
DEFINITION DE LA MORT ET PRELEVEMENT D'ORGANES

- ASPECTS CONSTITUTIONNELS -

Olivier Guillod, professeur, directeur

Jean-François Dumoulin, collaborateur scientifique

Institut de droit de la santé (IDS), Université de Neuchâtel

I. PREAMBULE

L'énigme de la mort et la question de sa définition ont préoccupé l'humanité depuis fort longtemps¹, mais elles ont sans doute pris une nouvelle dimension, plus concrète, dans les années 1960, avec d'une part le développement de la médecine intensive et, d'autre part, les progrès de la médecine de la transplantation qui ont débouché sur la première transplantation cardiaque en 1967². Dans le sillage de cette « première », la médecine de la transplantation a connu un essor spectaculaire³. Cela a rendu d'autant plus urgent le réexamen de la notion de mort et des procédures propres à en établir le diagnostic irréfutable, préalable indispensable au prélèvement d'un organe vital comme le cœur et, plus tard, avec le développement des techniques opératoires, au prélèvement d'autres organes comme le rein, le foie ou les poumons.

Les premiers éléments de réponse proviennent d'Amérique du Nord en 1968. Un comité *ad hoc* mis sur pied au sein de la faculté de médecine de l'Université de Harvard à Boston rédige un rapport dans lequel ses membres tentent de préciser la définition de la mort et la manière de la constater⁴. La question est examinée en Suisse également, peu après, comme dans tous les pays

¹ Hippocrate, 500 ans avant J.C. ou Marc Aurèle, au 1er siècle avant J.C., par exemple. Voir Bruno Py, *La mort et le droit*, Paris 1997, p. 17.

² Le 3 décembre 1967, le Dr Christiaan Barnard a réalisé la première transplantation cardiaque, à Cape Town, en Afrique du Sud. Voir René Küss, Pierre Bourget, *Une histoire illustrée de la greffe d'organes - la grande aventure du siècle*, Rueil-Malmaison 1992.

³ Mais l'enthousiasme s'est peu à peu heurté aux difficultés pratiques. Les équipes médicales qui pratiquaient la transplantation ne parvenaient pas à résoudre les problèmes d'infections post-opératoires ni, surtout, les phénomènes de rejet. C'est grâce à la ciclosporine développée en Suisse au début des années 1980 que la médecine de transplantation a véritablement décollé. Voir François Chast, *Histoire contemporaine des médicaments*, Paris 1995, p. 330 ss.

⁴ A Definition of Irreversible Coma: Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death, in: 205 JAMA 337-340 (1968).

où la transplantation d'organes est pratiquée⁵. L'Académie Suisse des Sciences Médicales (ASSM) élabore, en 1969, des « Directives pour la définition et le diagnostic de la mort », complétées en 1983. Aujourd'hui, ce texte a été remplacé par un autre document intitulé « Directives pour la définition et le diagnostic de la mort en vue d'une transplantation d'organes »⁶.

Le titre de ces secondes directives est révélateur des objectifs désormais poursuivis par la communauté médicale lorsque la question de la définition et du diagnostic de la mort est soulevée⁷ : le contexte envisagé est prioritairement celui de la transplantation d'organes, même si la question de la définition de la mort se pose aussi dans d'autres domaines, en particulier en médecine intensive quand il faut décider ou non de tentatives de réanimation. En outre, à la lecture de ces documents, on peut observer un point capital : le rapport américain cité plus haut et les directives helvétiques, tant celles datant de 1969 que celles plus récentes de 1996, se réfèrent au critère de la « mort cérébrale » pour établir qu'une personne est décédée. Il faut en effet préciser ici que le prélèvement d'organes s'effectue sur un donneur dont les fonctions cardiaques et respiratoires sont présentes, fût-ce grâce à des moyens auxiliaires. Les organes, pour être propres à l'implantation, doivent en principe avoir été perfusés régulièrement, c'est-à-dire que la circulation sanguine doit être maintenue dans l'organe à prélever⁸. A défaut, par exemple s'il est nécessaire d'attendre l'arrêt irréversible des fonctions cardiaques, on court le risque que les organes se soient détériorés au point qu'une transplantation n'est plus envisageable⁹.

C'est dire qu'un donneur sur lequel un prélèvement d'organes a lieu respire et que son cœur bat, même si ces fonctions ne sont maintenues que par des moyens auxiliaires. Pourtant, dans l'inconscient collectif, le cœur comporte une dimension symbolique importante. Il est souvent considéré comme l'organe des fonctions vitales et, dans le langage figuré, comme le siège des sentiments. On imagine sans peine les difficultés qui peuvent surgir lorsqu'il s'agit d'aborder l'éventualité d'un prélèvement d'organes avec les proches d'un patient en état de « mort cérébrale », mais qui respire¹⁰.

Cependant, les résistances et les controverses se sont progressivement effacées et, peu à peu, le critère de la « mort cérébrale » a été adopté par le monde scientifique puis avalisé par l'ordre juridique dans la plupart des pays du globe¹¹. Cette évolution s'explique à la fois par les progrès des connaissances médicales et neurologiques et par le fait que l'adoption du critère de « mort cérébrale » favorise grandement le développement d'activités médicales en plein essor.

⁵ En France, voir Bruno Py, op. cit., p. 20 ss; en Allemagne, voir Werner Heun, Der Hintod als Kriterium des Todes des Menschen - Verfassungsrechtliche Grundlagen und Konsequenzen, in: Juristenzeitung 5/1996, p. 213 ss, note 10, p. 213 s.

⁶ Bulletin des Médecins Suisses [BMS] 45/1996, p. 1821-1829, citées désormais « Directives ASSM 1996 ».

⁷ Le problème peut toutefois surgir indépendamment du prélèvement éventuel d'un organe. Il se pose par exemple lorsqu'une personne se trouve dans un état de coma dépassé et que ses proches demandent que l'équipement qui la maintient artificiellement en vie soit débranché.

⁸ Notamment parce que la médecine de transplantation doit faire face à une grave pénurie d'organes, des tentatives de transplantation d'organes prélevés sur des donneurs dont les fonctions cardiaques et respiratoires n'existent plus ont été de nouveau effectuées (« NHBDs, Non-Heart-Beating Donors »). Cette technique, suivie au tout début de la médecine de la transplantation puis abandonnée, fait l'objet d'un regain d'intérêt et de recherche pour évaluer son efficacité. Voir notamment F. Mosimann, V. Bettschart, J.-P. Wauters, Chirurgie. Transplantation rénale, Médecine & Hygiène 1999, p. 73, 74 et leurs références ; Jean-François Dumoulin, Transplantation d'organes en Suisse: le droit au carrefour de la vie et de la mort. Neuchâtel 1997, note 7, p. 2 et Organtransplantation in der Schweiz. Das Recht am Scheideweg zwischen Leben und Tod (traduction allemande), Berne 1998, note 7 p. 4-5.

⁹ Encore faut-il distinguer selon les organes. A certaines conditions, un prélèvement de rein à cœur arrêté peut conduire à des résultats analogues à ceux obtenus par prélèvement classique : voir C. Gonzalez-Segura, A.M. Castela, J. Torras et al., A good alternative to reduce the kidney shortage. Kidneys from nonheartbeating donors, 65 Transplantation 1465ss (1998).

¹⁰ Sur ces questions, voir plus loin p. 15 ss.

¹¹ Sur le contenu du droit des principaux pays qui nous entourent, voir plus loin, p. 28 ss.

On pensait que les discussions étaient closes depuis la fin des années septante. L'élaboration d'une législation fédérale relative à la médecine de transplantation en Allemagne a toutefois relancé le débat. Pour des raisons historiques qu'il n'est pas nécessaire de rappeler, la Constitution allemande (« *Grundgesetz* ») adoptée après la 2^e Guerre mondiale protège la vie de façon quasi-absolue¹². Le projet de loi allemande se devait donc d'aborder la question de la définition et du diagnostic de la mort, ce qui occasionna de sérieuses controverses¹³, notamment quant à la conformité du critère de la « mort cérébrale » au regard de la protection de la vie en droit constitutionnel allemand¹⁴.

Peut-être sous l'influence de l'Allemagne, le débat fut aussi relancé outre-Atlantique, où l'une des plus prestigieuses revues américaines d'éthique médicale s'interrogeait il y a quelque temps sur l'opportunité d'abandonner le critère de la « mort cérébrale »¹⁵. En Suisse également, le thème a d'ores et déjà été abordé dans le cadre des discussions liées à l'adoption éventuelle de l'art. 24^{decies} Cst. Il ne fait guère de doute qu'au cas où le peuple et les cantons suisses acceptaient en février prochain la révision constitutionnelle proposée, le problème de la définition et du diagnostic de la mort serait l'une des questions les plus sensibles dans l'élaboration de la législation fédérale découlant du texte constitutionnel.

C'est dans cette optique que ce rapport est rédigé; il tentera de cerner la définition de la mort en droit suisse, notamment par rapport à une éventuelle définition de la vie, et d'examiner dans quelle mesure le critère de la « mort cérébrale » est conforme au droit constitutionnel suisse. Il exposera ensuite quelques solutions étrangères, avant de tenter d'esquisser ce que devraient être les conditions de prélèvement d'organes sur un donneur décédé, voire sur un donneur considéré comme une « personne en train de mourir » (« *Sterbender Spender* »).

II. LA TRANSPLANTATION D'ORGANES EN SUISSE

La Suisse envisage de se doter d'une législation fédérale relative à la médecine de transplantation. Une telle loi suppose, au préalable, l'adoption par le constituant d'une base constitutionnelle autorisant la Confédération à édicter des prescriptions dans ce domaine. Il s'agit de doter ce type d'activité médicale d'un nouveau cadre juridique qui remplacerait l'actuel régime disparate et souvent incomplet résultant de normes légales tant cantonales que fédérales et de directives privées. Aujourd'hui, vingt cantons ou demi-cantons suisses ont en effet édicté des règles juridiques concernant le prélèvement et la transplantation d'organes¹⁶. De surcroît, quelques règles

¹² Art. 2 al. 2 1^{ère} phrase : « *Jeder hat das Recht auf Leben* ». Voir notamment Dieter Lorenz, *Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit*, in: Josef Isensee, Paul Kirchhof (éd.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd VI., 1989, p. 3-39.

¹³ Voir par exemple Alexandra Manzei, *Hirntod, Herztod, ganz tot ?*, Frankfurt am Main, 1997, qui critique, du point de vue philosophique et sociologique le pouvoir des médecins dans ce domaine. Voir aussi Anja Lieser, *Am Ende menschlichen Lebens : Hirntod, eine kritisch-ethische Betrachtung*, Stuttgart-New York, 1998.

¹⁴ Sur la législation allemande, voir plus loin p. 28 s.

¹⁵ Le *Hastings Center Report*. Voir plus loin note 71.

¹⁶ Appenzell Rhodes intérieures (AI), Argovie (AG), Appenzell Rhodes extérieures (AR), Berne (BE), Bâle-Campagne (BL), Bâle-Ville (BS), Genève (GE), Grisons (GR), Lucerne (LU), Neuchâtel (NE), Nidwald (NW), Saint Gall (SG), Thurgovie (TG), Valais (VS), Vaud (VD), Zoug (ZG) et Zurich (ZH) ont adopté le modèle du consentement implicite pour les prélèvements d'organes sur un donneur décédé. Dans les cantons du Jura (JU), Obwald (OW), Uri (UR) et Tessin (TI), le régime du consentement exprès est en vigueur. Fribourg (FR), Glaris (GL), Schaffhouse (SH), Schwyz (SZ) et Soleure (SO) n'ont pas

spécifiques de droit fédéral sont d'ores et déjà en vigueur¹⁷, sans parler des principes généraux de droit constitutionnel¹⁸, de droit privé¹⁹ ou de droit pénal²⁰ qui pourraient être mis en oeuvre dans ce contexte. Enfin, il faut rappeler l'existence de normes et directives de nature privée qui jouent, aujourd'hui encore, un rôle important dans le domaine des transplantations²¹.

Ce nouvel aménagement du cadre normatif de la médecine de transplantation est l'objet d'un projet d'article constitutionnel 24^{decies} récemment présenté aux Chambres fédérales²². Ce texte a été adopté par le Parlement fédéral et sera soumis le 7 février prochain au peuple et aux cantons²³. Il prévoit d'attribuer à la Confédération la compétence de légiférer « dans le domaine de la transplantation d'organes, de tissus et de cellules » en veillant à « la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la santé » (art. 24^{decies} al. 1er) et à « une répartition équitable des organes » (art. 24^{decies} al. 2). Selon l'al. 3, « [l]e don d'organes, de tissus et de cellules humaines est gratuit » et « [l]e commerce d'organes humains est interdit. ».

La législation fédérale qui serait adoptée sur la base de l'art. 24^{decies}, si ce dernier trouvait grâce devant le peuple et les cantons lors du référendum, devrait aborder plusieurs questions controversées: celles qui sont mentionnées dans l'article constitutionnel d'abord, telles que la répartition des organes, la gratuité du don d'organes et l'interdiction du commerce, mais aussi d'autres problèmes tout aussi délicats, que le texte du projet ne mentionne pas. Parmi ceux-ci, la définition et le diagnostic de la mort figurent en bonne place. En effet, sous peine de commettre un homicide, le prélèvement d'un organe vital ne peut être pratiqué que sur un donneur décédé; il n'est évidemment pas question de sauver la vie du receveur au prix de celle du donneur²⁴. Reste, mais le problème est délicat et complexe, à déterminer à quel moment une personne peut être considérée comme décédée et quels sont les moyens diagnostiques qui permettent de parvenir à cette constatation.

III. DEFINITION DE LA VIE

de législation sur ce point. Cependant, le canton de Fribourg prépare actuellement un projet de loi sur la santé qui aborde notamment les questions touchant aux transplantations d'organes.

¹⁷ Notamment l'art. 17 de l'Arrêté fédéral du 22 mars 1996 sur le contrôle du sang, des produits sanguins et des transplants, qui pose le principe de la gratuité des transplants humains; les dispositions de la LAMal, en particulier le chiffre 1.2 de l'annexe 1 à l'OPAS, et de la LAI qui règlent les questions d'assurance sociale liées aux prélèvements et aux transplantations d'organes. En outre, il a été proposé en juin 1998 de modifier l'arrêté fédéral sur le sang pour interdire (art. 18a) les xéno-transplantations, sauf dans le cadre d'essais cliniques autorisés par l'OFSP: cf. le Message du Conseil fédéral du 3 juin 1998, FF 1998 3209.

¹⁸ Avant tout la garantie constitutionnelle non écrite protégeant la liberté personnelle et le principe d'égalité.

¹⁹ On pense surtout aux principes découlant de la protection de la personnalité, prévus aux art. 27 ss CC, ainsi qu'aux règles sur la capacité civile.

²⁰ En particulier, les dispositions protégeant la vie et l'intégrité corporelle (art. 111 ss CP et 122 ss CP) ou celle qui réprime les atteintes à la paix des morts (art. 262 CP).

²¹ Il s'agit des directives de l'Académie suisse des sciences médicales relatives à la transplantation d'organes (« Directives médico-éthiques pour les transplantations d'organes », BMS 35/1995, p. 1392-1394), à la définition et au diagnostic de la mort (« Directives pour la définition et le diagnostic de la mort en vue d'une transplantation d'organes », BMS 45/1996, p. 1821-1829) et enfin à la transplantation de tissus humains d'origine foetale (« Directives concernant la transplantation de tissus foetaux humains », BMS 11/1996, p. 443-447). Un projet de directives concernant les xénotransplantations est en outre en préparation au sein de l'ASSM.

²² FF 1997 III 613.

²³ FF 1998 3059.

²⁴ Le prélèvement de certains organes ou de tissus est également possible sur un donneur vivant; il s'agit en particulier du prélèvement d'un rein ou de moelle osseuse. Cette étude est cependant limitée aux aspects juridiques des prélèvements effectués sur un donneur décédé.

1. La mort par rapport à la vie

La vie, selon les définitions classiques des dictionnaires, s'entend comme le résultat du jeu des organes concourant au développement et à la conservation du sujet. A ce dernier propos, on a affirmé en effet que « [l]a vie est l'ensemble des fonctions qui résistent à la mort »²⁵. C'est dire que vie et mort sont étroitement imbriquées et qu'une définition de la mort ne peut s'esquisser sans avoir préalablement tenté de cerner la notion de vie : là où s'achève la vie commence la mort.

Du point de vue juridique, le Code civil suisse, à son article 31 alinéa 1^{er}, dispose que la personnalité débute avec la naissance accomplie de l'enfant vivant et s'achève avec la mort. Mais les auteurs, lorsqu'ils commentent cette disposition, se gardent en général de donner une définition de la vie²⁶. Ils se bornent à préciser que l'enfant est en vie, et donc acquiert la personnalité, s'il a « donné un signe de vie quelconque », par exemple des signes de respiration et/ou de battements cardiaques²⁷. En majorité, ils ajoutent que le nouveau-né doit présenter un degré de développement qui lui permet de poursuivre sa croissance hors du sein maternel²⁸. Un fœtus expulsé à l'occasion d'une fausse couche précoce ne remplit donc pas cette dernière condition, même s'il a un cœur qui bat momentanément.

La définition juridique de la vie n'est donc pas très élaborée; elle s'en tient à ses manifestations extérieures. Les limites de la vie sont tout autant délicates à poser : la cessation de la vie²⁹, au moins du point de vue biologique, est un phénomène complexe en même temps qu'un processus dynamique³⁰. Il est par conséquent difficile, pour ne pas dire impossible, d'arrêter de façon certaine le moment précis où finit la vie et où, par conséquent, commence la mort. La définition de la vie, comme la définition de la mort, sont donc des appréciations de nature normative³¹, dont se dote chaque société en tenant compte des valeurs philosophiques, éthiques et religieuses les plus communément acceptées en son sein. Ces définitions ne visent donc pas à décrire des événements selon les paramètres utilisés par les sciences naturelles, bien qu'elles s'appuient sur l'état des connaissances en ces domaines. Elles servent principalement à fixer le début et la fin du statut de personne au sens juridique. Or, le propre de la personne, c'est d'être une entité à laquelle l'ordre juridique reconnaît des droits subjectifs. Dans la perspective juridique, la personne est donc une entité relationnelle plus que biologique. Il est dès lors légitime que les définitions juridi-

²⁵ Xavier Bichat, *Recherches physiologiques sur la vie et la mort*, Paris 1800, cité par Bruno Py, *op. cit.*, p. 17.

²⁶ Andreas Bucher, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 3e éd., Bâle et Francfort-sur-le Main 1995, N° 204 ss, p. 66 s; Henri Deschenaux, Paul-Henri Steinauer, *Personnes physiques et tutelles*, 3e éd., Berne 1995, N° 458 s., p. 136; Mario Pedrazzini, Niklaus Oberholzer, *Grundriss des Personenrechts*, 3e éd., Berne 1989, p. 30 ; Hans Michael Riemer, *Personnenrecht des ZGB : Studienbuch und Bundesgerichtspraxis*, Berne 1995, N° 120; *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Commentaire bâlois)*, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I (Art. 1-359 ZGB), Bâle 1996, N. 3 ss ad art. 31, p. 305 s ; Jacques-Michel Grossen, *Les personnes physiques*, in : *Traité de droit privé suisse*, tome II/2, p. 15 ; Tuor/Schnyder/Schmid, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 11^e éd., Zurich 1995, p. 106 ss.

²⁷ Par exemple *Commentaire bâlois*, N. 4 ad art. 31, p. 306 et les références citées.

²⁸ Notamment Bucher, *op. cit.*, N° 205, p. 66 ; *Commentaire bâlois*, N. 5 ad art. 31, p. 306 ; Deschenaux/Steinauer, *op. cit.*, p. 119.

²⁹ Comme d'ailleurs l'apparition de la vie. Il n'en sera pas question ici : le prélèvement d'organes ne s'effectue en principe que sur des donneurs qui sont nés. Mais la médecine de transplantation envisage également de procéder à des prélèvements de tissus foetaux, ce qui nécessite aussi une réflexion éthique et juridique (Voir les Directives de l'ASSM concernant la transplantation de tissus foetaux humains, BMS 11/1996, p. 443 ss). On peut encore évoquer dans ce contexte la situation particulière des nouveaux-nés anencéphales; voir Jean-François Dumoulin, *op. cit.*, note 61, p. 75 et note 61, p. 85 s. (traduction); Rolf Schöning, *Rechtliche Aspekte der Organtransplantation unter besonderer Berücksichtigung des Strafrechts*, Zurich 1996, p. 280 ss.

³⁰ « La mort n'est pas un événement ponctuel, mais correspond plutôt à un processus évolutif nécessitant un certain temps » : *Directives ASSM 1996*, p. 1825.

³¹ Dans ce sens également, Werner Heun, *op. cit.*, p. 214.

ques de la vie et de la mort intègrent l' « aptitude relationnelle » de la personne et ne se contentent pas purement de considérations biologiques.

2. Le droit à la vie dans la Constitution fédérale et la CEDH

La protection constitutionnelle du droit à la vie est une construction essentiellement jurisprudentielle: le texte de 1874 ne contient aucune disposition explicite traitant du sujet. Aussi, en 1963, le Tribunal fédéral a dû considérer que la Constitution fédérale recelait un droit constitutionnel non écrit, imprescriptible et inaliénable, garantissant la liberté personnelle³².

La liberté personnelle englobe notamment le droit à la vie de même que la liberté de mouvement et le droit au respect de son intégrité corporelle³³. Elle protège chaque individu « dans l'exercice de sa faculté d'apprécier une situation de fait déterminée et d'agir selon cette appréciation ». Cette garantie englobe dès lors « toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine »³⁴. Le droit à la vie recouvre, selon la jurisprudence, non seulement l'existence physique mais aussi « l'ensemble des fonctions biologiques et psychiques qui distinguent l'homme en tant qu'être vivant. Le droit protège ainsi l'homme dans la multiplicité de ses aspects, peu importe le caractère unique de ceux-ci et la manière avec laquelle ils se manifestent »³⁵. La vie est un aspect élémentaire de l'épanouissement de la personnalité et appartient au noyau essentiel et intangible de la liberté personnelle³⁶. Le droit à la vie présente en effet la particularité de ne souffrir, contrairement aux autres aspects de la liberté personnelle³⁷, aucune restriction : toute atteinte au droit à la vie est synonyme d'atteinte au noyau de ce droit³⁸.

Il faut rappeler en outre que l'article 2 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme [CEDH]³⁹ garantit aussi le droit à la vie, de même d'ailleurs que l'article 6 paragraphe 1, 3^e phrase du Pacte ONU II⁴⁰. De nombreuses Constitutions cantonales contiennent une garantie analogue. Toutes ces dispositions n'ajoutent cependant rien à la garantie reconnue par le Tribunal fédéral dans le cadre de la liberté personnelle. En particulier, elles ne définissent pas différemment la notion de « vie ».

Enfin, le projet de mise à jour de la Constitution, qui sera soumis cette année au vote du peuple et des cantons suisses⁴¹, prévoit une disposition garantissant expressément le droit à la vie. En effet, l'article 10 proposé déclare que « *Tout être humain a droit à la vie. La peine de mort est interdite.* » Cet article ne fait que consacrer formellement la jurisprudence du Tribunal fédéral. Ainsi

³² ATF 89 I 98. Voir notamment Walter Haller, Liberté personnelle, in: Jean-François Aubert et al. (éd.), Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Bâle, Berne et Zurich 1987; Michel Rossinelli, Les libertés non écrites, Lausanne 1987.

³³ Walter Haller, op. cit., N° 46 ss, p. 11 ss ; ATF 111 Ia 231 ; ATF 109 Ia 273 ; ATF 123 I 112.

³⁴ ATF 123 I 112 ; ATF 122 I 360.

³⁵ ATF 98 Ia 515.

³⁶ Walter Haller, op. cit., N° 47, p. 11.

³⁷ Selon la théorie développée par le Tribunal fédéral, une restriction à une liberté fondamentale doit reposer sur une base légale, répondre à un intérêt public, respecter le principe de la proportionnalité et ne pas porter atteinte au noyau intangible du droit considéré.

³⁸ Jörg Paul Müller, Recht auf Leben, Persönliche Freiheit und das Problem der Organtransplantation, Revue de droit suisse 1971, p. 457 ss, 461.

³⁹ RS 0.101.

⁴⁰ RS 0.103.2.

⁴¹ Arrêté fédéral relatif à la mise à jour de la Constitution fédérale, du 18 décembre 1998, FF 1999 176ss.

que le Message le disait, « pour savoir à quel moment la vie prend fin (et donc quand la protection constitutionnelle cesse), le Tribunal fédéral s'est fondé sur le critère de la mort cérébrale (en accord avec la doctrine médicale récente) »⁴².

3. La protection de la vie dans le droit suisse

En principe, la vie bénéficie par conséquent d'une protection absolue. Comme l'expliquait le Message du Conseil fédéral, « le droit à la vie ne supporte aucune restriction ; des atteintes fondées sur une base légale et portées dans l'intérêt public sont inconcevables »⁴³. Des entorses au droit à la vie ne sont envisageables que dans des conditions exceptionnelles. Une première catégorie d'exceptions est fondée sur la défense de la vie d'autres personnes : il s'agit d'un acte de guerre légitime, d'un acte commis par la police pour prévenir des dangers extrêmes ou de la légitime défense (art. 33 du Code pénal).

La deuxième catégorie d'exceptions se fonde sur la volonté de la personne de renoncer à sa propre vie. L'article 115 du Code pénal [CP] tolère ainsi l'assistance au suicide quand elle n'est pas apportée à des fins égoïstes. En outre, l'article 114 CP (meurtre sur demande de la victime) est aujourd'hui interprété comme ne faisant pas obstacle à l'administration, avec le consentement du patient, de soins palliatifs écourtant la vie lors d'un accompagnement de fin de vie⁴⁴. Des interventions parlementaires (notamment la motion Ruffy⁴⁵) ont même obligé le Conseil fédéral à nommer une commission d'experts chargée de s'interroger sur l'admissibilité de l'euthanasie active dans certaines circonstances et de proposer une réforme des articles 114 et 115 CP. On peut aussi rappeler que le suicide (ou plutôt sa tentative) en tant que tel n'est pas réprimé, ce qui signifie que l'ordre juridique suisse accorde une certaine prééminence à la volonté individuelle par rapport à la protection de la vie.

Cette prééminence de la volonté personnelle s'exprime aussi dans le droit sanitaire cantonal qui reconnaît le droit de chaque patient d'accepter ou de refuser tout acte de soins, même nécessaire pour lui sauver la vie. De même, le droit sanitaire cantonal contient parfois des dispositions relatives aux « directives anticipées »⁴⁶, que les professionnels de la santé doivent respecter même lorsqu'elles impliquent l'interruption de soins susceptible d'entraîner le décès du patient qui les a rédigées⁴⁷. Contrairement à ce qui est prévaut pour les lois fédérales, la constitutionnalité des lois cantonales peut être mise en cause devant le Tribunal fédéral, dans le cadre d'un recours de droit public, soit à l'occasion d'un cas d'application de la norme cantonale litigieuse, soit à l'occasion d'un « contrôle abstrait » de cette norme, dans les 30 jours dès sa publication officielle⁴⁸. A ce jour, le grief d'inconstitutionnalité de ces dispositions légales cantonales n'a pourtant jamais été

⁴² Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I 1, 148.

⁴³ Message précité, FF 1997 I 1, 148.

⁴⁴ Sur ces questions, voir notamment Marco Borghi, L'image de la mort en droit public, in: Paul-Henri Steinauer (éd.), L'image de l'homme en droit, Fribourg 1990, p. 27 ss.

⁴⁵ Reproduite in Mark-Oliver Baumgarten, The right to die ? Rechtliche Probleme um Sterben und Tod, Berne-etc., 1998, p. 182 s.

⁴⁶ AG, art. 39 du décret sur les patients du 21 août 1990; AI, art. 22 de l'ordonnance sur les patients du 6 décembre 1993; GE, art. 5 de la loi concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients du 6 décembre 1987; LU, art. 25 de l'ordonnance sur les patients du 16 novembre 1993; NE, art. 35 de la loi sur la santé du 6 février 1995; VS, art. 21 et 22 de la loi sur la santé du 9 février 1996; ZH, art. 21 de l'ordonnance sur les droits des patients du 28 août 1991.

⁴⁷ Voir notamment Olivier Babiantz, Les directives anticipées et la représentation thérapeutique, Cahier de l'IDS N° 6, Neuchâtel 1998 et ses références.

⁴⁸ Comme dans les deux affaires Himmelberger : ATF 111 Ia 231 et ATF 123 I 112.

invoqué à notre connaissance⁴⁹. La doctrine dominante considère quant à elle que ces directives sont conformes au droit⁵⁰.

La troisième et dernière catégorie d'exceptions concerne la protection de la vie foetale, qui est moindre que celle de la vie de personnes déjà nées. Cela découle naturellement du principe de l'article 31 CC que la personnalité s'acquiert pleinement lors de la naissance accomplie. L'article 120 CP autorise l'interruption de grossesse en certaines circonstances (protection de la vie ou de la santé de la femme enceinte) et ne protège donc que de manière limitée la vie foetale. On sait quelle est l'application de ce texte dans la plupart des cantons aujourd'hui. Au surplus, des propositions sont actuellement en discussion d'élargir les possibilités de pratiquer une interruption licite de grossesse⁵¹.

Comme le Tribunal fédéral, agissant en tant que cour constitutionnelle, n'est pas habilité à examiner la conformité d'une loi fédérale avec la Constitution⁵², la compatibilité des dispositions légales fédérales évoquées avec la garantie constitutionnelle du droit à la vie n'a pas pu être soumise aux juges de Mont-Repos, contrairement à ce qui s'est passé dans certaines autres grandes démocraties, notamment aux Etats-Unis ou en Allemagne⁵³. La voie du recours à Strasbourg est cependant ouverte mais n'a, à notre connaissance, jamais été utilisée en ce domaine.

On rappellera enfin qu'en 1985, une initiative baptisée « Pour le droit à la vie » fut nettement rejetée par le peuple et les cantons⁵⁴. Elle avait été déposée notamment dans le but de s'opposer à toute libéralisation de l'avortement en Suisse, par le biais de la définition insérée à l'alinéa 2 de l'article 54*bis* Cst projeté : « La vie de l'être humain commence dès la conception et prend fin par la mort naturelle ». Selon le Message du Conseil fédéral qui accompagnait le texte soumis aux Chambres fédérales, la disposition constitutionnelle proposée n'aurait pas eu d'impact sur la définition de la mort utilisée par la médecine de la transplantation. Par conséquent, les directives de l'ASSM auraient continué à servir de référence lors d'un prélèvement d'organes⁵⁵.

IV. DEFINITION DE LA MORT

1. En général

La tâche consistant à tenter d'apporter une définition de la mort se heurte aux mêmes difficultés que celles qui ont été exposées à propos de la définition de la vie. La mort s'entend généralement

⁴⁹ Une seule décision, semble-t-il, concerne les directives anticipées, mais pas dans un cas vital. Il s'agit d'un arrêt genevois qui a reconnu la validité de directives anticipées à l'égard de traitements de nature psychiatrique et l'obligation des soignants de les respecter. Voir RDAF 1996, p. 64 ss.

⁵⁰ Olivier Guillod, Jean Guinand, Validité et efficacité du testament biologique, *Revue de droit suisse* 1988, p. 401 ss; Karin Reusser, *Patientenwille und Sterbebeistand, eine zivilrechtliche Beurteilung der Patientenverfügung*, Zurich 1994; Olivier Guillod, Philippe Meier, Représentation privée, mesures tutélaires et soins médicaux, in: *Mélanges Bernhard Schnyder*, Fribourg 1995, p. 325 ss.

⁵¹ Voir le Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national sur l'initiative parlementaire concernant la modification du Code pénal relativement à l'interruption de grossesse, du 19 mars 1998, FF 1998 p. 2629 ss.

⁵² Art. 113 al. 3 Cst.

⁵³ Par exemple aux Etats-Unis, *Roe v. Wade* (410 U.S. 113 [1973]) pour l'interruption de grossesse et *Cruzan* (497 U.S. 261 [1990]) pour l'interruption des procédures de maintien en vie ; en Allemagne pour l'interruption de grossesse (BVerfGE 39, 1ss du 25.2.1975 et BVerfGE 88 203 ss du 28.5.1993).

⁵⁴ Feuille fédérale 1983 II, p. 1 ss.

⁵⁵ Feuille fédérale 1983 II, p. 14 s. et 19 s.

comme la cessation de la vie. Elle est par conséquent définie par rapport à la vie, elle-même difficile à saisir. De surcroît, le passage de la vie à la mort étant un processus dynamique et non instantané, il est impossible d'arrêter définitivement aussi bien le moment précis où finit la vie que le moment où commence la mort. D'ailleurs, si l'organisme global considéré individuellement peut être tenu pour mort, qu'en est-il des organes, voire de chacune des cellules qui composent cet organisme ?

Devant de tels dilemmes, un auteur a préféré parler d'« indéfinition de la mort »⁵⁶. Il poursuit en déplorant, sans doute à juste titre, la confusion qui existe fréquemment entre, d'une part, la volonté de définir la mort en tant que telle (une entreprise relevant de la philosophie, voire de la religion plus que de la biologie, de la médecine ou encore du droit) et, d'autre part, la nécessité de développer des critères de la mort clinique, qui relèvent avant tout de la médecine en général et de la médecine de la transplantation en particulier⁵⁷.

Les remarques qui précèdent peuvent servir de guides pour la suite de la réflexion. Il n'appartient probablement pas au droit d'arrêter *la* définition (au sens philosophique) de la mort. La question n'a pas reçu de réponse définitive depuis plus de vingt-cinq siècles ; elle ne sera pas résolue à l'occasion de l'adoption éventuelle d'une législation fédérale sur la médecine de transplantation. Il s'agit au contraire pour le droit, plus modestement, de développer *une* définition, pragmatique, opérationnelle, de la mort puis de déterminer la manière dont on s'assurera dans chaque cas de la survenance de la mort telle qu'elle aura été définie. La définition juridique retenue aura vocation à s'appliquer dans tous les cas : il n'y a qu'une mort, et juridiquement elle doit être la même pour tous. Les procédures à suivre pour constater la mort seront en revanche susceptibles, elles, de varier selon le contexte, en particulier l'éventualité d'un prélèvement d'organes ou non. En effet, « [p]our constater la mort dans les conditions normales de la pratique, les signes cliniques habituels suffisent au médecin, qui n'est pas pressé par le temps »⁵⁸.

Pour constater la mort, deux critères ont été formulés, celui de la « mort cardiaque » et celui de la « mort cérébrale ». Il faut d'abord procéder à leur analyse et déterminer leur portée respective. Dans un second temps, il conviendra de confronter avec le droit constitutionnel fédéral le critère de la « mort cérébrale », utilisé aujourd'hui, en Suisse comme à l'étranger, dans le contexte des prélèvements d'organes. Cela permettra de vérifier sa conformité avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse qui, eux-mêmes, reflètent les choix de société essentiels du pays.

2. La « mort cardiaque »

Pendant fort longtemps, l'arrêt cardiaque a été utilisé comme critère de la mort. On considérait alors que l'arrêt des fonctions cardiaques, c'est-à-dire la cessation des battements du cœur et de la circulation sanguine, impliquait, si ce n'est immédiatement au moins à brève échéance, la mort de celui qui en présentait les signes⁵⁹.

Avant même l'avènement de la médecine de transplantation, le développement de la médecine d'urgence a contraint médecins, philosophes et juristes à aborder avec une nouvelle acuité le pro-

⁵⁶ Denis Müller, *Le don, le corps et la mort*, in: Roberto Malacrida, Sebastiano Martinoli, Roberta Wullschleger (éd.), *Donazioni e trapianti d'organo - Visioni filosofiche, etiche e religiose*, Comano 1997, p. 93 ss, 99.

⁵⁷ Denis Müller, *ibidem*.

⁵⁸ Directives ASSM 1996, 1821.

⁵⁹ Sur les aspects médicaux de la mort cardiaque, voir les références se trouvant à la fin des Directives ASSM 1996, p. 1826.

blème de la définition de la mort. Auparavant, le doute n'existait pas : la personne dont le coeur cessait de battre, pendant une période même relativement brève, était destinée à une mort inévitable. Rien de tel après l'apparition de nouvelles techniques et technologies de réanimation : désormais, l'arrêt des fonctions cardiaques, au moins pour une période limitée, n'entraîne plus nécessairement la mort, le coeur pouvant parfois « redémarrer » après la mise en oeuvre des traitements et manoeuvres appropriés par un médecin « urgentiste » ou par des ambulanciers. Faire redémarrer le coeur ne faisait cependant pas forcément « revivre » la personne dans sa dimension d'« entité relationnelle ».

Puis survint le développement de la médecine de transplantation. Si seul le critère de l'arrêt cardiaque continuait d'être retenu, les activités de transplantation seraient du même coup presque paralysées. On l'a dit, les organes doivent en principe être prélevés sur des donneurs dont les fonctions cardiaques et respiratoires sont maintenues, afin de conserver la perfusion sanguine et l'oxygénation de l'organe. A défaut, l'organe perd sa vitalité et risque d'être détérioré au point qu'il n'est en principe plus adapté à une implantation.

Les réflexions menées à cette époque aboutirent au constat que l'arrêt cardiaque prolongé n'était que l'un des signes de la destruction irrémédiable du « centre de commandes » de la personne, à savoir le cerveau. La défaillance totale et irréversible de l'ensemble des fonctions du cerveau et du tronc cérébral implique la destruction irrémédiable de l'entité psycho-physique que constitue la personne humaine. Comme l'écrit Saito en se référant à Schreiber et Laufs⁶⁰ : « Ein Hirntoter ist nicht mehr als leibseelische Einheit unter uns (d.h. mit dem endgültigen, nicht mehr behebbaren Ausfall alle Hirnfunktionen ist die Grundlage und das Wesensmerkmal des Menschen, die körperlich-geistige Einheit, die ihn als Individuum konstituiert, unwiderruflich zerbrochen) »⁶¹. Cette conception de la mort une fois admise, il devenait possible, grâce au développement des connaissances scientifiques, de trouver d'autres moyens, encore plus sûrs que l'arrêt cardiaque, de constater la cessation irréversible des fonctions cérébrales. C'est ce qui transparaîtra clairement dans les directives de l'ASSM en 1969.

3. La « mort cérébrale »

Pour les raisons qui viennent d'être évoquées, on a ajouté à la fin des années 60 (ce qui coïncide avec le premier essor de la médecine de transplantation) au critère de l'arrêt cardio-circulatoire (« mort cardiaque ») celui de la défaillance complète et irréversible des fonctions cérébrales (« mort cérébrale ») dont la constatation pouvait désormais être effectuée avec toute la certitude scientifique voulue. En Suisse, le nouveau critère est décrit dans les directives topiques de l'ASSM, de 1969 d'abord, de 1996 ensuite⁶². Selon ce dernier texte, l'être humain est considéré comme mort lorsqu'il est en état d'arrêt cardiaque irréversible ayant pour conséquence l'interruption de la perfusion sanguine cérébrale ou lorsqu'il est en état de défaillance complète et irréversible du cerveau et du tronc cérébral.

Les directives ASSM contiennent en outre la description précise des signes cliniques dont l'observation est impérative pour parvenir à la conclusion que le patient est décédé, de même que les délais d'observation jusqu'à l'établissement du diagnostic. Ainsi, le diagnostic de la mort par

⁶⁰ H.-P. Schreiber, Wann darf ein Organ entnommen werden ? Recht und Ethik der Transplantation, Festschrift Steffen, 1996, p. 459 ; Adolf Laufs, Medizinrecht im Wandel, NJW 1996, p. 1579.

⁶¹ Seiji Saito, Über Organtransplantationen und Todeszeitpunkt in Japan aus der strafrechtlichen Sicht, Hogaku Shimpo (The Chuo Law Review) vol. CIV N° 8-9, p. 1, 3 ss (1998).

⁶² Directives ASSM 1996, 1821 ss. Voir aussi les références médicales citées dans la bibliographie, p. 1826-1827.

arrêt cardio-vasculaire ne peut être posé qu'« après trente minutes de réanimation infructueuse dans des conditions cliniques ». Pour le diagnostic de la mort fondé sur la défaillance complète et irréversible du cerveau et du tronc cérébral, les délais varient, selon l'âge du patient et la connaissance ou l'ignorance de la cause du coma, de 6 heures jusqu'à 48 heures. L'évaluation clinique, dans tous les cas, doit être effectuée par deux médecins spécialisés, qui doivent documenter le processus. Il importe également qu'ils soient étrangers à l'équipe médicale qui va effectuer la transplantation.

Le critère de la « mort cérébrale », en phase avec le développement de la médecine, constitue un aboutissement scientifique logique. Il s'agit en réalité d'une évolution dans la méthode de diagnostic et non pas d'une nouvelle définition de la mort. C'est toujours le même état qu'on cherche à déterminer, non une « autre » mort, correspondant à des critères moins stricts, qui permettrait plus aisément de prélever des organes. L'évolution dans les méthodes de diagnostic reflète en réalité les progrès médicaux. Fondé sur la même assise - le caractère irrémédiable du processus, en l'état actuel des connaissances - que celui qui justifiait jadis le critère de la « mort cardiaque », le critère de la « mort cérébrale » cerne au plus près le concept de mort tel qu'on peut l'appréhender aujourd'hui: « [a]ucun médecin n'a jamais rapporté de cas d'individu en situation de mort cérébrale ayant réinstauré une activité cérébrale ultérieurement »⁶³.

Ce nouveau critère, cependant, a suscité nombre d'oppositions, notamment dans le monde germanique. Récemment encore, d'intenses débats à propos du critère de la « mort cérébrale » ont accompagné le passage, en Allemagne, d'une législation fédérale sur les transplantations⁶⁴. Les opposants à cette notion, les « *Hirntodkritiker* », reprochent essentiellement au critère de la « mort cérébrale » son soi-disant manque de solidité scientifique, parmi d'autres arguments⁶⁵. Ce critère serait en effet fondé sur une prémisse - le cerveau est le siège unique de la conscience - qui ne serait pas scientifiquement démontrée de façon irréfutable. Partant, la conclusion qui en découlerait - la défaillance irrémédiable du cerveau et du tronc cérébral correspond à une perte irréversible de toute forme de conscience, donc à la mort - serait erronée. Dans ces conditions, seul un modèle de consentement explicite du donneur au sens étroit (« *enge Zustimmungslösung* ») serait admissible, c'est-à-dire un régime dans lequel seul le donneur, à l'exclusion de toute autre personne, notamment des proches, pourrait consentir à un prélèvement, par une déclaration explicite et sans équivoque⁶⁶.

Cette conception n'a pas recueilli les faveurs de la doctrine majoritaire allemande. Certes, tous les détails du fonctionnement du cerveau n'ont pas encore été éclaircis. Mais, comme le soulignent les partisans du critère de la mort cérébrale, la science médicale a réuni à ce jour suffisamment d'éléments pour étayer de manière convaincante la pertinence du critère de la « mort cérébrale »⁶⁷. D'ailleurs, les arguments des opposants au critère de la « mort cérébrale » n'ont pas

⁶³ Bruno Py, op. cit., p. 24.

⁶⁴ Voir Johannes Hoff, Jürgen in der Schmitt (éds), *Wann ist der Mensch tot ?*, Rewinbeck bei Hamburg, 1994. Dans une perspective plus juridique, voir Wolfram Höfling, Stephan Rixen, *Verfassungsfragen der Transplantationsmedizin: Hirntodkriterium und Transplantationsgesetz in der Diskussion*, Tübingen 1996; Wolfram Höfling, *Um Leben und Tod: Transplantationsgesetzgebung und Grundrecht auf Leben*, in: *Juristenzeitung* 1995, p. 26 ss; Stephan Rixen, *Todesbegriff, Lebensgrundrecht und Transplantationsgesetz*, in: *ZRP* 1995, p. 461 ss.

⁶⁵ Résumés par Werner Heun, op. cit., p. 216 s.

⁶⁶ Une exception serait toutefois admise: les parents pourraient consentir à la place de leurs enfants à un prélèvement. Voir Helmut Sengler, Angelika Schmidt, *Organentnahme bei Hirntoten als « noch Lebenden » ?*, in: *MedR* 6/1997, p. 241 ss, 245-246.

⁶⁷ Voir Werner Heun, op. cit., p. 216 ; James Bernat, *A Defense of the Whole-Brain Concept of Death*, in: *Hastings Center Report* 2/1998, p. 14-23.

convaincu le législateur allemand lors de l'adoption de la nouvelle législation sur les transplantations⁶⁸.

La solution finalement adoptée outre-Rhin reflète peut-être partiellement les controverses qui ont entouré l'élaboration de la loi⁶⁹. Selon l'article 3 I 2 de la Transplantationsgesetz (TPG), la mort doit être constatée « nach Regeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen ». Un document officiel du Ministère de la santé publique précise même que « (D)ie Feststellung des Todes muss denen überlassen bleiben, die durch ihre Ausbildung, ihr Ethos und ihren Beruf dafür geeignet sind : den Ärzten »⁷⁰. Le texte adopté par le législateur allemand prohibe cependant, quelques alinéas plus loin (art. 3 II 2), tout prélèvement d'organe qui n'aurait pas été précédé de la constatation d'une défaillance irréversible du cerveau, du cervelet et du tronc cérébral.

Très récemment, le critère de la « mort cérébrale » a été l'objet de nouvelles critiques, émanant par exemple de Robert Truog, qui recoupe partiellement celles des « *Hirntodkritiker* » allemands⁷¹. Les objections de Truog procèdent essentiellement de considérations scientifiques, difficiles à analyser et à apprécier ici. En substance, toutefois, cet auteur retient qu'il n'existerait pas de « test » fiable pour conclure à la cessation irréversible des fonctions cérébrales. En particulier, la régulation thermique corporelle ou la régulation de certaines fonctions hormonales (par exemple, celle du taux de sucre par rapport à un éventuel diabète) sont souvent présentes chez des patients considérés comme morts. Lors d'un prélèvement d'organes, on pourrait aussi observer une augmentation notable du rythme cardiaque et de la pression artérielle.

Ces réactions, de même que la persistance d'activités automatiques parfois élaborées, sont attribuées au maintien de fonctions assignées classiquement au "cerveau"⁷². Il faut cependant noter que le système nerveux comporte un composant autonome important formé de cellules nerveuses dépourvues de connexions directes avec le cerveau ou même, pour une partie d'entre elles du moins, avec le tronc cérébral ou la moelle épinière. Ces cellules nerveuses forment néanmoins des circuits complexes capables de fonctionner alors même que leurs connexions avec le système nerveux central sont interrompues⁷³. Elles fournissent aussi de manière automatique des informations vers le système nerveux central, quel que soit l'état fonctionnel de ce dernier⁷⁴.

De plus, l'ensemble du système nerveux se trouve isolé du reste de l'organisme par une barrière cellulaire qui le sépare et le protège de beaucoup de substances normalement présentes dans le sang. Cette barrière est encore plus étanche dans le système nerveux central (cerveau, tronc céré-

⁶⁸ Cette loi, traduite en français, est reproduite in : Recueil international de législation sanitaire 1998, p. 306 ss.

⁶⁹ Pour plus de détails, voir plus loin, p. 28.

⁷⁰ Bundesministerium für Gesundheit, Das Transplantationsgesetz, Bonn 1997, p. 18.

⁷¹ Robert Truog, Is it Time to Abandon Brain Death ?, in: Hastings Center Report, 1/1997, p. 29 ss. Voir aussi Jerry Menikoff, Doubts about Death: The Silence of the Institute of Medicine, in: Journal of Law, Medicine and Ethics 1998, p. 157 ss, auquel ont répondu John Potts, Roger Herdman, Thomas Beauchamp, John Robertson, Commentary: Clear Thinking and Open Discussion Guide IOM's Report on Organ Donation, in: Journal of Law, Medicine and Ethics 1998, p. 166 ss.

⁷² Nous tenons à remercier ici le professeur Pierre Sprumont, de l'Université de Fribourg, qui a bien voulu nous fournir des informations et des références pour la discussion qui suit.

⁷³ Martin Berry, Lawrence H. Bannister & Susan M. Standring, Intrinsic circuitry, in : Nervous System, Gray's Anatomy, 38th Edition, Churchill Livingstone, London 1995, p. 1295.

⁷⁴ S.G. Patrick Hardy & John P. Naftel, Viscerosensory Pathways, in : Duane H. Haines (éd.), Fundamental Neuroscience, Churchill Livingstone, New York 1997, p. 256 ss.

bral et moelle épinière) qu'à sa périphérie⁷⁵. Son existence explique la difficulté d'analyser les phénomènes chimiques en cours dans les différentes parties du système nerveux, notamment les dégradations irréversibles. Cette difficulté est encore renforcée par le fait qu'un certain nombre de substances-sigaux, les neurotransmetteurs, utilisées par les cellules nerveuses sont aussi produites à l'extérieur de la barrière par des cellules hormonales qui peuvent fonctionner indépendamment du système nerveux. Vu la complexité de ces processus nerveux et hormonaux, il paraît donc inapproprié, du point de vue scientifique, de rejeter le critère de la « mort cérébrale » sur la base de la simple observation de manifestations réflexes⁷⁶.

En parallèle, un autre courant de pensée, représenté notamment par le médecin américain Robert Veatch⁷⁷, considère que le critère de la mort cérébrale, dans sa formulation actuelle, est trop étroit, dans la mesure où il implique de constater à la fois la défaillance du cerveau et celle du tronc cérébral. Ainsi, la présence d'une activité respiratoire empêche le diagnostic de mort cérébrale, même si le cerveau proprement dit, siège de toutes les fonctions cognitives, est irrémédiablement atteint. Une patiente comme Karen Ann Quinlan⁷⁸, par exemple, n'est pas considérée comme morte, quand bien même toute forme de conscience est devenue définitivement impossible pour elle. Une nouvelle définition, plus large, de la mort cérébrale, qui se limiterait à la défaillance des fonctions du cerveau proprement dit (« *higher brain* ») serait justifiée, selon les tenants de ce deuxième courant de pensée. En effet, dans une telle situation, si les cellules du corps humain sont encore en vie, l'être humain lui, est d'ores et déjà mort. Veatch suggère en outre, pour dissiper toute incertitude, que chacun puisse de son vivant choisir selon quel critère il souhaite que son décès soit déterminé⁷⁹.

Cette conception plus large de la mort n'est pas déraisonnable mais elle est sans doute trop radicale d'un point de vue psychologique et social et, partant, difficilement acceptable⁸⁰. Elle conduirait à déclarer morte une personne qui respire sans assistance médicale d'aucune sorte⁸¹. Or, un prélèvement d'organes est une intervention déjà difficile à assumer pour les proches d'un patient déclaré mort selon les critères conventionnels de la « mort cérébrale ». On peut imaginer sans peine que des oppositions vigoureuses seraient exprimées si un prélèvement était envisagé sur un patient respirant sans assistance médicale. En outre, le diagnostic de « mort du *higher brain* » se heurterait à des difficultés techniques similaires à celles qui ont été rencontrées lors du diagnostic de « mort cérébrale » proprement dite. Il n'est d'ailleurs pas surprenant de constater qu'aucun pays pratiquant la médecine de transplantation n'a choisi ce critère de détermination de la mort.

⁷⁵ Joseph F. Poduslo & Geoffrey L. Curran, Permeability at the blood-brain and blood-nerve barriers of the neurotrophic factors: NGF, CNTF, NT-3, BDNF, in : Brain Res. Mol. Brain Res. 1996, 36(2): 280-286.

⁷⁶ Il faut se souvenir en outre que l'ordre juridique doit fournir une définition normative, et non pas scientifique, de la mort de la personne humaine.

⁷⁷ Robert Veatch, The Impending Collapse of the Whole-Brain Definition of Death, in: Hastings Center Report 1993, p. 18 ss.

⁷⁸ L'exemple est cité par George Annas, The Rights of Patients, 2e éd., Totowa 1992, p. 227. Karen Ann Quinlan était une jeune femme du New Jersey qui, en 1972, avait souffert d'un traumatisme cérébral - à la suite d'une absorption d'alcool et de drogues - qui l'avait conduite dans ce que l'on désigne par un « état végétatif persistant » (« Persistent Vegetative State » ou PVS). Son cas est célèbre car ses parents ont obtenu d'un tribunal que « la machine soit débranchée », c'est-à-dire que toutes les procédures qui la maintenaient artificiellement en vie soient stoppées (355 Atlantic Reporter 2nd 647 [1976]). Elle a sans doute contribué à l'émergence des directives anticipées telles qu'on les connaît aujourd'hui.

⁷⁹ Veatch, op. cit., p. 22.

⁸⁰ « ... most people find it counterintuitive to perceive a breathing patient as "dead" » : Robert Truog, op. cit., p. 33.

⁸¹ Et parfois qui conserve certains réflexes de base, comme la déglutition.

4. Conformité avec la Constitution

Il faut examiner maintenant si le critère de la « mort cérébrale » est conforme à la Constitution fédérale. A deux reprises, la première en 1972 dans une affaire zurichoise, la seconde en 1997 dans une affaire genevoise⁸², le Tribunal fédéral, appelé à examiner la question, y a répondu positivement car, à son sens, les directives de l'ASSM qui formulent ce critère sont le reflet des connaissances actuelles de la science médicale. Si certains doutes pouvaient encore subsister avant le récent arrêt genevois, matériellement parce que la première décision remontait à 1972 déjà et formellement en raison des réserves manifestées par la doctrine à l'encontre de la technique du renvoi à des directives privées⁸³, ces doutes ont été dissipés dans la décision de 1997⁸⁴. Le Tribunal fédéral a admis aussi bien le principe du renvoi aux directives de l'ASSM que le contenu essentiel de ces directives⁸⁵.

En substance, les juges fédéraux avaient retenu en 1972 que le recours au critère de la mort cardiaque n'était plus fiable dans la mesure où, à l'époque déjà, un arrêt momentané de la fonction cardiaque pouvait être compensé et ne signifiait plus irrémédiablement la mort. Au contraire, il n'était pas possible de remédier à la défaillance complète des fonctions du cerveau. Partant, le critère de la « mort cérébrale » fondé sur la constatation de la défaillance complète et irréversible des fonctions cérébrales était parfaitement admissible⁸⁶. Vingt-cinq ans plus tard, le Tribunal fédéral a jugé que ces considérants gardaient toute leur pertinence⁸⁷. Les arguments développés sont en effet solides et on ne voit pas pour quel motif il y aurait lieu de s'en écarter. Pour le surplus, le Tribunal fédéral a estimé avec beaucoup de prudence qu'« il [ne lui] appar[tenait] pas ... de s'immiscer dans la controverse scientifique relative à l'adéquation des critères permettant d'établir le décès ... »⁸⁸.

5. Quelle place pour une définition de la mort ?

La question suivante consiste à déterminer quelle devrait être la place de la définition de la mort dans le système juridique suisse. Faut-il ancrer la définition dans la loi ? Faut-il laisser la jurisprudence développer les critères appropriés ? Faut-il déléguer cette tâche à un organisme spécialisé, public ou privé, en lui laissant le soin d'édicter des règles à ce propos⁸⁹ ?

⁸² Arrêt Gross, ATF 98 Ia 508, JT 1973 I 490 ; arrêt Himmelberger, ATF 123 I 112.

⁸³ Notamment Marina Mandofia, Michel Bürgisser, *Réflexions critiques sur le règlement genevois en matière de fécondation in vitro*, in: SJ 1988, p. 177 ss; Dominique Sprumont, *La protection des sujets de recherche*, Berne 1993, p. 183 ss; Marina Mandofia, Michel Bürgisser, *Les enjeux d'une norme de renvoi en matière de procréation médicalement assistée*, in: Plädoyer 2/1994, p. 54 ss.

⁸⁴ Une partie de la doctrine met cependant encore en garde contre toute généralisation du mécanisme du renvoi. La décision de 1997 ne devrait en tout cas pas être interprétée comme un blanc-seing qui autoriserait le législateur à renvoyer aux directives de l'ASSM en toutes circonstances. Voir Dominique Sprumont, *Commentaire de l'arrêt du 16 avril 1997 (ATF 123 I 112)*, in: Plädoyer 6/1997, p. 64.

⁸⁵ Dans l'arrêt genevois, le Tribunal fédéral admet tant le principe du « renvoi statique » à des directives désignées précisément que le principe du « renvoi dynamique » à des textes « dans leur dernière version », appelés donc à évoluer après l'adoption de l'acte législatif qui incorpore le renvoi. La seule réserve émise a trait à l'éventualité d'un changement important que subirait le texte auquel le législateur renvoie, qui devrait conduire au réexamen de l'opportunité du renvoi.

⁸⁶ ATF 98 Ia 508, 516; JT 1973 I 490, 498.

⁸⁷ ATF 123 I 112, 128.

⁸⁸ ATF 123 I 112, 131.

⁸⁹ En 1981, la Commission de réforme du droit du Canada s'était posé les mêmes questions : voir Commission de réforme du droit canadien, *Les critères de détermination de la mort*, Rapport n° 15, Ottawa 1981.

La mort est un événement dont la portée juridique est fondamentale puisqu'elle marque la fin du statut juridique de personne et, par conséquent, la fin de la protection constitutionnelle, civile et pénale de la vie individuelle. A ce titre, il semble normal que la tâche de la définir relève du législateur plutôt que des juges ou d'un quelconque comité d'experts. En outre, la définition de la mort, comme on l'a déjà souligné, est une activité de nature normative qui procède non pas d'une observation objective, mais d'une réflexion normative ainsi que d'une évaluation systématique d'opportunité. La définition choisie doit déployer des effets pour chacun, quelles que soient la cause et les circonstances qui entourent son décès. A l'évidence, elle ne touche donc pas uniquement certaines catégories de personnes (par exemple les donneurs potentiels d'organes) ni la seule communauté médicale.

Ces premiers arguments militent en faveur d'un ancrage législatif (dans une loi au sens formel) de la définition de la mort⁹⁰. Cette solution permet de mener (notamment à travers la procédure de consultation, puis la procédure parlementaire et enfin un éventuel référendum) un large débat démocratique, bien davantage du moins que si la définition de la mort incombait aux tribunaux. C'est d'ailleurs la solution adoptée par le Canada et la quasi-totalité des pays où se pratique la médecine de transplantation⁹¹.

La solution qui consisterait à laisser la jurisprudence élaborer la définition de la mort nous paraît octroyer des pouvoirs exorbitants aux juges. D'ailleurs, le Tribunal fédéral semble peu enclin, à lire sa dernière décision sur la loi genevoise sur les transplantations⁹², à assumer cette responsabilité. Confier la tâche à l'Académie suisse des sciences médicales serait encore plus discutable à notre avis, pour des raisons de principe comme pour des motifs intrinsèques à l'Académie. Tout d'abord, la délégation de compétences à un organisme privé n'est admissible, selon la doctrine dominante, que pour régler des questions de nature technique⁹³. Or, définir la mort est à l'évidence une question de fond, de choix de valeurs, et non une simple question technique⁹⁴. Ensuite, l'Académie suisse des sciences médicales a été souvent l'objet de critiques, notamment parce qu'elle ne constitue pas un organisme démocratiquement représentatif⁹⁵. Ces objections ne sont pas dénuées de pertinence. Il semble clair, en effet, que l'Académie suisse des sciences médicales, en tant qu'institution représentant la communauté scientifique médicale, n'est pas l'organisme le plus impartial ni le plus approprié pour rédiger et promulguer des normes de cette nature, dont la portée est à la fois considérable et toute générale.

Alternativement, on aurait pu songer à confier le soin de dégager la définition opérationnelle de la mort à la commission nationale d'éthique prévue par l'article 28 de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée, adoptée par les Chambres fédérales le 18 décembre 1998⁹⁶. Cette dernière solution présenterait l'avantage de permettre d'éventuelles adaptations de la définition retenue dans des délais notablement plus courts que ceux de la procédure législative habituelle, qui s'étend souvent sur plusieurs années. En l'état actuel, nous ignorons encore la représentati-

⁹⁰ Dans le même sens, Jörg Paul Müller, *op. cit.*, p. 474 ss.

⁹¹ Voir plus loin, p. 28 ss.

⁹² ATF 123 I 112, 131.

⁹³ Voir les auteurs cités par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Himmelberger, ATF 123 I 112, 129.

⁹⁴ Sur ce point, le Tribunal fédéral a, à notre avis, manqué de clarté dans l'arrêt Himmelberger en ne distinguant pas suffisamment ce qui relevait du fond et de la technique : ATF 123 I 112, 130ss.

⁹⁵ Voir Hans Schultz, *La place et le rôle des directives de l'Académie suisse des sciences médicales*, in : *Les cahiers médico-sociaux* 1985, p. 261 ss. Voir aussi Olivier Guillod, *Le rôle des comités nationaux d'éthique*, in : *De l'éthique au droit, du droit à l'éthique*, Publications de l'ISDC, Zürich, 1997, p. 261 s. ; Mandofia/Bürgisser, *op. cit.* 1988, p. 193.

⁹⁶ Feuille Fédérale 1998, p. 4992.

vité qu'aura cette commission. Mais quelle que soit finalement cette représentativité, nous ne pensons pas qu'une commission nationale d'éthique doive assumer des fonctions de nature réglementaire ou para-législative⁹⁷. Cela reviendrait à créer de dangereuses confusions entre droit et éthique. C'est pourquoi nous rejetons aussi cette solution.

Ces brèves réflexions confirment qu'il convient de retenir un acte législatif formel comme siège de la définition de la mort⁹⁸. Reste maintenant à savoir lequel. Deux solutions seraient envisageables : le code civil ou une loi spéciale, par exemple celle sur les transplantations. Plusieurs pays ont choisi d'ancrer la définition de la mort dans leur législation, en général récente, sur les transplantations. Si cette option est évidemment aussi envisageable en Suisse, il nous semblerait préférable d'inscrire la définition de la mort dans le code civil, par exemple en modifiant l'article 31 CC ou en prévoyant un article 31bis CC. Cela soulignerait qu'il n'y a qu'une seule mort, valable pour toute personne : la défaillance totale et irréversible des fonctions cérébrales. Le code civil pourrait au surplus indiquer que la constatation de la mort peut être effectuée selon deux critères, celui de la « mort cardiaque » et celui de la « mort cérébrale ». La manière de poser le diagnostic, c'est-à-dire les signes cliniques à vérifier avant de pouvoir décréter qu'une personne est morte, pourrait en revanche être déléguée.

6. Les autres points à régler

Les développements qui précèdent montrent bien que le diagnostic de la mort en vue d'une transplantation d'organes soulève encore d'autres questions que la seule définition de la mort. Certains autres points auxquels il a été fait brièvement allusion précédemment méritent d'être évoqués un peu plus en détail ici. Il s'agit d'abord de la détermination du moment du décès, puis du statut des médecins appelés à constater la mort, enfin des procédures médicales (signes cliniques et examens complémentaires, notamment) qu'il est nécessaire de suivre avant de poser un diagnostic de mort.

Même si c'est le code civil qui, à l'avenir, définirait la mort, la future législation fédérale sur les transplantations ne pourrait pas rester muette sur tout ce qui a trait à la constatation de la mort. Elle devrait, nous semble-t-il, au moins poser le principe qu'un organe ne peut être prélevé qu'après que la cessation complète et irréversible des fonctions du cerveau et du tronc cérébral a été dûment constatée. Mais devrait-elle également contenir des dispositions relatives au moment de la mort ? Les directives de l'ASSM précisent que «[j]uridiquement, l'instant de la mort est le moment du premier diagnostic de l'arrêt irréversible des fonctions cardiaques ou cérébrales »⁹⁹. Le Tribunal fédéral a renoncé à s'immiscer dans ce qu'il considère comme une controverse scientifique, à la fois technique et complexe. Il s'est borné à constater sur ce point que les directives de l'Académie « auxquelles plusieurs législations cantonales renvoient de manière générale ou spécifique (par ex. AR, BE, BL, GE, LU, OW, TI, ZH), expriment le consensus de la communauté médicale scientifique de Suisse »¹⁰⁰.

Cette question n'apparaît pas *a priori* essentielle, au moins lorsqu'il s'agit de transplantation d'organes. Elle pourrait néanmoins revêtir une certaine importance si le droit fédéral contenait

⁹⁷ Voir l'évaluation critique de Guillod, op. cit., p. 261 s.

⁹⁸ Dans le même sens, Marco Borghi, L'image de la mort en droit public, in: Paul-Henri Steinauer (éd.), L'image de l'homme en droit, Fribourg 1990, p. 36, Jörg Paul Müller, op.cit., p. 474 ss.

⁹⁹ Directives ASSM 1996, p. 1826. On s'étonnera au passage de la formulation qui donne à penser que l'ASSM édicte une règle juridique.

¹⁰⁰ ATF 123 I 112, 131

une norme du genre de celle qu'a prévu le législateur genevois, à savoir que « les proches peuvent s'opposer [au] prélèvement [d'un organe] dans les six heures qui suivent le décès »¹⁰¹. L'objectif poursuivi par le législateur genevois est de favoriser les transplantations d'organes (la loi consacre par ailleurs le régime du consentement implicite) lorsque le donneur potentiel ne s'est pas opposé de son vivant au prélèvement de ses organes et que les proches ne peuvent être atteints, malgré les efforts de l'hôpital. Au cas où la loi fédérale devait présenter une disposition de ce type, une détermination, au moins approximative, du moment du décès paraîtrait nécessaire. La règle actuellement suivie, tirée des directives de l'Académie suisse des sciences médicales, nous semblerait susceptible d'être reprise.

Les directives de l'ASSM relatives à la définition de la mort en vue d'une transplantation prévoient aussi, on l'a mentionné, que le constat doit être établi par deux médecins spécialisés. En outre, « les médecins appartenant à l'équipe de transplantation ne doivent pas prendre part au diagnostic de constatation de la mort, ni soumettre leurs collègues chargés des soins aux mourants à une contrainte temporelle, ni chercher à les influencer de quelque façon que ce soit »¹⁰². L'objectif poursuivi par cette règle ressort clairement de sa formulation. Il se retrouve d'ailleurs dans bon nombre de dispositions légales cantonales relatives à la transplantation¹⁰³ et dans la plupart des législations étrangères consultées¹⁰⁴; la future législation fédérale relative à la médecine de transplantation ne devrait pas en faire abstraction.

La future loi fédérale pourrait à notre avis se dispenser de toute norme médicale technique relative à la procédure à suivre pour poser le diagnostic de la mort à proprement parler. Il s'agirait en effet de règles de nature scientifique (quels examens cliniques doivent être effectués et éventuellement comment) destinées de surcroît à être directement appliquées par un nombre limité de destinataires, à savoir les médecins appelés à constater la mort en vue d'une transplantation. Dans ce cas, la jurisprudence et une bonne partie de la doctrine¹⁰⁵ admettent que l'élaboration de telles règles soit déléguée à des organismes privés (ou publics) spécialisés, notamment parce que le législateur est mal armé pour rédiger ces textes et pour les adapter en cas d'évolution des connaissances scientifiques qui justifierait une révision. Il appartiendra au législateur de décider s'il veut confier cette tâche à un office fédéral spécialisé (on pense à l'Office fédéral de la santé publique) ou à une institution privée comme l'Académie suisse des sciences médicales. A notre sens, les directives publiées par l'ASSM, éventuellement remaniées en conséquence, pourraient parfaitement remplir ce rôle, vu les compétences indiscutables réunies au sein de la commission qui les avait élaborées.

V. QUELQUES SOLUTIONS ETRANGERES

¹⁰¹ Art. 3 al. 3 in initio de la loi genevoise du 28 mars 1996 sur les prélèvements et les transplantations d'organes et de tissus (K 1 60).

¹⁰² Directives ASSM 1996, p. 1823.

¹⁰³ Par exemple, à l'art. 46 al. 3 de la loi valaisanne du 9 février 1996 sur la santé.

¹⁰⁴ Voir plus loin, p. 28 ss.

¹⁰⁵ Voir par exemple Laurenz Rotach, Die Verwendung von Anhängen in den Erlassen des Bundesrechts, in: *Législation d'aujourd'hui* 3/1995, p. 111 ss, 116. Pour des références et des avis plus nuancés, voir les auteurs cités à ce propos dans l'ATF 123 I 112, 129.

1. En général

Certains organismes internationaux se préoccupent depuis plusieurs années déjà des divers aspects du prélèvement et de la transplantation d'organes. Ils ont dès lors rédigé un certain nombre de textes de nature variée (résolutions, recommandations, déclarations,...) avec l'espoir de voir leurs Etats membres s'y rallier¹⁰⁶. Il s'agit principalement de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS), qui a adopté deux résolutions relatives à l'élaboration de principes directeurs pour les transplantations d'organes humains¹⁰⁷ et une résolution concernant l'interdiction de l'achat et de la vente d'organes humains¹⁰⁸. C'est aussi le cas du Parlement européen, qui s'est penché sur les banques d'organes¹⁰⁹ et la transplantation d'organes en général¹¹⁰, ainsi que du Conseil de l'Europe qui s'est quant à lui intéressé à l'harmonisation des législations des Etats membres relatives aux prélèvements, greffes et transplantations de substances d'origine humaine¹¹¹, au transport et à l'échange internationaux de substances d'origine humaine¹¹² ou encore à la protection des droits de l'homme¹¹³, dans le cadre d'une convention en voie de ratification en Suisse¹¹⁴.

Ces instruments de droit international public ont, pour la plupart, trouvé leurs prolongements dans les législations des pays destinataires¹¹⁵. On peut dès lors observer une certaine harmonisation entre les divers textes nationaux, qui abordent en général les mêmes questions (consentement du donneur, droit d'opposition des proches, interdiction du trafic, anonymat et gratuité du don, coordination des activités de transplantation, attribution des organes et, bien entendu, définition et diagnostic de la mort, pour ne citer que les exemples principaux) et leur apportent souvent les mêmes réponses. Seule la question des modalités du consentement du donneur décédé¹¹⁶, consentement qui doit être manifesté de façon expresse ou, au contraire, qui peut l'être implicitement selon les législations¹¹⁷, suscite des solutions diversifiées¹¹⁸.

¹⁰⁶ Voir spécialement Sev Fluss, Contributions of international organizations, in : De l'éthique au droit, du droit à l'éthique, Publications de l'ISDC, Zürich, 1997, p. 189.

¹⁰⁷ Résolution WHA40.13 de mai 1987 et Résolution WHA44.25 de mai 1991.

¹⁰⁸ Résolution WHA42.5 de mai 1989.

¹⁰⁹ Résolution du 27 avril 1979.

¹¹⁰ Résolution du 15 avril 1983.

¹¹¹ Résolution (78) 29 du 11 mai 1987.

¹¹² Recommandation N° R (79) adoptée le 14 mars 1979.

¹¹³ Dans le cadre de la Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine (dont les art. 19 à 23 concernent la transplantation d'organes entre personnes vivantes) adoptée par le Conseil des ministres du Conseil de l'Europe le 19 novembre 1996 et signée à Oviedo le 4 avril 1997 par 23 pays.

¹¹⁴ Le texte de la Convention, désignée parfois sous le titre de Convention d'Oviedo, est en phase de consultation en Suisse. Voir le « Rapport en vue de la procédure de consultation relative à la Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine et au Protocole additionnel portant interdiction du clonage d'êtres humains » ainsi que ses annexes, Office fédéral de la Justice, Berne, septembre 1998.

¹¹⁵ On ne traitera pas ici, à dessein, de la question de la portée de ces textes, pour la plupart désignés par le terme de « soft law ».

¹¹⁶ Ou, à défaut, de ses proches.

¹¹⁷ Voir Germaine Morand et Dominique Sprumont, Vers une approche juridique globale, in: Marco Borghi et Dominique Sprumont (éd.), La transplantation d'organes - Repères pour une législation fédérale, Fribourg 1995, p. 29 ss.

¹¹⁸ Au moins en apparence : dans la mesure où la plupart des législations nationales, quel que soit le modèle de consentement retenu pour un donneur décédé, accordent un droit d'opposition aux proches du défunt, le prélèvement dépend souvent de leur accord en fin de compte.

2. L'Allemagne

Tout comme la Suisse, l'Allemagne ne disposait pas jusqu'au 5 novembre 1997 de loi fédérale régissant le prélèvement et le don d'organes¹¹⁹. Des tentatives déjà anciennes de remédier à cette lacune avaient échoué à plusieurs reprises. Ainsi, en 1978 déjà, un projet de loi préparé par le gouvernement et fondé sur le modèle du consentement présumé (« *Wider-spruchsmo-dell* ») fut rejeté; un second projet présenté peu après, reprenant cette fois le système du consentement exprès (« *Zustimmungsmodell* »), ne trouva pas davantage grâce aux yeux des parlementaires allemands¹²⁰.

Pour l'essentiel, la nouvelle législation allemande prévoit un régime de consentement exprès élargi (« *erweiterte Zustimmungsmo-dell* ») pour tout prélèvement sur un donneur décédé, c'est-à-dire qu'il requiert soit le consentement du patient avant son décès (§ 3), soit le consentement de ses proches, dont une liste précise est mentionnée (§ 4)¹²¹. La mort doit être constatée « *nach Regeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen* » (§ 3 I 2). Selon le § 3 II 2, il doit s'agir d'une défaillance irréversible du cerveau, du cervelet et du tronc cérébral¹²². Le constat doit émaner de deux médecins spécialistes qui ne font pas partie de l'équipe de transplantation (§ 5 I). La mort peut aussi découler de l'observation de l'arrêt irréversible des fonctions cardiaques et circulatoires depuis plus de trois heures (§ 5 I). Un seul médecin suffit alors pour établir ce second type de constat. La « *Bundesärztekammer* » est notamment chargée de rédiger des directives concernant la constatation de la mort (§ 16 I 1). La loi règle encore d'autres questions, en particulier les prélèvements sur un donneur vivant (§ 8) ou la coordination des activités de transplantation (§ 9 ss).

3. Autriche

L'Autriche dispose d'une loi qui remonte à 1982¹²³. Cette loi, relativement brève et qui ne concerne que les prélèvements sur des donneurs décédés, instaure un régime de consentement implicite (§ 62.a [1]). En foi de ce texte, le prélèvement d'organes à des fins thérapeutiques est autorisé, à moins que le défunt ne s'y soit opposé avant son décès. Pour le surplus, la loi prévoit que le constat de décès doit être effectué par un médecin étranger à l'équipe médicale chargée de la transplantation. Elle fixe également par renvoi certaines règles de planification hospitalière concernant les activités de médecine de transplantation. Enfin, elle précise que les organes ou les tissus ne doivent faire l'objet d'aucune transaction de nature commerciale.

¹¹⁹ Voir par exemple Jürgen Simon, *Das Recht der Bundesrepublik Deutschland für medizinisch unterstützte Fortpflanzung, Organtransplantation, Gentest und Forschung am Menschen*, in : *De l'éthique au droit, du droit à l'éthique*, Publications de l'ISDC, Zürich, 1997, p. 49 ss; Erwin Deutsch, *Das Transplantationsgesetz vom 5.11.1997*, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 12/1998, p. 777-856; Hermann Christoph Kühn, *Das neue Transplantationsgesetz*, in: *MedR* 10/1998, p. 455 ss; D. Henne-Bruns, Th. Küchler et al., *Historische, rechtliche und ethische Aspekte der Organtransplantation*, in: *Zeitschrift für Organtransplantation* 1993, p. 32 ss.

¹²⁰ Adolf Laufs, *Arztrecht*, 5. Auflage, München 1993, n° 271 ss, p. 139 ss.

¹²¹ Voir Wolfram Höfling, *Rechtsfragen der Transplantationsmedizin - Eine rechtsvergleichende Betrachtung*, in: *Revue de la Société des Juristes Bernois* 12/1996, p. 787 ss et Wolfram Höfling, *Um Leben und Tod: Transplantationsgesetzgebung und Grundrecht auf Leben*, in: *JZ* 1/1996, p. 26 ss.

¹²² Le législateur allemand a donc tenu le critère de la mort cérébrale pour compatible avec la Grundgesetz, dont on sait qu'elle protège la vie de manière plus absolue que la Constitution suisse.

¹²³ Bundesgesetz vom 1. Juni 1982, mit dem das Krankenhausgesetz geändert wird (*Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, 18. Juni 1982, Nr. 113, 1161-1162). Le texte est reproduit dans Marco Borghi, Dominique Sprumont (éd.), *La transplantation d'organes - Repères pour une législation fédérale*, Fribourg 1995, annexe 3.

La loi ne dit rien, en revanche, sur la définition de la mort et sur les procédures à suivre pour parvenir à la constatation du décès. Cependant, on peut trouver dans les Communiqués de l'administration sanitaire autrichienne (« *Mitteilungen der österreichischen Sanitätsverwaltung* ») du 15 octobre 1982 un texte qui reprend les critères de la mort cérébrale pour parvenir au constat de mort permettant le prélèvement d'organes¹²⁴. Ce document, qui formalise les délibérations du Conseil supérieur de la santé (« *Oberste Sanitätsrat* »), constitue la référence toujours actuelle en la matière.

4. Belgique

La loi belge sur le prélèvement et la transplantation d'organes date du 13 juin 1986¹²⁵. Elle prévoit un régime de consentement implicite pour le prélèvement d'organes sur un donneur décédé et crée un registre national où chacun peut faire consigner sa détermination à propos du don d'organes. Lorsque le donneur s'est expressément déclaré en faveur du don, le prélèvement peut avoir lieu même dans l'hypothèse où les proches s'y opposeraient.

Comme la loi autrichienne, la loi belge n'aborde pas la question de la définition de la mort. En revanche, elle précise que le constat de la mort a lieu en « se fondant sur l'état le plus récent de la science » (art. 11 de la loi), c'est-à-dire, dans la pratique, selon le critère de la mort cérébrale. La loi mentionne encore que la constatation de la mort doit être effectuée par trois médecins, étrangers à l'équipe de transplantation.

5. Espagne

C'est dans une loi du 27 octobre 1979 que le législateur espagnol a prévu les dispositions applicables au prélèvement et à la transplantation d'organes¹²⁶. La législation espagnole est souvent citée en exemple car la fréquence du don d'organes est particulièrement élevée dans ce pays. Le texte est relativement bref (sept articles) et complété par un décret royal d'application du 22 février 1980. Il instaure en principe un régime de consentement présumé pour le prélèvement d'organes sur un donneur décédé; la pratique semble cependant attacher une importance déterminante au consentement des proches.

L'article 5 al. 1er de la loi fixe la procédure à suivre pour établir le constat de décès du donneur. Le critère est celui de la mort cérébrale (« lésion cérébrale irréversible incompatible avec la vie »). Le constat doit être signé par trois médecins spécialisés; aucun d'entre eux ne doit faire partie de l'équipe de transplantation.

¹²⁴ Gerhard Aigner, Gesetzliche Regelung der Organentnahme von Verstorbenen in Österreich, in: *Mitteilungen der österreichischen Sanitätsverwaltung* 10/1982, p. 225 s.

¹²⁵ Voir Marco Borghi, Dominique Sprumont (éd.), op. cit., annexe 4; Jean-François Dumoulin, op. cit., p. 80 et p. 90 s. (traduction). Un récent arrêté du 24 novembre 1997 (cf. *Revue de droit de la santé* 4 (1998-99), p. 68) règle en outre les questions liées à l'allocation des organes prélevés.

¹²⁶ Voir Jaime Vidal Martinez, Main Aspects of the Regulation Concerning Some Important Bioethical Issues in the Spanish Law, in : *De l'éthique au droit, du droit à l'éthique*, Publications de l'ISDC, Zürich, 1997, p. 97 ss; Jean-François Dumoulin, op. cit., p. 80 s. et p. 91 s. (traduction).

6. Etats-Unis

Aux Etats-Unis, les prescriptions légales relatives aux activités de transplantation d'organes relèvent de la compétence des Etats¹²⁷. Entre 1969 et 1983, tous les Etats d'Amérique ont adopté une législation concernant le prélèvement d'organes, en général largement inspirée des textes élaborés par l'*American Law Institute*. Le régime juridique est celui du consentement exprès; dans la pratique, comme en Espagne, la décision des proches paraît aujourd'hui encore déterminante, quelle qu'ait pu être la détermination du donneur potentiel. C'est en revanche une loi fédérale¹²⁸ qui réprime tout commerce d'organes et qui organise la répartition et l'attribution des organes. Ces tâches ont été dévolues à un organisme privé dénommé « *UNOS - United Network for Organ Sharing* ».

Les discussions autour du critère de la mort se sont étendues sur près d'une dizaine d'années, après la publication du rapport du Comité Ad Hoc de Harvard¹²⁹. En définitive, un consensus a pu se former autour du critère que le rapport préconisait, celui de la « mort cérébrale », et les législateurs dans bon nombre d'Etats l'ont repris dans leur texte légal, souvent en s'inspirant d'un modèle élaboré ultérieurement par l'*American Law Institute*, le « *Uniform Determination of Death Act (UDDA)* »¹³⁰. La « mort cérébrale » est aussi le critère que retiennent notamment l'*American Medical Association* et l'*American Bar Association*¹³¹. Comme en Suisse, le diagnostic de la mort peut être posé lorsqu'est observée une défaillance irréversible soit des fonctions cardiaques et circulatoires, soit des fonctions de tout le cerveau, y compris le tronc cérébral.

7. France

C'est par le biais d'une loi détaillée abordant plusieurs questions controversées de bioéthique¹³² que le législateur français s'est efforcé de régler la question des prélèvements et transplantations d'organes¹³³. Elle remplace la fameuse « Loi Caillavet », du nom d'un de ses instigateurs, adoptée en 1976 sur le modèle du consentement présumé pour les prélèvements d'organes sur des donneurs décédés. En substance, et pour s'en tenir notamment aux « principes généraux » de la loi tels qu'ils sont énoncés dans son Titre premier, ce nouveau texte retient le modèle du consentement exprès pour tout prélèvement sur un donneur vivant et celui du consentement présumé pour les prélèvements sur un donneur décédé. Le décès doit alors être constaté par des médecins étrangers à l'équipe médicale qui procède au prélèvement et à la transplantation de l'organe. La loi instaure en outre un registre national où chacun peut faire consigner sa détermination. Pour le surplus, la loi prévoit la gratuité et l'anonymat du don et réserve les activités de transplantations aux seuls établissements hospitaliers agréés par l'autorité.

¹²⁷ Voir Jean-François Dumoulin, op. cit., p. 81 s. et p. 92 ss. (traduction).

¹²⁸ Le « National Organ Transplant Act », adopté en 1984.

¹²⁹ Voir note 4.

¹³⁰ Uniform Determination of Death Act, § 1, 12 U.L.A. 340 (1991), dans sa version la plus récente.

¹³¹ Voir George Annas, op. cit., p. 227.

¹³² La loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal (JO, 30 juillet 1994, n° 175, p. 11060 à 11068).

¹³³ Voir Catherine Labrusse-Riou, Biomédecine, bioéthique, biodroit ? L'état du droit français, in : De l'éthique au droit, du droit à l'éthique, Publications de l'ISDC, Zürich, 1997, p. 9 ss ; Andrea Jung, Die französische Rechtslage auf dem Gebiet der Transplantationsmedizin, in: MedR 8/1996, p. 355 ss ; Philippe Maestre, La nouvelle organisation administrative de la transplantation d'organes en France: comparaisons internationales, in: Médecine et Droit 21/1996, p. 5 ss.

Le constat de la mort s'effectue en conformité avec des conditions fixées dans un récent décret du Conseil d'Etat du 2 décembre 1996 modifiant le Code de la santé publique¹³⁴. A teneur de ce texte, c'est le critère de la « mort cérébrale » qui est déterminant. Le décret distingue entre deux types de constat, le constat simplifié et le constat renforcé. Le premier s'applique à « toute personne présentant un arrêt cardiaque et respiratoire persistant ». Trois observations cliniques doivent alors être faites simultanément: l'absence totale de conscience et d'activité motrice spontanée; l'abolition de tous les réflexes du tronc cérébral; l'absence totale de ventilation spontanée. Le constat renforcé s'impose lorsque la personne dont le décès est constaté est « assistée par ventilation mécanique et conserve une fonction hémodynamique ». Il convient alors de procéder « soit à deux électroencéphalogrammes nuls et aréactifs effectués à un intervalle de quatre heures (...), soit à une angiographie objectivant l'arrêt de la circulation encéphalique ». Toutes ces observations doivent être consignées dans un procès-verbal officiel.

8. Italie

En Italie, le prélèvement et la transplantation d'organes provenant de donneurs décédés obéissent essentiellement aux règles prévues par une loi détaillée adoptée en 1975¹³⁵. L'article 1^{er} pose le principe de l'admissibilité des prélèvements à des fins thérapeutiques. Le modèle de consentement retenu est celui du consentement présumé (art. 6): un prélèvement est dès lors autorisé à moins que le défunt, de son vivant, ne s'y soit opposé, ou que ses proches le refusent. La loi contient encore certaines dispositions d'organisation et de coordination des activités de transplantation (art. 10, 13 et 14). Il existe en outre deux lois spécifiques consacrées respectivement aux prélèvements de reins sur des donneurs vivants¹³⁶ et aux prélèvements de cornées¹³⁷.

Les art. 3, 4, et 5 abordent en détail la question de la définition de la mort et du constat de décès. Ils ont été plus tard remplacés, dans la mesure utile, par une loi de 1993¹³⁸, accompagnée d'un décret édicté en 1994¹³⁹, applicable au diagnostic et au constat de la mort. En substance, ces normes reprennent le critère de la « mort cérébrale » (art. 1^{er} de la loi de 1993), découlant d'un état d'« inconscience », de l'absence de réflexes du tronc et de respiration spontanée et, enfin, de « silence électrique cérébral » (art. 2 du décret de 1994). L'observation de ces signes cliniques permet de conclure à une « mort cérébrale » par arrêt cardiaque. Les trois médecins spécialisés chargés des opérations de constat (art. 3 et 5 de la loi de 1975) ne doivent pas participer aux étapes successives de prélèvement ou de transplantation (art. 9 de la loi de 1975).

¹³⁴ Décret no 96-1041 du 2 décembre 1996, JO, 4 décembre 1996, p. 17621. Voir Patrick Demay de Goustine, Le nouveau constat de la mort en cas d'utilisation du cadavre, in: *Revue de droit sanitaire et social* 1997, p. 524 ss.

¹³⁵ Legge 2 dicembre 1975 n° 644, Disciplina dei prelievi di parti di cadavere a scopo di trapianto terapeutico e norme sul prelievo dell'ipofisi da cadavere a scopo di produzione di estratti per uso terapeutico (cf. *Recueil international de législation sanitaire* 1977 (28), p. 618), partiellement modifiée par la Legge 13 luglio 1990 n° 198 - Disposizioni sul prelievo di parti di cadavere a scopo di trapianto terapeutico (*Gazzetta Ufficiale*, partie I, 25 juillet 1990, n° 172, p. 3).

¹³⁶ Legge 26 giugno 1967 n° 458 - Trapianto del rene tra persone viventi.

¹³⁷ Legge 12 Agosto 1993 n° 301 - Norme in materia di prelievi ed innesti di cornea (*Gazzetta Ufficiale*, 19 août 1993, n° 192, p. 3).

¹³⁸ Legge 29 Dicembre 1993 n° 578 - Norme per l'accertamento e la certificazione di morte (*Gazzetta Ufficiale*, 8 janvier 1994, n° 5, p. 4 à 6).

¹³⁹ Decreto 22 Agosto 1994 n° 582 - Regolamento recante le modalità per l'accertamento e la certificazione di morte.

9. Japon

Ce n'est que très récemment que les activités de transplantation ont pu commencer à se développer au Japon¹⁴⁰. Pour des raisons religieuses et culturelles, ce pays d'Extrême-Orient ne pouvait s'accommoder aisément du critère de la « mort cérébrale ». Pendant longtemps, le droit japonais n'a ainsi reconnu que le critère de la « mort cardiaque »¹⁴¹. La première transplantation cardiaque, en 1968, fut réalisée grâce à l'application du critère de la « mort cérébrale » mais plainte fut déposée pour homicide contre l'équipe médicale (plainte qui sera classée faute de preuve). De même les quelques prélèvements de reins et de pancréas, fondés sur le critère de la « mort cérébrale » et réalisés dans les années 80 firent l'objet de huit plaintes qui ne seront finalement classées que le 31 mars 1998¹⁴². Cette situation bloqua toutefois, dans les faits, la médecine de transplantation au Japon puisque, après ces plaintes, des organes n'ont plus été prélevés sur des donneurs diagnostiqués en état de « mort cérébrale ». Les patients suffisamment riches ayant besoin d'un organe allaient donc chercher à l'étranger, en particulier aux Etats-Unis, ce qu'il ne pouvaient obtenir dans leur pays.

Après une longue phase de maturation et de nombreuses controverses, la Chambre basse et la Chambre haute du parlement japonais ont adopté le 17 juin 1997 à une confortable majorité (près de 70%) une loi sur les transplantations d'organes. Cette loi, entrée en vigueur le 16 octobre 1997, reconnaît la validité du critère de la « mort cérébrale » pour effectuer des prélèvements d'organes sur des donneurs décédés¹⁴³. Elle se fondait notamment sur les travaux d'une Commission spéciale créée en 1989 par le gouvernement afin d'étudier les implications d'un tel choix. La « mort cérébrale » est admise lorsque deux médecins au moins ont constaté, selon les modalités prévues par arrêté du Ministre de la Santé et de la prévoyance sociale, « l'arrêt irréversible des fonctions de l'ensemble du cerveau, y compris le tronc cérébral » (art. 6 al. 2 i.f.). Le prélèvement d'organe n'est toutefois possible que si le défunt y avait consenti par écrit de son vivant et s'il n'a pas de famille ou si sa famille ne s'oppose pas au prélèvement après son décès (art. 6 al. 1). Il semble en outre que l'article 6 alinéa 3 de la loi japonaise exige que le défunt ait aussi accepté par écrit que son décès soit constaté selon la procédure propre à la « mort cérébrale »¹⁴⁴. Si le droit japonais s'est ainsi considérablement rapproché des solutions retenues dans les pays occidentaux, on ne peut encore rien présager du temps qu'il faudra pour que la société japonaise s'adapte à ce changement. Il subsiste en effet des résistances à l'acceptation du critère de la « mort cérébrale »¹⁴⁵.

10. Synthèse

On peut tirer au moins deux enseignements du survol de droit comparé qui précède :

- le premier, et sans doute le plus important dans le contexte de ce rapport, c'est que tous les pays examinés précédemment, sans exception, admettent le critère de la « mort cérébrale » pour définir la mort et autoriser, moyennant le respect du consentement selon les formes requises, un prélèvement d'organes ;
- le second enseignement est que l'on peut observer trois pratiques différentes quant à la source de la réglementation relative à la constatation de la mort. La plupart des pays se réfèrent expli-

¹⁴⁰ Voir Jean-François Dumoulin, op. cit., p. 84 s. et 95 s. (traduction).

¹⁴¹ Notamment dans la loi N° 63 de 1979 sur la transplantation de cornée et de reins.

¹⁴² Voir spécialement Seiji Saito, *Über Organtransplantationen und Todeszeitpunkt in Japan aus der strafrechtlichen Sicht*, *Hogaku Shimpō* (The Chuo Law Review) vol. CIV N° 8-9, p. 1, 3 ss (1998), et ses références.

¹⁴³ Loi n° 104 du 16 juillet 1997 relative à la transplantation d'organes, traduite et publiée in : *Recueil international de législation sanitaire 1998* (49), p. 500 ss.

¹⁴⁴ *Idem*, p. 501. La famille pourrait également s'opposer au constat de la mort cérébrale (art. 6 al. 3).

¹⁴⁵ Voir Saito, op. cit., p. 6 ss.

citement, dans un acte législatif ou réglementaire, au critère de la mort cérébrale pour diagnostiquer la mort. Quelques-uns (la Belgique et l'Allemagne ; c'est ce que fait pour le moment la Suisse aussi) se réfèrent aux connaissances les plus récentes en la matière, en pratique le critère de la « mort cérébrale ». L'Autriche, enfin, où aucun véritable texte normatif n'est applicable, se réfère à la pratique administrative pour retenir le critère de la « mort cérébrale ».

VI. LES CONDITIONS DE PRELEVEMENT SUR UN CADAVRE

1. En général

La définition de la mort d'un être humain et son application à un donneur potentiel d'organes ne sont évidemment que la première des exigences à satisfaire au cours d'un processus qui en compte plusieurs autres menant jusqu'au prélèvement. La principale condition a trait au consentement du donneur qui conserve au-delà de la mort certaines prérogatives qui doivent être respectées¹⁴⁶. Les proches jouent dans ce contexte un rôle souvent déterminant : d'une part en rapportant la volonté du défunt, d'autre part en s'exprimant lorsque le défunt n'avait pas exprimé d'opinion¹⁴⁷. S'agissant de la forme du consentement du donneur, deux modalités, pas si éloignées l'une de l'autre lorsqu'elles sont examinées en détail, ont été traditionnellement utilisées : celle du consentement exprès et celle du consentement présumé ou implicite. Dans un Etat de droit, il faut en tout cas prohiber toute approche qui autoriserait la collectivité à prélever, sans se préoccuper de la volonté du « donneur » et quel que soit son statut¹⁴⁸, les organes dont elle aurait besoin dans ses programmes de transplantation.

2. Le statut juridique d'une personne décédée

On l'a dit, selon l'article 31 du Code Civil, la personnalité commence avec la naissance accomplie de l'enfant vivant et s'achève avec la mort. On pourrait en déduire logiquement que tous les droits liés à la personnalité se sont éteints au moment du décès, puisqu'il s'agit de droits qui ne se transmettent pas aux héritiers, en raison de leur caractère strictement personnel. Une telle conclusion serait cependant hâtive¹⁴⁹. Le Tribunal fédéral, dans un arrêt déjà ancien, avait eu l'occasion de préciser que les droits de la personnalité perdurent sous une certaine forme au-delà de la mort et qu'en particulier, chacun dispose du droit de décider du sort de sa dépouille après son décès¹⁵⁰. En conséquence, le droit constitutionnel, comme le droit privé¹⁵¹ et le droit pénal (art. 262 CP), s'opposent à toute profanation d'un cadavre humain et donc à tout prélèvement d'organes qui aurait lieu sans le consentement du défunt ou celui de ses proches.

¹⁴⁶ Comme l'a expressément rappelé le Tribunal fédéral : ATF 123 I 112, 118.

¹⁴⁷ Comme le souligne le Tribunal fédéral, le droit des proches est subsidiaire : « le droit des proches n'intervient que si le défunt n'a pas pris de décision, écrite ou orale, sur le sort de son cadavre » : ATF 123 I 112, 119.

¹⁴⁸ Par exemple celui de détenu.

¹⁴⁹ Voir en général Esther Knellwolf, *Postmortaler Persönlichkeitsschutz - Andenkensschutz der Hinterbliebenen*, Zurich 1991.

¹⁵⁰ Arrêt Himmelberger, ATF 111 Ia 231, 233.

¹⁵¹ Pierre Tercier, *Le nouveau droit de la personnalité*, Zurich 1984, N° 514 ss, p. 74 s.

3. Le consentement du donneur

On l'a dit, l'ordre constitutionnel prohibe toute forme de prélèvement sur un cadavre qui ne serait pas légitimée par le consentement du défunt (ou de ses proches). Traditionnellement, deux modèles de consentement ont été développés, le consentement dit exprès et le consentement dit présumé ou implicite; les modalités et la portée de l'un et l'autre ont déjà été abondamment analysées par la doctrine¹⁵². Le premier requiert une manifestation de volonté clairement exprimée par le défunt de son vivant (ou par les proches après son décès) pour permettre un prélèvement. Le consentement exprès du donneur peut être incorporé dans une carte de donneur, mais toute autre forme de consentement est admissible. Quelques cantons suisses¹⁵³ ont mis en place une législation qui reprend ce modèle de consentement exprès, du défunt et de ses proches. Calqué exactement sur les exigences du droit constitutionnel, il est évidemment conforme à la Constitution fédérale.

On oppose généralement - à tort, car les deux systèmes ne sont en fait pas si éloignés l'un de l'autre - au régime du consentement exprès celui du consentement présumé. Selon ce système, celle ou celui qui n'a pas manifesté de son vivant son opposition au don d'organes est présumé y avoir consenti. A nouveau, ce refus peut prendre la forme d'une déclaration écrite, mais tout autre moyen permettant de l'établir est admissible. La majeure partie des cantons suisses ont opté pour un tel système, dans lequel l'absence d'opposition du défunt de son vivant comme de ses proches après son décès permettent de prélever des organes.¹⁵⁴

Ce régime de consentement a été l'objet de controverses importantes. On l'a désigné parfois comme une « hypocrisie »¹⁵⁵, une astuce étatique pour prélever des organes sur des « donneurs » qui n'ont jamais songé à leur mort, et moins encore au don d'organes. La jurisprudence récente a cependant reconnu que le régime du consentement présumé était admissible dans son principe¹⁵⁶. Mais le Tribunal fédéral l'a subordonné au respect de strictes exigences d'information, tant à la population (devoir d'information au sens large, par le biais de campagnes de sensibilisation, par exemple, qui devraient être renouvelées périodiquement) qu'aux proches d'un défunt lorsqu'un prélèvement est envisagé (devoir d'information au sens étroit)¹⁵⁷. Pour autant que ces conditions soient respectées, le régime du consentement présumé est conforme au droit constitutionnel.

4. Le consentement et le droit d'opposition des proches

Tant la liberté personnelle, applicable dans un contexte de droit public, que les droits de la personnalité, qui déploient leurs effets dans le secteur privé, confèrent aux proches un droit au respect de leurs sentiments de pitié à l'égard du défunt¹⁵⁸. Ils disposent dès lors du droit d'accepter - et donc, logiquement, de refuser - un prélèvement d'organes lorsque le donneur potentiel ne s'est pas déterminé, dans un régime de consentement exprès.

¹⁵² Voir Rolf Schöning, op. cit., p. 157 ss. ; Jean-François Dumoulin, op. cit., p. 42 ss et 62 ss; 47 ss et 70 ss (traduction).

¹⁵³ Voir note 16.

¹⁵⁴ Voir note 16.

¹⁵⁵ Voir Jean-François Dumoulin, op. cit., p. 63 s. et p. 71 s. (traduction).

¹⁵⁶ ATF 123 I 112.

¹⁵⁷ Voir sur ce point le Règlement genevois d'application de la loi sur les prélèvements et les transplantations d'organes et de tissus du 20 mai 1998 (K 1 60.01), adopté sur la base de l'ATF 123 I 112.

¹⁵⁸ ATF 101 II 77, JT 1976 I 362 ; ATF 123 I 112, 119.

Ils disposent également d'un droit d'opposition dans un régime de consentement présumé. Le nombre de personnes qui se sont déterminées au sujet d'un don d'organes étant encore très faible, c'est donc bien parmi les proches que réside le plus souvent le véritable pouvoir décisionnel à propos du don d'organes. Dans cette mesure, on peut dire que les deux régimes apparemment opposés du consentement exprès et du consentement présumé se rejoignent largement.

La constitutionnalité d'un système dans lequel l'absence d'opposition du défunt de son vivant serait à soi seule suffisante pour légitimer un prélèvement d'organe nous semble en revanche douteuse. En effet, le Tribunal fédéral a reconnu que les proches du défunt « peuvent prétendre, dans certaines limites, à disposer du sort de son cadavre. Du point de vue du droit privé, le droit de ces derniers est, lui aussi, une émanation des droits généraux de la personnalité (art. 28 CC). Fondé sur les rapports étroits qu'ont eus les intéressés avec le défunt et protégeant les relations sentimentales qui en résultent, ce droit subsidiaire des proches trouve sa limite dans les droits de la personnalité, dont jouit le défunt lui-même, de déterminer le sort de son cadavre et les modalités de ses funérailles (ATF 101 II 177 consid. 5a p. 191) »¹⁵⁹. En l'absence de volonté émise par le défunt, il semble bien que les proches ont un droit protégé par la liberté personnelle de déterminer le sort du cadavre. Se passer complètement de leur avis irait donc à l'encontre de cette prérogative constitutionnellement protégée.

A l'inverse, on pourrait encore s'interroger sur l'opportunité de conférer aux proches un droit d'opposition lorsque le donneur s'est expressément déclaré en faveur du don d'organes (ou contre celui-ci). Le droit d'opposition des proches, dans les deux régimes de consentement d'ailleurs, permettrait alors de neutraliser une manifestation de volonté claire du défunt. Un tel droit des proches ne serait pas admissible, dans la mesure où le droit du défunt à ce que la volonté qu'il a exprimée de son vivant de donner ses organes soit respectée prime le droit des proches à s'opposer au prélèvement¹⁶⁰. C'est du reste ce qu'a expressément prévu par exemple le droit valaisan¹⁶¹. Cette solution exprimant clairement la primauté du droit du donneur devrait être reprise aussi dans la future loi fédérale sur les transplantations.

5. Les autres conditions

Recueillir le consentement du donneur, sous une forme exprès ou implicite, puis celui des proches ne constitue pas les seules conditions posées pour le prélèvement et la transplantation d'un organe. D'autres exigences ont été formulées dans certains textes normatifs¹⁶². Par exemple, la transplantation devrait constituer une solution ultime : si une alternative thérapeutique est possible pour le receveur, le prélèvement ne se justifierait pas¹⁶³. Dans les faits, c'est la grave pénurie d'organes à laquelle les activités de transplantation doivent faire face qui assure ici le respect de cette condition.

¹⁵⁹ ATF 123 I 112, 119.

¹⁶⁰ La question avait été laissée ouverte dans l'ATF 101 II 77, 199; JT 1976 I 362, 383. Le Tribunal fédéral a en revanche clairement admis la priorité du droit du défunt dans son arrêt plus récent : ATF 123 I 112, 119. Voir aussi Jean-François Dumoulin, *op. cit.*, p. 56 et p. 63 s (traduction) ; Deschenaux/Steinauer, *op. cit.*, p. 293, N° 762a. La solution vaudrait évidemment aussi dans l'hypothèse inverse où le défunt s'était opposé au don d'organes.

¹⁶¹ Art. 46 al. 1 de la loi sur la santé du 9 février 1996.

¹⁶² Voir Jean-François Dumoulin, *op. cit.*, p. 70 et p. 79 s. (traduction).

¹⁶³ Voir notamment le Rapport explicatif de la Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, adoptée par le Conseil des Ministres du Conseil de l'Europe le 19 novembre 1996. Voir aussi ATF 101 II 177, 198 ss.

En outre, il convient de conserver l'anonymat tant du donneur vis-à-vis du receveur et de ses proches que du receveur vis-à-vis des proches du donneur. On souhaite ainsi protéger la sphère intime du donneur et celle du receveur, tant à l'égard de tiers que l'un par rapport à l'autre; il s'agit aussi de ne pas porter atteinte aux sentiments de piété des proches du donneur.

Enfin, le don d'organes doit avoir lieu à titre gratuit, que l'organe provienne de Suisse ou de l'étranger et qu'il soit implanté en Suisse ou à l'étranger. Cette norme figure dans l'Arrêté fédéral du 23 mars 1996 sur le contrôle du sang, des produits sanguins et des transplants¹⁶⁴, à son article 17. Le respect de cette règle est assuré par une norme pénale (art. 32 al. 1er lettre c de l'arrêté). Il s'agit en fait d'une norme très largement reconnue en Europe, destinée à empêcher toute forme de trafic, qu'on retrouve aussi bien dans les instruments de droit international public¹⁶⁵ que dans les directives éthiques émanant des associations professionnelles¹⁶⁶. Nombre de législations cantonales la mentionnent également¹⁶⁷. Depuis l'entrée en vigueur de l'arrêté fédéral précité, le droit cantonal a cependant cessé de déployer ses effets sur ce point particulier.

VII. PRELEVEMENT SUR UN « MOURANT » ?

1. Définition et portée du statut de « mourant »

Les opposants au critère de la « mort cérébrale », avant tout en Allemagne, ont été contraints de créer une nouvelle catégorie d'êtres humains groupant les personnes diagnostiquées en état de « mort cérébrale » mais qui, à leurs yeux, ne seraient pas mortes : les « mourants » (« *Sterbende* »).

En effet, dans la mesure où ils ne s'opposent pas catégoriquement à tout prélèvement d'organes, mais l'acceptent selon un régime de consentement exprès au sens étroit (« *enge Zustimmungsmo- dell* ») s'il est effectué sur un « mourant » (c'est-à-dire une personne dont la « mort cérébrale » a été constatée), ils ont dû développer une nouvelle approche juridique justifiant le prélèvement en pareille hypothèse. Selon les conceptions largement admises en droit, prélever un organe vital dans l'organisme d'un être humain vivant correspond à un homicide.

Plusieurs arguments ont été avancés pour étayer la licéité d'un prélèvement d'organe pratiqué dans ces circonstances. On a, par exemple, soutenu qu'il s'agissait en réalité d'une forme d'euthanasie passive, conforme au droit ; on a aussi affirmé que la protection constitutionnelle de la vie en droit allemand pouvait être limitée après la constatation de la mort cérébrale ; on a enfin prétendu qu'il s'agissait certes d'un homicide, mais que, dans un tel contexte, il pouvait être justifié par le consentement de la victime ou par l'intérêt prépondérant du receveur¹⁶⁸.

¹⁶⁴ RS 818.111.

¹⁶⁵ Voir plus haut, p. 26 s.

¹⁶⁶ Directives médico-éthiques pour les transplantations d'organes, in: BMS 35/1995, p. 1393.

¹⁶⁷ Par exemple l'art. 44 de la loi valaisanne sur la santé du 9 février 1996 et l'art. 30 al. 4 de la loi neuchâteloise de santé du 6 février 1995.

¹⁶⁸ Voir Helmut Sengler, Angelika Schmidt, Organentnahme bei Hirntoten als « noch Lebenden » ?, in: MedR 6/1997, p. 241 ss, qui proposent un résumé des arguments soulevés par les « Hirntodkritiker » p. 242-244. Pour une discussion des arguments similaires avancés par une partie de la doctrine japonaise, voir Saito, op. cit., p. 8 ss.

En Allemagne, la création de cette nouvelle catégorie de « personnes mourantes » n'a guère rencontré d'écho favorable¹⁶⁹. Selon la doctrine allemande, un prélèvement d'organes sur un « mourant » ne saurait être interprété comme une forme d'euthanasie passive : il a certes lieu dans un but thérapeutique, mais au profit direct d'un tiers ; il n'est évidemment pas question de soulager les souffrances du mourant. On ne peut pas davantage retenir que la Constitution allemande permettrait de créer plusieurs catégories de vies humaines (et donc indirectement de personnes) de valeur inégale. Au contraire, elle a toujours été interprétée comme un rempart contre la création de vies de moindre valeur. Enfin, dans la mesure où l'ordre juridique allemand entoure la vie d'une protection absolue, le consentement de la victime ne saurait justifier un homicide, pas plus que l'intérêt d'un tiers, qui ne saurait être prépondérant.

2. Sous l'angle du droit constitutionnel suisse et du droit de la personnalité

En Suisse, les quelques considérations qui précèdent garderaient leur pertinence. Mais tout d'abord, il faut bien souligner que notre conclusion en faveur de la compatibilité du critère de la « mort cérébrale » avec le droit à la vie protégé constitutionnellement rend totalement inutile la création d'une catégorie intermédiaire entre les vivants et les morts. En bonne logique, nous devrions nous arrêter à cette constatation préalable. Nous ferons néanmoins quelques brèves remarques, qui ne prennent un sens que si l'on admet, pour les besoins de la discussion et contrairement à ce que nous avons affirmé, qu'une personne en état de « mort cérébrale » n'est pas morte.

Comme nous l'avons exposé, la Constitution fédérale garantit le droit à la vie et n'autorise en principe aucune atteinte à ce droit¹⁷⁰. Elle ne pourrait donc à nos yeux s'accommoder conceptuellement d'une nouvelle catégorie de vie humaine de rang inférieur, jouissant d'une moindre protection, dont on pourrait disposer afin de procéder à des prélèvements d'organes.

De même, les règles sur la protection de la personnalité en droit privé (art. 27 ss CC) sembleraient exclure la reconnaissance d'un tel statut de « mourant ». Le problème se poserait du reste autrement : il faudrait déterminer s'il existe un éventuel motif justificatif propre à supprimer l'illicéité du prélèvement d'organe chez la « personne mourante », considérée simplement comme une personne vivante.

La première question consisterait à se demander l'effet que pourrait avoir une déclaration expresse de volonté (un consentement au sens de l'art. 28 al. 2 CC) de la « personne mourante » par laquelle elle accepte par anticipation le prélèvement de ses organes si elle est diagnostiquée en état de « mort cérébrale ». On l'a rappelé, le droit accorde aujourd'hui une certaine prééminence de la volonté individuelle sur la protection de la vie : chacun peut refuser n'importe quel traitement médical, même salvateur, et chacun peut consentir, en temps réel ou par anticipation, à des mesures de soins palliatifs susceptibles de hâter la survenance de son décès. En revanche, l'ordre juridique suisse n'accepte pas la validité du consentement donné à un acte qui a pour effet d'enlever la vie : le comportement du tiers qui met fin à la vie resterait illicite (et, pénalement parlant, un homicide punissable selon l'article 114 CPS).

La seconde question reviendrait à se demander si le prélèvement ne pourrait pas être légitimé par l'intérêt prépondérant du ou des receveurs. La perspective de ces derniers de rester en vie ou de retrouver la santé grâce aux organes prélevés sur la « personne mourante » ne pèserait-elle pas

¹⁶⁹ Helmut Sengler, Angelika Schmidt, op. cit. et les références citées.

¹⁷⁰ Voir plus haut, p. 8 ss.

davantage que la protection du souffle de vie, au surplus dépourvue de conscience, qui subsiste chez le donneur potentiel ? Le Tribunal fédéral s'était posé une question assez analogue, d'ailleurs sans y répondre¹⁷¹, mais entre l'intérêt du receveur à recevoir un cœur qui lui sauverait la vie et l'intérêt des proches du défunt à s'opposer à tout prélèvement. Cette dernière pesée d'intérêts paraît effectivement délicate¹⁷². En revanche, il ne semble pas admissible que l'on sacrifie une vie humaine, même amoindrie, pour en sauver une autre. Comme l'affirment Deschenaux/Steinauer : « (L)a vie d'une personne ne doit pas être sauvée au prix de la vie d'une autre personne, si précaire que puisse être la vie de cette dernière et si sûrs que puissent être les pronostics (voir Hinderling, RSJ 75/1979 37/39). Le prélèvement est illicite même si le donneur y a consenti, car ce consentement est nul en vertu de l'art. 27 »¹⁷³.

3. Sous l'angle du droit pénal suisse

Cette conception d'une catégorie de « personnes mourantes » se heurterait en outre clairement aux notions incontestées du droit pénal suisse en matière d'homicide. Selon la doctrine unanime, toute intervention qui aurait pour conséquence la mort de la victime correspond à un meurtre, même si la victime est sur le point de mourir, voire en train de mourir¹⁷⁴.

Il n'est pas possible non plus, comme en Allemagne du reste, de considérer que le prélèvement d'un organe vital sur un patient en train de mourir correspondrait à une forme d'euthanasie passive licite¹⁷⁵, qui échapperait aux articles 114 CPS (« Meurtre sur demande de la victime ») ou 115 CPS (« Incitation et assistance au suicide »). En effet, l'élément qui rend non punissable un tel comportement est la volonté de soulager les souffrances de la victime et non de tuer la victime, même si les moyens utilisés dans ce but sont de nature à écourter la vie du mourant. Lors d'un prélèvement d'organes, cette notion est évidemment totalement absente, de sorte qu'un prélèvement effectué dans ces conditions tomberait sous le coup de la loi pénale.

4. «Mourant»: un statut inutile et dangereux

En résumé, cette hypothétique catégorie supplémentaire de « personnes mourantes » nous paraît à la fois inutile, propre à engendrer la confusion et dangereuse.

Elle est inutile puisqu'une personne en état de « mort cérébrale » doit bel et bien être considérée en droit suisse comme morte. Elle engendrerait la confusion par une distinction spé cieuse entre personnes mortes et personnes mourantes. Elle ferait enfin courir le risque d'amoindrir la protection accordée à la vie humaine, en acceptant une catégorie de personnes bénéficiant d'une moindre protection. Cela laisserait la possibilité de définir d'autres catégories encore de personnes dont la vie « vaudrait moins » et ouvrirait ainsi la porte à de dangereuses dérives.

¹⁷¹ ATF 101 II 177, 198 ss.

¹⁷² Voir par exemple Deschenaux/Steinauer, op. cit., p. 294, N° 762g, qui ne tranchent pas.

¹⁷³ Op. cit., p. 292, N° 761.

¹⁷⁴ Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht - Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individual-interessen, 4e éd., Berne 1993, N° 7, p. 24; José Hurtado Pozo, Droit pénal - Partie spéciale I, Zurich 1997, N° 87, p. 28.

¹⁷⁵ Sur l'euthanasie passive et active et ses implications en droit pénal, voir surtout Mark-Oliver Baumgarten, *The right to die? Rechtliche Probleme um Sterben und Tod*, thèse Bâle 1998, p. 168 ss. et Nicolas Queloz, *Legal and ethical issues concerning euthanasia in Switzerland: is it time to consider a legalization of active euthanasia?*: International Seminar on Legal Aspects of Euthanasia, University of Malaga 1994, p. 14 ss; voir aussi José Hurtado Pozo, op. cit., N° 29 ss, p. 12 ss.

VIII. CONCLUSIONS

Au terme de cette étude, il nous est possible de formuler un certain nombre de conclusions :

- 1) Du point de vue juridique, on doit considérer une personne comme morte **quand tout retour à la vie est totalement et définitivement exclu dans l'état actuel des connaissances**, auquel l'article 31 du Code civil renvoie implicitement. La mort peut dès lors être définie comme la cessation totale et irréversible de l'ensemble des fonctions cérébrales puisque cette cessation rend impossible la survie de la personne en tant qu'entité psycho-physique individualisée.
- 2) La mort ainsi entendue peut être établie par **référence au critère de la « mort cardiaque » ou à celui de la « mort cérébrale »**. Le premier correspond à ce qui avait été longtemps admis compte tenu des connaissances médicales et des possibilités techniques de l'époque. Le second résulte de l'évolution des connaissances et des technologies de la deuxième moitié du vingtième siècle, qui ont notamment permis de pallier l'arrêt cardiaque.
- 3) Le **critère de la « mort cérébrale » est aujourd'hui reconnu par le droit de tous les pays qui nous entourent** et également de nombreux autres pays du monde (Canada, USA, Japon) où il est souvent ancré dans une loi. Ce critère est régulièrement utilisé partout où se pratique la médecine de transplantation. Depuis de nombreuses années, ce critère s'est ajouté à, voire a remplacé, le critère de la « mort cardiaque » qui ne permettait pas d'effectuer des prélèvements d'organes dans de bonnes conditions.
- 4) En Suisse, le **critère de la « mort cérébrale » a été énoncé en 1971 par l'Académie suisse des sciences médicales (ASSM), formellement accepté par le Tribunal fédéral dès 1975 et repris par de nombreux législateurs cantonaux**. Ce critère est actuellement exprimé dans les Directives de l'Académie suisse des sciences médicales « pour la définition et le diagnostic de la mort en vue d'une transplantation d'organes » de 1996.
- 5) Selon la jurisprudence, récemment confirmée, du Tribunal fédéral, le **critère de la « mort cérébrale » est conforme à la Constitution, notamment à la protection de la vie**. De même, la délégation à l'ASSM du soin d'établir la procédure de diagnostic (signes cliniques à contrôler) de la mort lorsqu'un prélèvement d'organes est envisagé est conforme au droit constitutionnel suisse.
- 6) Il n'y a **juridiquement qu'une seule mort**, la même pour tous et en toutes circonstances. Définir la mort est une appréciation de nature normative. Partant, cette définition devrait à notre avis figurer dans un acte législatif, plutôt que dans des directives émises par un organisme privé tel que l'ASSM, dont la représentativité démocratique est controversée. Il nous paraît **approprié d'inscrire la définition de la mort dans le Code civil**, plutôt que dans la future loi fédérale sur les transplantations.
- 7) En revanche, la **procédure de diagnostic de la mort fait appel à des connaissances et à des techniques qui relèvent essentiellement de la science médicale**. La loi ne nous semble pas le siège le plus adapté pour les exposer. Il nous paraît parfaitement **admissible que le législateur délègue le soin d'élaborer cette procédure à un organisme public ou privé spécialisé** chargé d'édicter des directives à ce sujet.

- 8) Admettre la constitutionnalité du critère de la « mort cérébrale » permet de se passer de la création éventuelle d'une nouvelle catégorie de « personnes mourantes », qui ne seraient pas considérées comme mortes mais chez qui des organes pourraient déjà être prélevés s'ils y avaient consenti au préalable. Cette **nouvelle catégorie juridique de « personnes mourantes »**, qui n'est retenue à notre connaissance dans aucun pays, soulève davantage de problèmes qu'elle n'apporte de solutions. Elle **est inutile, provoque la confusion et est source de dangers**. Un prélèvement d'organe vital sur une « personne mourante » serait à la fois illicite et punissable pénalement.
- 9) **Toute personne a le droit de décider du sort de son cadavre** et, par conséquent, de donner ou non ses organes à des fins de transplantation. Lorsqu'une personne décédée avait exercé ce droit de son vivant, il est admis **que les tiers, y compris ses proches, doivent respecter ses choix**.
- 10) Les proches sont également titulaires de droits de la personnalité tirés des rapports d'affection qu'ils entretenaient avec le défunt. C'est pourquoi, à la suite de son décès et **si le défunt n'a pris aucune disposition, il appartient aux proches de déterminer le sort du cadavre** et d'autoriser un prélèvement d'organes en vue d'une transplantation.

Neuchâtel, janvier 1999

Table des matières

I. PREAMBULE	1
II. LA TRANSPLANTATION D'ORGANES EN SUISSE.....	3
III. DEFINITION DE LA VIE	4
1. La mort par rapport à la vie.....	5
2. Le droit à la vie dans la Constitution fédérale et la CEDH	6
3. La protection de la vie dans le droit suisse.....	7
IV. DEFINITION DE LA MORT	8
1. En général.....	8
2. La « mort cardiaque ».....	9
3. La « mort cérébrale ».....	10
4. Conformité avec la Constitution	14
5. Quelle place pour une définition de la mort ?	14
6. Les autres points à régler.....	16
V. QUELQUES SOLUTIONS ETRANGERES.....	17
1. En général.....	18
2. L'Allemagne.....	19
3. Autriche.....	19
4. Belgique	20
5. Espagne	20
6. Etats-Unis.....	21
7. France.....	21
8. Italie.....	22
9. Japon	23
10. Synthèse	23
VI. LES CONDITIONS DE PRELEVEMENT SUR UN CADAVRE	24
1. En général.....	24
2. Le statut juridique d'une personne décédée	24
3. Le consentement du donneur.....	25
4. Le consentement et le droit d'opposition des proches	25
5. Les autres conditions.....	26
VII. PRELEVEMENT SUR UN « MOURANT » ?	27
1. Définition et portée du statut de « mourant ».....	27
2. Sous l'angle du droit constitutionnel suisse et du droit de la personnalité	28
3. Sous l'angle du droit pénal suisse	29
4. « Mourant » : un statut inutile et dangereux.....	29
VIII. CONCLUSIONS	30