

福岡工業大学 機関リポジトリ

FITREPO

Title	Essai sur le consentement presumeau prelevement post mortem d'organes en droit medical compare japonais/français
Author(s)	Yoshio ^OKAWARA
Citation	福岡工業大学研究論集 第43巻2号(通巻66号) P139-P142
Issue Date	2011-2
URI	http://hdl.handle.net/11478/1307
Right	
Type	Departmental Bulletin Paper
Textversion	Publisher

Fukuoka Institute of Technology

Essai sur le consentement présumé au prélèvement post mortem d'organes en droit médical comparé, japonais/français

(Notes on Presumed Consent to the Organ Donation in Japanese and French Medical Laws)

Yoshio ÔKAWARA, Faculté des Sciences Socio-Environnementales, FIT
(Faculty of Socio-Environmental Sciences)

Abstract

The revised Brain death and Organ Transplant Law of Japan (August 2009) left us with four great questions : (1) Defining death ; (2) Presumed Consent(opt-out) mechanism. Since the system of the consent to organ donation was greatly changed into opting-out from opting-in by this law, in this paper, we are going to put emphasis on a research on the method of the consent to the supply of organs. In this respect France has long and instructive experiences in the organ transplantation. The Caillavet-Bioethics Laws, its medical practices and the reexamination works of Lois de Bioéthiques (1976-1994-2008) are essential for our comparative research in particular.

Key words: *The revised Brain death and Organ Transplant Law of Japan, Caillavet Law of 1976, Presumed Consent (opt-out) mechanism.*

1 La réforme de la loi japonaise relatif à la transplantation d'organes en 2009

L'on peut schématiquement distinguer deux types de législation : celle fondée sur un opt-in de donneur d'organes (ou la règle du consentement au don) et celle fondée sur un opt-out (ou celle de l'opposition), et en termes juridiques, faire la distinction entre exigence de consentement exprès aux prélèvements d'organes et consentement présumé.

Cet petit article vise à développer cet argument en matière de la réforme de la loi japonaise relatif à la **transplantation** d'organes(2009) : réforme du régime du consentement au **prélèvement** d'organes sur la personne décédée.

Le ancien article 6 de la Loi n°1997-104 du 16 juillet 1997 relatif à la transplantation d'organes disposait ainsi : « Le médecin ne peut effectuer le prélèvement d'organes sur le cadavre (y compris, le corps d'une personne dont la mort a été constatée) à des fins de la transplantation que d'après la présent loi, dès lors que *la personne décédée exprime, de son vivant par écrit, sa volonté du don d'organes* à des fins de la transplantation et que les proches, qui a connaissance de sa volonté, ne refuse pas un tel prélèvement d'organes ou qu'ils ne sont pas présents (...) ». La loi de 1997 ne définissait la mort cérébrale comme celle de l'homme que sur la scène d'un transplantation d'organes, et avait une condition d'obtenir le consentement par écrit de la personne

de quinze ans ou plus (i.e. opt-in, mais éventuellement celui de famille). Donc, sous cette loi il y avait peu de donneur d'organe, et puis les enfants de moins de quinze ans étaient dans l'impossibilité d'être un donneur ni récipient.

Depuis la débat sur l'Organisation Mondiale de la Santé (2009) qui demanderait tous ses États membres à s'abstenir de « tourisme de transplantation », c'est-à-dire les voyages à l'étranger de « patients-touristes » qui vont être récipients d'organes dans le contexte de la pénurie d'organes à l'échelle mondiale, c'était l'occasion de mettre la loi relatif à la transplantation d'organes (1997) en délibération pour la réviser au Parlement l'été dernier dans notre pays.

Il y avait quatre propositions de loi qui avaient déposées devant le Parlement : d'abord, la proposition de loi dite A considère la mort cérébrale comme celle de l'homme dans tous les cas. Il ne faut pas le consentement de la personne comme une condition requise pour le prélèvement d'organes (i.e. opt-out), mais celui du consentement de famille. Cette proposition a l'intention d'ouvrir de nouvelles possibilités de la transplantation aux enfants de moins de quinze ans, d'ailleurs elle laisse la priorité à une parenté dans le don d'organes. Cette proposition a été adapté à l'Assemblée nationale japonaise (Chambre des députés).

La proposition de loi dite B est fondamentalement identique à la loi de 1997, mais permis d'offre (et transplanter) une organe d'enfant de plus de douze ans. La proposition de loi dite C, elle aussi, est de la même position que la loi de 1997, mais donne la définition plus rigoureuse de la mort

cérébrale. La proposition de loi dite D a pour but de parvenir à une solution de compromis parmi ces trois propositions, et puis de rendre possible le transplanta-tion d'organes d'enfant de moins de quinze ans, en substituant une volonté (consentement) de famille à celle d'un enfant et en ajoutant la constatation par un tiers (l'hôpital) au consentement de famille.

Le sujet de discussion est de savoir comment faire face aux problèmes de la mort cérébrale et du prélèvement (la transplanta-tion) d'organes d'un enfant de moins de quinze ans. Il peut que un grand revirement se soit produit dans la notion de mort et dans le principe du **consentement explicite et éclairé** (l'autonomie personnelle) : un passage de opting-in à opting-out. Mais la délibération improvisée n'a eu lieu que huit heures à l'Assemblée, et on a porté le débat au Sénat japonais (Chambre haute). Nous avons l'impression qu'on ne discute pas vivement et suffisamment, même au moment de la décision lourde de conséquences. Mais nous voulons croire que en France lors de la délibération de la loi dite Caillavet de 1976 (Loi n°76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes) et réaf-firmée depuis, on ait entretenu une polémique vive à propos du **consentement présumé** ou implicite même ni éclairé, reposant sur un « qui ne dit mot consent ».

Dans la situation politique ou la fin de la session par-lementaire que suivaient la dissolution de l'Assemblée et les élections générales, l'autre jour le Sénat a précipitamment fini par adopter ladite proposition de loi dite A qui définit la mort cérébrale comme celle de l'homme dans tous les cas, ce qui instaure le régime du consentement présumé qui implique que chacun d'entre nous est donneur d'organes, en plus, ce qui est permis de prélever (ou donner) des organes sur un enfant de moins de quinze ans.

2 Nos difficultés enlassées

Le nouvelle article 6 de la Loi n°2009-83 du 17 juillet 2009 relatif à la transplanta-tion d'organes a disposé ainsi : «Le médecin peut effectuer le prélèvement d'organes sur le cadavre (y compris, le corps d'une personne dont la mort a été constatée) à des fins de la transplanta-tion dans le cas où l'une des alinéas prévues ci-après serait remplie ;

- 1 La personne décédée exprime, de son vivant par écrit, sa volonté du don d'organes à des fins de la transplanta-tion, et les proches, qui a connaissance de sa volonté, ne refuse pas un tel prélèvement
- 2 Les proches consentent, par écrit, un tel prélèvement
- 3 La personne décédée exprime, de son vivant par écrit, sa volonté du don d'organes à des fins

de la transplanta-tion et *sauf lorsqu'elle a fait connaître, de son vivant, son refus du prélèvements d'organes (...)* ».

Un profond fosse s'est cependant creusé ; notre avis étaient toujours partagés quant à la mort cérébrale. Pour les parents qu'ont un enfant en état de mort cérébrale prolongué, ils disent que c'est la déclaration de décès.

On va faire face aux problèmes importants :

- 1° - On appréhende de prélever (transplanter) des or-ganes d'un enfant, à supposer que la mort cérébrale soit celle de l'homme même sauf lors du transplanta-tion d'organes ;
- 2° - Comment fixer les critères du jugement de la mort cérébrale pour les enfants ;
- 3° - Un trop lourd fardeau, pour la famille, de consentir le prélèvement d'organes de son enfant...

Développer les prélèvements à partir de sujets en état de mort cérébrale, est-ce que c'est une seule solution à la pénurie d'organes ? En France qui a appliqué le principe du consentement présumé, près de cinquante pour cent des morts encéphaliques ne donnent actuellement pas lieu au prélèvement malgré cette règle. A cela s'ajoute l'incapacité de beaucoup de hôpitaux à dépister ou identifier la mort cérébrale ; le nombre d'organes disponibles est essentielle-ment limité par celui de morts cérébrales pouvant donner lieu au prélèvement.

Face à ces situations en France on peut s'interroger sur notre nouvelle loi.



Fig. 1 La Charte de la personne hospitalisée

3 Droits médicaux japonais et français

Finalement, le présent papier va résumer ces questions que appelleront des observations à nous faire :

- 1° - En France, le problème de la mort cérébrale est-il déjà pleinement - non seulement légalement mais aussi moralement - résolu et surmontable lors de la délibérations de la loi Caillavet de 1976 et de la loi de 2004 (Loi n° 2004-800 du 6 août 2004) relatif à la bioéthique réaffirmée depuis, ou bien est-il encore resté sans solution ? Il nous semble que ce problème a réchauffé de vieilles querelles, même parmi des grands juristes ou professeurs quelques-uns doutent que la mort cérébrale soit celle de l'homme ;
- 2° - Le problème du consentement présumé (opt-out), introduit dans la législation française par la loi Caillavet, est



Fig. 2 CHU Rennes Hôpital Pontchaillou

déjà légalement résolu lors de la délibérations de la loi Caillavet de 1976 et aussi de la loi de 2004-2008 relatif à la bioéthique réaffirmée depuis, mais malgré cela ce système du consentement présumé peut poser de nombreux problèmes d'après le principe du consentement explicite et éclairé. Avant tout c'est

le consentement non explicite, bien puis le donneur potentiel n'ont reçu aucune explication préalable concernat le prélèvement d'organes. Comment présumer une volonté implicite qui n'ai pas eu l'occasion de s'exprimer de son vivant ? En ce sens, notamment l'expose Professeur Dominique Thouvenin, « en l'absence de toute manifestation de volonté expresse, il est impossible de prétendre qu'il ait pu exprimer un quelconque consentement ».

Et puis a-t-il mis un terme au problème du manque d'organes ? En France on dit que ce système ne se présent pas nécessairement bien. A propos, au Japon on a déjà dix-sept cas du don d'organes depuis plus de trois mois d'application de cette nouvelle loi japonaise de 2009 relatif

Mois d'application (2010)	Nombre des donneurs décédés prélèvés (donneur dont la mort cérébrale a été attestée)
août	5
septembre	9
octobre	2
novembre	1 (jusqu'au 3 novembre)
Qui a consenti au prélèvement? Nombre de chaque cas	
Consentement de la personne	1 (Carte de donneur)
Consentement par sa famille	16

à la transplantation d'organes, tandis que l'on n'en a que quatre-vingts six cas depuis treize ans d'application de la ancienne loi de 1997, mais on ne peut pas tout prévoir ;

3° - On se trouvons en face de nouveaux problèmes des dons intrafamiliaux, « Don réservée à la parenté » ou Priorité à la parenté (i.e. Mandated choice), consacrés par la nouvelle loi japonaise de 2009 relatif à la transplantation d'organes. Il soulèvera un problème de la partialité d'une distribution d'organes.

Pour conclure on ferai remarquer que le nouveau système du Japon est celui de l'*opt-out* et il y a plus, celui du *consentement par la famille*. Ce système est forcé ou acculé à exprimer sa volonté du donneur d'être ou non prélève à sa mort, autrement dit, se décider à consentir ou

refuser à soi-même le prélèvement (ou don) de son propre organe ; n'a-t-on vraiment pas de droit de garder le silence sur cela ? (La silence n'est-il pas d'or ?) Ici il y a une innovation majeure. En outre, la famille ne peut pas seulement avoir voix au chapitre mais aussi c'est à la famille même qu'est le dernier mot alors que l'on ne veut pas y déléguer l'expression de sa volonté ; là est la question la plus primordiale. Plus le consentement est présumé ou représenté, plus le principe du consentement masque largement les enjeux de l'utilisation du corps non consentie d'une personne dans l'intérêt d'autrui ou au nom de la solidarité collective. ■

Remerciements

Ce chercheur est supporté par FY 2009 Researcher Exchange Program entre Japan Society for Promotion Science (JSPS) et Centre national de la recherche scientifique (CNRS). Il manifeste respectueusement de la reconnaissance à Madame le Professeur Brigitte Feuillet-Liger de la Faculté de droit et de science politique à l'Université de Rennes 1, et directrice du Centre de Recherche Juridique et Judiciaire de l'Ouest (CRJO), rattaché au CNRS, qui lui a fait bon accueil le 8 Septembre 2010.



Fig.3 Faculté de droit, Université de Rennes

Bibliographie

- D. Thouvenin, L'obtention des organes : le don comme finalité et le prélèvement comme modalité, in Le Mintier-Feuillet, Brigitte, (sous la direction de), Les lois "bioéthique" à l'épreuve des faits : réalités et perspectives / actes du colloque pluridisciplinaire, [Rennes], des 12 et 13 novembre 1998 ; [organisé par le Centre de recherche juridique de l'Ouest], Paris : Presses universitaires de France, 1999, p.77-131.
- B. Mathieu, La révision des lois bioéthique, D.2009. Entretien,1672 ; La Bioéthique, Dallz, 2009, p.112.
- A. Claeys, Vision du député Alain Claeys sur le projet de loi no. 1372 relatif aux recherches sur la personne, Rev. Gén. Droit médical, 2010, p. 14

G. Nicolas, La Constitution, instruction de régulation du de la bioéthique, Les Cahiers de droit de la santé du sud-est no.9 La Constitution face au défi de la bioéthique, 2008, éd. LEH., p.39

C. Labrusse-Riou, *Ecrits de bioéthique*, 2007, PUF, p.137.

D. Folscheid, *Philosophie, éthique et droit de la médecine*, 1997, PUF, p.213.

M.-F. Mamzer-Bruneel, E. Gran, H. Kreis et Ch. Hervé, Comment augmenter le nombre des organes disponibles en France ?, in A.-M., Duguet (sur la coordination de), *Acces aux transplantations d'organes et tissus en Europe et Droits aux soins en Europe*, Université européenne d'été de droit de la santé et éthique biomédicale – XIIe séminaire d'actualité de droit médical, 2009, éd. LEH., p. 53.

E. Dantas, Le « consentement présumé », l'autonomie relative et les innovations de la brésilienne sur la transplantation, in *Acces aux transplantations d'organes et tissus en Europe et Droits aux soins en Europe*, 2009, p. 281.

P. Steiner, *La transplantation d'organes – Un commerce nouveau entre les êtres humains*, Thèse, Gallimard, 2010.

L. Brunet, Le médecin et la mort/le médecin et le mort: fin de vie et prélèvement d'organes, in F. Bellivier et C. Noiville (sur la direction de), *Nouvelles frontières de la santé nouveaux rôles et responsabilités du médecin*, Daloz, 2006.

Conseil d'État, 17 février 1988 : Epoux Camara, RDSS.1988. 511, note Dubouis ; JPC.1990.II.21421, obs. E.Fort. Cardon.

Conseil d'État, Section du rapport et des études, *Les lois de bioéthique : cinq ans après*, Doc. Fr., 1999, p. 88.

Comité Consultatif National d'Éthique pour les sciences de la vie et de la santé, *QUESTIONNEMENT POUR LES ÉTATS GÉNÉRAUX DE LA BIOÉTHIQUE : Avis N° 105 – 9 octobre 2008*, p. 8 ; *Réexamen des lois de bioéthique : Avis N°60 - 25 juin 1998*, p. 4 ; voir aussi *Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche : Avis N°58 - 12 juin 1998*.

Bilan des activités de prélèvement et de greffe en France en 2008: Rapport d'activité de l'Agence de la biomédecine 2008, p.16 et s.

États généraux de la bioéthique: Rapport Final, Rapporteur général : Alain Graf, Juillet 2009, Le forum de Strasbourg p.46-48.

Loi n°76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes

Article 2 (abrogé au 30 juillet 1994)

Des prélèvements peuvent être effectués à des fins thérapeutiques ou scientifiques sur le cadavre d'une personne n'ayant pas fait connaître de son vivant son refus d'un tel prélèvement.

Toutefois, s'il s'agit du cadavre d'un mineur ou d'un incapable, le prélèvement en vue d'une greffe ne peut être effectué qu'après autorisation de son représentant légal.

Code de la santé publique

Article L1232-1 (modifié par Loi n°2004-800 du 6 août 2004 - art. 9 JORF 7 août 2004)

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 révoquant 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.



Fig.4 Bibliothèque, Université de Rennes

Le 30 octobre 2010