

François VIALLA, professeur, université de Montpellier, directeur du Centre européen d'Études et de Recherche Droit & Santé, UMR 5815, SFR ASMES

Un rein vaut mieux que deux tu l'auras ?

Is a kidney in hand worth two in the bush?

Le 29 septembre 2017, la cour administrative de Nantes (n° 15NT03537) a eu à connaître d'une affaire dont on peine à croire qu'elle ait pu naître.

Afin de permettre à son frère, souffrant d'une insuffisance rénale, de bénéficier d'une greffe, M. I. a accepté de se prêter au prélèvement de son rein gauche. On sait que le Code civil prévoit que l'atteinte à l'intégrité corporelle puisse exceptionnellement être justifiée « dans l'intérêt thérapeutique d'autrui » (art. 16-3 al. 1 Code civil *in fine*). Le prélèvement sur donneur vivant est strictement encadré par les dispositions du Code de la santé publique (art. L. 1231-1 à L. 1231-4; R. 1211-2 à R. 1211-9; R. 1231-8 à R. 1231-10 CSP). L'intervention d'un comité d'expert est, notamment, requise. Le consentement du sujet qui se prête au « don » doit respecter un strict formalisme : « Le donneur, préalablement informé par le comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3 des risques qu'il encourt, des conséquences éventuelles du prélèvement et, le cas échéant, des modalités du don croisé, doit exprimer son consentement au don et, le cas échéant, au don croisé devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui, qui s'assure au préalable que le consentement est libre et éclairé et que le don est conforme aux conditions prévues aux premier, deuxième et, le cas échéant, troisième alinéas. En cas d'urgence vitale, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République. Le consentement est révocable sans forme et à tout moment. L'autorisation de prélèvement sur une personne mentionnée au deuxième alinéa est délivrée, postérieurement à l'expression du consentement, par le comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3 » (art. L. 1231-1, al. 4 et 5 CSP).

Il est essentiel de noter que par-delà ce cadre très protecteur, à raison du caractère altruiste et exceptionnel de l'atteinte à l'intégrité corporelle, le texte dispose expressément que la révocation du consentement, quant à elle, demeure possible à tout moment et sans formalisme aucun !

Or, dans l'affaire ici abordée, le « donneur » « avait, dans la nuit précédant cette intervention, marqué son intention de quitter l'établissement hospitalier et de renoncer à ce don d'organe ». Il devait pourtant subir l'intervention programmée au CHU d'Angers !

Au demeurant, la cour administrative d'appel de Nantes souligne que « le CHU d'Angers ne conteste pas le principe de sa responsabilité pour avoir omis de vérifier le maintien du consentement de M. I. à l'intervention chirurgicale, alors que ce dernier avait manifesté sa volonté de se rétracter, et pour ne pas avoir informé ce dernier sur la technique opératoire finalement retenue ; que ces fautes sont de nature à entraîner la réparation par l'établissement hospitalier de la totalité des préjudices subis par M. I. qui en sont la conséquence directe ».

Par-delà les questions de la responsabilité et de la réparation des préjudices subis, on s'interroge sur la réalisation d'un tel prélèvement alors que le « donneur » s'était rétracté.

Assurément, les cyniques pourront considérer que tout cela n'est pas bien grave puisque la personne dispose toujours de son rein droit.

Comment concevoir qu'au sein d'un CHU, la parole de l'utilisateur soit à ce point inaudible ? Si la volonté de la personne n'est pas prise en considération dans le cadre d'un prélèvement d'organe sur donneur vivant, on peine à imaginer ce qu'il peut en être s'agissant d'un refus de soin émis par un sujet malade !

Peut-être que disposant d'un consentement formalisé au prélèvement, les praticiens n'ont pas jugé nécessaire de respecter une rétractation informelle. Peut-être ont-ils considéré que ce retrait du consentement n'était pas celui d'une personne éclairée et que l'anxiété de l'intervention imminente privait la personne de tout discernement.

Il faut encore et toujours marteler alors la nature réelle du consentement dont il s'agit. Deux approches s'opposent. La première nécessite le sens du discernement et la compréhension parfaite de l'acte de la part du sujet : « *consensus autem voluntatis est actus qui praesupponit actum intellectus* » (D'Aquin [Saint Thomas], *Summa theologiae, supplementum*, q.51,1 ; « L'acte de volonté présuppose un acte intellectuel », voir Roland [H.], Boyer [L.], *Adages du droit français*, Litec, n° 58, p. 106). Mais, s'agissant d'un acte médical ou chirurgical, une seconde approche se fait jour : « le consentement dont il s'agit n'est pas celui du droit civil des obligations, c'est une garantie procédurale qui oblige les médecins à respecter un droit fondamental de la personne, celui que traduit le vieil adage *noli me tangere* » (Mathieu [B.], *La bioéthique*, Dalloz, 2009, coll. « Connaissance du droit », p. 52 ; Girer [M.], « La qualification juridique du consentement aux soins : accord contractuel, droit fondamental de la personne ? », in Laude [A.], dir., *Consentement et santé*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2014, p. 55). Dès lors, le fait que la personne voit son discernement éventuellement diminué par l'imminence de l'intervention, par le pas qu'elle s'apprête à franchir de façon altruiste, n'autorise aucunement les médecins à passer outre.

Peut-être conviendrait-il de rappeler sans cesse aux équipes médico-chirurgicales cette formule d'Hippocrate : « ἀσκέειν, περὶ τὰ νοσήματα, δύο, ὠφελέειν, ἢ μὴ βλάπτειν » (« Avoir, dans les maladies, deux choses en vue : être utile ou du moins ne pas nuire », Hippocrate, *Épidémies*).