de la définition de ces liens familiaux.

Une interprétation extensive semble devoir être adoptée en ce qui concerne la famille naturelle, par opposition à la famille légitime, ainsi qu'en ce qui concerne les demi-frères et demi-sœurs.

En cas d'adoption, il faut distinguer l'adoption simple, où l'adopté demeure dans sa famille d'origine et où le don reste donc possible au sein de cette famille, et l'adoption plénière qui confère à l'enfant une filiation se substituant à sa filiation biologique, et où le don n'est plus possible qu'au sein de la famille adoptante.

Il faut souligner qu'aucun prélèvement d'organe ne peut être effectué sur un sujet mineur ou majeur protégé - excepté les prélèvements de moelle qui sont autorisés, dans certaines circonstances, sur les sujets mineurs. Cette disposition concernant les majeurs protégés est sans doute insuffisante dans la mesure où elle n'écarte pas du don les majeurs dont la santé mentale est déficiente, mais qui ne se trouvent pas sous un régime de protection légale.

Enfin l'autorisation limitée au contexte d'urgence du don entre époux pose un problème spécifique. Qui définit l'urgence, et selon quels critères ? La pertinence de ce critère d'urgence doit également être

discutée. D'autre part, la situation des concubins, considérés sur le même plan que les époux dans une disposition de la loi de 1994 relative à l'assistance médicale à la procréation, n'est pas envisagée dans ce texte. Aux termes stricts du texte, il n'est pas possible de procéder à un don d'organe entre vifs dans ce cas.

Les dispositions concernant le recueil du consentement du donneur sont prévus par l'article L.665-11 renforcé par l'article L.671-13 du Code de la Santé Publique. Ainsi le consentement du donneur doit être délivré par comparution devant un magistrat, le Président du Tribunal de Grande Instance ou son délégué, ou, en cas d'urgence, devant le Procureur de la République. L'intervention de ce magistrat est destinée, non seulement à solenniser le consentement, mais également à vérifier que le donneur est pleinement informé des risques et conséquences éventuels de son don.

Des dispositions particulières entourent la procédure dans le cas des prélèvements de moelle sur mineurs. Dans un premier temps est requis, le consentement de chacun des titulaires de l'autorité parentale, ou celui du Procureur de la République en cas d'urgence. Dans un second temps, l'autorisation de procéder à ce prélèvement doit être délivrée par un comité d'experts, constitué de deux médecins, dont un pédiatre, et d'une personnalité extérieure à la médecine. Ce comité a la charge de s'assurer que le mineur a, dans la mesure du possible, exprimé sa volonté, que les principes généraux du consentement sont respectés, et que cette intervention est médicalement justifiée. Ce comité n'a pas à justifier d'éventuels refus d'autorisation.

LES PRÉLÈVEMENTS ET DONS DE TISSUS ET CELLULES DU CORPS HUMAIN

Ils sont encadrés par les dispositions contenues dans les articles L.672-4 et 5 de la loi du 29 juillet 1994. L'objectif de ces prélèvements peut, en dehors du don thérapeutique, être également scientifique.

Tous les principes généraux relatifs au don - non-publicité, gratuité, anonymat et sécurité sanitaire - s'appliquent à ces prélèvements, à l'exception, inexplicitée du principe du consentement. Les mineurs et majeurs protégés sont strictement exclus de ces prélèvements.

De nombreuses dispositions pénales sont prévues par la loi de 1994 pour la répression de la réalisation d'un prélèvement d'organe en dehors des dispositions légales. Les peines maximales (7 ans d'emprisonnement et 700.000 francs d'amende) sanctionnent la réalisation d'un prélèvement sur donneur vivant sans son consentement, ou sur donneur mineur ou majeur protégé. Des peines moins lourdes concernent les prélèvements de tissus ou de cellules, ou la collecte de produits, en méconnaissance des dispositions légales.

Le réexamen des lois de bioéthique du 29 juillet 1994 était prévu dans les cinq ans c'est-à-dire pour fin 1999. Or la date des débats au Parlement n'est pas encore fixée. Quoiqu'il en soit ces débats devraient être l'occasion d'envisager certaines modifications législatives, suggérées par l'évolution des techniques et par la réflexion intervenue depuis 1994 sur les greffes avec donneur vivant. Les développements qui suivent s'inspirent d'un avis du Comité consultatif national d'éthique présenté à propos de ce réexamen.

Les modifications législatives éventuelles ne devraient toutefois en aucune façon porter atteinte aux principes généraux de la protection des personnes.

Le principe des catégories familiales devrait être maintenu mais peut-être une interprétation plus large pourrait-elle lui être donnée, ou à défaut formellement explicitée et qui n'aurait d'ailleurs de réelle utilité que si demeuraient des chances de compatibilité. C'est ainsi qu'au frère et à la sœur du donneur devraient être assimilés ceux qu'on appelle communément demi-frère et demi-sœur qui, par l'ascendance de l'un des parents, pourraient offrir un organe éventuellement compatible. Pareille occurrence ne se retrouve pas en matière de filiation adoptive. Cependant, en cas d'adoption plénière, l'enfant est totalement intégré à la famille d'accueil. Il n'y aurait donc aucune raison de l'écarter du prélèvement ou du don, si, par aventure, il se trouvait compatible.

Le don entre conjoints apparaît comme une exception puisque l'urgence est exigée.

Le lien familial retenu dans les autres situations impliquant des donneurs vivants, ne suffit pas en l'occurrence. Il s'y ajoute la condition d'urgence. Ce qui sous-tend l'autorisation de prélever un organe sur le membre d'une famille au profit d'un autre c'est la supposition de l'existence d'un sentiment d'affection. Cependant on peut se demander si pareille situation ne se retrouverait pas tout autant entre époux qui, en principe, se sont choisis plutôt qu'entre parents qui sont tels par l'effet de circonstances moins volontaristes. Tel paraît être néanmoins la pensée du législateur qui a ajouté cette condition d'urgence.

Qu'est-ce que l'urgence en la matière ? On ne l'imagine guère en transplantation rénale qui, s'agissant des donneurs vivants, est la situation la plus fréquente. En revanche le problème se pose à propos des greffes de foie dont la technique va se développant. Qui apprécie cette urgence dans le premier cas ? On voit mal le praticien refuser un don sous le prétexte qu'elle n'apparaît pas, dans l'attente, pour une durée indéterminée, d'une possibilité de prélèvement sur personne décédée. Et, pour rester dans la catégorie des personnes vivantes, posons une question qui n'est peut-être pas d'école : faut-il préférer le rein d'un fils pour son père que celui de l'épouse et mère au motif qu'il n'y a pas urgence ?

S'agissant de prélèvements à partir du foie qui ne sont pas sans dangers notables pour le donneur, il conviendrait sans doute de maintenir la condition d'urgence. Mais peut-il y avoir dans la loi une distinction sur ce point entre les organes ?

Le texte ici étudié limite au conjoint le droit de donner. Il exclut ainsi le concubin. Par suite le conjoint de fraîche date peut être admis au don alors que le compagnon ou la compagne de plusieurs années doivent être écartés. On ne trouve pas dans cette partie du texte de disposition correspondant à l'article L. 152-2 alinéa 3 acceptant l'assistance médicale à la procréation avec la condition, hors mariage, de vie commune pendant au moins deux années.

Si cet illogisme était réparé, la cohérence conduirait à exiger parallèlement la condition de durée pour les époux légitimes. De la sorte serait empêchée l'union officielle d'opportunité à seul fin de prélèvement.

A propos des catégories de majeurs admis au don, il est à se demander s'il ne conviendrait pas d'aller au-delà dès lors que la condition de lien affectif serait invoquée et établie.

Le consentement du donneur doit être recueilli par un magistrat. Cette formalité n'a pas d'autre objectif que de rendre solennel en raison de la gravité de l'acte. Le texte ne paraît pas laisser au magistrat la moindre marge d'appréciation. Il n'a pas pouvoir de refuser. Mais si on devait ouvrir le don à de plus larges catégories que celles qui comportent un lien familial : amis, proches, cousins, faudrait-il encore que le lien affectif apparaisse indubitablement. Le moyen d'y parvenir serait de donner au magistrat un pouvoir supplémentaire d'enquête et d'investigation sur ce point auquel s'ajouterait celui de rejeter le consentement. Plutôt qu'un seul magistrat, une instance collégiale pourrait recevoir compétence. On voit là une possibilité d'accroître le nombre des dons. Mais on voit bien aussi la difficulté de prouver la réalité des sentiments qui animent celui qui veut donner pour écarter tout abus et surtout toute commercialisation.

S'agissant des mineurs, on ne peut que souhaiter le maintien de la limitation du prélèvement à la moelle considérée comme un organe, et ce en faveur du frère ou de la sœur. A ce propos la seule question qui paraît se poser est celle du comité d'experts.

En premier lieu on peut se demander lorsqu'il y a urgence ainsi qu'il est prévu à l'article L.671-5 alinéa 3, comment le comité d'experts sera en mesure de se prononcer, le temps étant compté. Ne faudrait-il pas, au moins, pour éviter une abusive multiplication des cas, envisager une liste limitative établie par décret.

Cet organisme qui a pouvoir d'autoriser le prélèvement "apprécie la justification médicale de l'opération". Ceci revient à dire qu'il peut s'opposer aux médecins prescripteurs et refuser l'autorisation pour un traitement qui, à ceux-ci, peut apparaître d'une urgence vitale.

Dans ce cas le mineur ne sera pas traité. En présence de cette conséquence il paraît difficile de donner priorité de décision à un comité qui n'a pas examiné le cas ni ceux qui ont prescrit la thérapeutique. Il conviendrait de supprimer cette partie du texte qui donne au comité d'experts un pouvoir exorbitant. En revanche on pourrait laisser substituer les autres préroga-

tives : apprécier les risques et les conséquences prévisibles sur les plans physiques et psychologiques (qui dans les deux cas sont ceux du donneur). Dans ce cas le refus d'autorisation semble pouvoir être provisoire et tenir par conséquent à une insuffisance d'explication à laquelle il peut être ultérieurement remédié. Mais ceci est possible à condition que le refus soit motivé. Il conviendrait donc sur ce point de modifier le dernier alinéa de l'article L.671-6.

Cependant la composition et les prérogatives de ce comité appelleront ultérieurement une réflexion approfondie.

Le prélèvement d'organes sur personnes vivantes soulève des questions plus difficiles que le prélèvement sur personnes décédées. En premier lieu il se traduit par deux ordres de dérogations. D'abord il méconnaît la disposition de l'article 16-3 du code civil issu de la loi n°94-653 du 29 juillet 1994 sur le respect du corps humain aux termes duquel : "il ne peut être porté atteinte au corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne". Ensuite l'article 16-8 du même code issu de la même loi prescrit l'anonymat : "le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur". On voit donc combien en la matière deux principes importants sont négligés. Au surplus la stricte lecture des textes ne permet pas de s'en aviser par une disposition qui commencerait ainsi : "par dérogation à l'article 16-3 ou 16-8... il est possible de...". Il faut donc raisonner par déduction pour comprendre que deux principes fondamentaux énoncés par la loi ne sont pas respectés par cette même loi.

Je reviens sur les deux aspects de cette singularité juridique, et d'abord sur l'anonymat. Il va de soi que le cercle des donneurs potentiels étant limité à la famille cette exigence ne saurait être satisfaite. L'imposer reviendrait en l'état actuel des textes à renoncer à cette source d'organes. Il n'y a donc pas lieu de s'y attarder.

L'autre dérogation est de portée beaucoup plus sérieuse. Qu'on prive un cadavre d'une partie de son corps n'a d'autre conséquence que symbolique. Qu'on mutilé un être humain vivant d'un rein, d'une partie de foie ou de poumon, de moelle osseuse peut n'être pas sans effet sur le sujet, surtout lorsque aucune régénération n'est possible. Procéder ainsi c'est bien atteindre un corps sain inutilement ou même péjorativement pour celui-ci. Qui ne voit que le médecin qui

opère ainsi se trouve en contradiction avec l'article 41 de son code de déontologie : "aucune intervention mutilante ne peut être pratiquée sans motif médical très sérieux".

Il fallait donc des motifs très forts pour que cette ouverture vers une extension de la greffe ait pu être admise en marge des textes et des principes.

L'objectif essentiel est de santé publique et se résume ainsi qu'il suit : on peut guérir un malade par une greffe ; un membre de sa famille propose l'organe nécessaire. Il y va d'un côté de la survie du receveur, de l'autre du préjudice de santé du donneur. La balance n'est pas égale. Elle doit pencher vers la vie maintenue plutôt que vers le risque d'une santé compromise.

Il y va d'un devoir de solidarité familiale malaisé à remplir mais facilité lorsqu'intervient un sentiment d'affection. Le caractère impérieux de l'acte de don varie sans doute selon la nature du lien. Il s'affirme davantage chez le père ou la mère en faveur des enfants qu'à l'inverse. Entre frères et sœurs les âges respectifs sont, sans doute à prendre en considération. L'aîné se sentira davantage tenu que le cadet.

On a vu que la tendance est à l'extension des catégories. C'est le sens de l'avant-projet établi en vue du réexamen des lois de bioéthique et de l'avis du CCNE. Aux catégories déjà fixées s'ajouteraient parmi le lot des donneurs potentiels les personnes ayant avec le receveur une relation étroite et stable "de nature à garantir le respect des principes généraux". Il va de soi qu'en pareille hypothèse deux de ces principes généraux continueraient à ne pas être garantis à savoir l'anonymat et la protection du corps humain contre toute atteinte non médicale. Dans le projet de protocole additionnel à la Convention d'Oviedo sur les transplantations le Comité Directeur de Bioéthique du Conseil de l'Europe retient la notion de "relations personnelles étroites". Il est vrai que ce texte est en l'état plus restrictif que la loi française puisqu'il n'admet le prélèvement sur personnes vivantes qu'à titre subsidiaire, à condition qu'on ne dispose pas d'organe approprié d'une personne décédée. A vrai dire pareille disposition est de nature à susciter de grandes difficultés d'application. Par exemple, comment prouver qu'on ne dispose pas de l'organe recherché ?

Ainsi l'orientation est celle d'un allègement des conditions par élargissement des catégories. Cette évolution va-t-elle s'amplifier ? Ira-t-on jusqu'à admettre le don par un étranger au donneur, mû exclusi-

vement par un sentiment altruiste ? L'hypothèse n'est pas d'école. Certaines personnes seraient prêtes à exercer cet acte de haute générosité. A la solidarité familiale se substituerait la solidarité humaine, je ne veux pas me prononcer sur le mérite de cette proposition, je veux simplement noter les quelques réflexions qu'elle peut suggérer.

1 - L'objection majeure est celle tenant au danger de la patrimonialité du don. Certes ce danger existe. Mais il peut être combattu par des contrôles rigoureux à instituer. Et le simple bon sens conseille d'écarter certains volontaires, ainsi les chômeurs en fin de droit dont le dévouement serait à cet égard suspect.

2- L'un des principes ci-dessus rappelé et nécessairement méconnu s'agissant du don familial retrouverait toute sa valeur : l'anonymat. Le don serait consenti à autrui, sans plus de précision.

3 - Si l'on compare au don familial on peut souligner deux points : est-on certain que tout souci d'argent ou d'avantage équivalent en soit exclu, que des pressions directes ou indirectes ne sont pas exercées ? Enfin en cas d'échec de la greffe ou de dommage à la santé du donneur on peut craindre que des traces majeures subsistent dans les rapports intrafamiliaux.

4 - Dans la mesure où tout trait de patrimonialité en faveur du donneur altruiste serait écarté, le risque de pression et de suites psychologiques fâcheuses n'existerait pas à l'égard de celui-ci.

Est-ce là une direction envisagée ? Somme-nous en cours d'évolution vers une libéralisation du don d'organe ? Je ne le sais et je ne sais pas s'il faut le souhaiter. Mais il faut explorer sans relâche toutes les voies qui permettraient de sortir de l'insuffisance dramatique d'organes que nous connaissons. Des vies menacées peuvent être sauvées. Le traitement est disponible, proposé par ceux qui le portent. Faut-il refuser au nom de principes fussent-ils éminents ? La réponse peut se trouver dans l'analyse renouvelée des périls comparés.