



**Attribution d'organes en médecine de transplantation :  
Le choix préalable de la personne d'être donneur  
d'organes est-il un critère juridiquement admissible ?<sup>1</sup>**

**Olivier Guillod**

*professeur, directeur de l'Institut de droit de la santé, Neuchâtel*

**Gabrielle Steffen**

*docteure en droit, maître-assistante à l'Institut de droit de la santé*

---

<sup>1</sup> Nous remercions le Professeur Pascal Mahon pour l'échange d'idées et pour ses remarques pertinentes au sujet des problèmes de droit constitutionnel posés dans le cadre de cette étude.

## 1 Introduction

### 1.1 Rappel du mandat

Le peuple et les cantons suisses ont adopté le 7 février 1999 l'article 119a de la Constitution fédérale qui prévoit :

<sup>1</sup> La Confédération édicte des dispositions dans le domaine de la transplantation d'organes, de tissus et de cellules. Ce faisant, elle veille à assurer la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la santé.

<sup>2</sup> Elle veille à une répartition équitable des organes.

<sup>3</sup> Le don d'organes, de tissus et de cellules humaines est gratuit. Le commerce d'organes humains est interdit.

Sur cette base, un avant-projet de loi fédérale sur la transplantation a été élaboré en 1999<sup>2</sup>. A l'issue de la procédure de consultation, l'avant-projet de loi a été remanié (notamment en éliminant le registre des transplantations qui était prévu) puis adressé aux Chambres fédérales en automne 2000 sous forme de projet de loi<sup>3</sup>. Lors de l'examen du projet de loi par la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national, diverses propositions d'amendement ont été déposées, notamment pour tenter de lutter contre la pénurie actuelle d'organes. Parmi ces propositions, plusieurs touchaient les critères d'attribution des organes et la détermination du rang sur les listes d'attente.

La pénurie d'organes, les listes d'attente remplies et accompagnées de délais d'attente parfois très longs ne représentent pas seulement des drames personnels<sup>4</sup>, mais également un enjeu important de santé publique<sup>5</sup>. De nombreux pays se préoccupent de trouver des remèdes à la pénurie actuelle d'organes, spécialement marquée en Suisse où le taux de donateurs est seulement de 10,4 par million d'habitants (alors qu'il est par exemple de 33,7 en Espagne et de 23, 8 en Autriche)<sup>6</sup>. Dans ce but, il a été proposé que le choix préalable d'un receveur potentiel d'organes d'être soi-même donneur d'organes après son décès<sup>7</sup> soit pris en compte parmi les critères d'attribution des organes.

L'introduction d'un tel critère, que l'on peut appeler "du choix préalable" nécessiterait une modification de l'article 17 du projet de loi. Pour déterminer l'admissibilité du critère du choix préalable, deux questions doivent être analysées, selon le poids donné à ce critère :

- peut-on refuser d'implanter un organe à une personne qui, elle-même, a refusé d'être donneur d'organes ?
- peut-on tenir compte du choix préalable de la personne dans la détermination de son rang sur la liste d'attente ?

---

<sup>2</sup> Avant-projet de Loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, accompagné d'un rapport explicatif du Département fédéral de l'Intérieur, Berne 1999.

<sup>3</sup> Projet de loi et Message, FF 2001 19 ss.

<sup>4</sup> L'impact personnel d'une attente de plus de deux ans et demi et pas terminée est relaté dans JENNNIFER RICKMAN : *Waiting for a transplant*, BMJ (2001) 322, 293 ss.

<sup>5</sup> Selon le message relatif à l'art. 24 decies aCst (article 119a Cst.), l'attribution des organes doit être un des éléments principaux de la législation fédérale à élaborer, FF 1997 III 643.

<sup>6</sup> Rapport annuel 2002 de Swisstransplant, p. 8, 11, cf. <http://www.swisstransplant.org>.

<sup>7</sup> Nous nous concentrerons sur ce cas de figure, étant entendu que la personne qui a donné un organe de son vivant doit être assimilée aux donateurs potentiels.

En vue des débats parlementaires, l'Office fédéral de la santé publique a sollicité de l'Institut de droit de la santé un rapport sur l'admissibilité juridique d'un tel critère, dans ses différentes variantes imaginables, au regard de la Constitution fédérale. Une étude relative aux aspects éthiques de l'allocation des organes et notamment du critère du choix préalable a déjà été effectuée par BEAT SITTER-LIVER<sup>8</sup>. Nous nous limiterons par conséquent strictement à l'analyse juridique de la problématique.

## **1.2 Plan du présent rapport**

Le présent rapport commencera par rappeler la teneur de l'article 119a Cst. (cf. 2) et les éléments principaux des propositions faites par certains auteurs, particulièrement BLANKART / KIRCHNER / THIEL, de prendre en compte le choix préalable d'être soi-même donneur d'organes (cf. 3). Il évoquera aussi brièvement la problématique des ressources insuffisantes (cf. 4) et la place de l'article 8 Cst. dans ce contexte (cf. 5). Puis il précisera le cadre juridique fourni par le projet de loi fédérale sur les transplantations, la Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine et son protocole additionnel sur la transplantation, avant de décrire les pratiques d'Eurotransplant et de Swiss Transplant (cf. 6.1). Il examinera alors les diverses manières dont le critère du choix préalable pourrait être pris en compte (cf. 6.2).

Le critère du choix préalable, dans ses différentes variantes, sera ensuite analysé au regard de la Constitution fédérale. Nous concentrerons notre examen sur le droit à l'autodétermination ancré à l'article 10 al. 2 Cst. (cf. 7), le principe d'égalité de traitement de l'article 8 al. 1 Cst. (cf. 8) et la prohibition de discriminer prévue à l'article 8 al. 2 Cst. (cf. 9). Nous examinerons en outre la portée de la liberté de conscience et de croyance protégée par l'article 15 Cst. (cf. 10) et celle du droit à des soins essentiels tiré de l'article 12 Cst. garantissant un droit à des conditions minimales d'existence (cf. 11). Nous n'évoquerons pas particulièrement la Convention européenne des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ni le Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels, car ces textes n'accordent pas de garanties supplémentaires à la Constitution fédérale par rapport aux questions traitées ici.

Deux solutions étrangères seront finalement évoquées (cf. 12) et la rare doctrine helvétique en la matière sera présentée (cf. 13). Nous terminerons ce rapport en exposant nos conclusions (cf. 14).

## **2 L'article 119a Cst.**

La disposition constitutionnelle sur la transplantation a été introduite le 7 février 1999 (article 24 *decies* aCst.). Elle concerne à la fois le prélèvement d'organes sur des personnes vivantes et sur des personnes décédées et dépasse le seul cadre de la transplantation d'organes humains. La disposition a été introduite pour harmoniser, sur le plan fédéral, les dispositions très disparates contenues dans les législations cantonales, dans les directives

---

<sup>8</sup> BEAT SITTER-LIVER : *Gerechte Organallokation – Ethisch-philosophische Überlegungen zur Verteilung knapper medizinischer Güter in der Transplantationsmedizin*, étude pour l'OFSP, Berne 15 septembre 2003, p. 68 ss, 182.

de l'ASSM et dans l'arrêt fédéral du 26 mars 1996 sur le contrôle du sang, des produits sanguins et des transplants<sup>9</sup>.

Selon l'article 119a Cst., les intérêts suivants doivent être protégés: la dignité humaine, la personnalité et la santé. L'élément qui nous intéresse particulièrement dans ce travail est celui de la personnalité qui inclut à la fois la protection de droit civil et de droit constitutionnel. Sur le plan constitutionnel, le droit à l'autodétermination retiendra particulièrement notre attention. Nous ne ferons pas de développements généraux sur la dignité humaine car nous pensons que, pour la question qui nous concerne, cet aspect est implicitement inclus dans l'analyse du droit à l'autodétermination, de la prohibition de discriminer et du droit aux soins essentiels. Par ailleurs, nous n'évoquerons le droit à la vie (article 10 al. 1 Cst.) qu'en lien avec la problématique des traitements vitaux, examinée en rapport avec l'article 12 Cst. (cf. 11).

L'article 119a al. 2 Cst exige notamment la répartition équitable des organes. Cette protection correspond à celle plus générale accordée par l'article 8 Cst., dans un contexte de ressources limitées.

Nous n'irons pas plus loin dans l'analyse de cette disposition, mais nous concentrerons sur les principales questions de droit constitutionnel qu'elle soulève en lien avec les droits fondamentaux.

### **3 Résumé des propositions, en particulier de Blankart / Kirchner / Thiel**

Les réactions critiques de ces auteurs au projet de Loi sur la transplantation (ci-après : le projet) ont été regroupées dans un ouvrage dans lequel des propositions concrètes de modification du système d'attribution des organes sont faites<sup>10</sup>. Les éléments principaux de cette étude sont :

- l'analyse est basée sur la théorie de Rawls<sup>11</sup> (même si elle ne cite pas directement cet auteur), en plaçant les donneurs potentiels derrière un voile d'ignorance, puisqu'ils ne savent pas, en choisissant d'être donneur ou non, s'ils ne seront pas, à un moment de leur vie, demandeurs d'organes ;
- le projet de loi devrait avoir pour but principal d'inciter au don d'organes, alors que le texte actuel concerne surtout la protection contre les abus;
- le principe de séparation (*Trennungsprinzip*) qui implique que le choix relatif au don d'organes est absolument séparé de la détermination des receveurs, comme c'est le cas dans le projet, devrait être remplacé par le principe de prévoyance (*Vorsorgeprinzip*) qui incite chaque personne à prévoir par avance la situation dans laquelle elle serait demanderesse d'organes ;
- le principe de prévoyance peut être concrétisé par deux modèles : le modèle club et le modèle basé sur la motivation, également appelé *Solidarmodell* (ces modèles seront exposés ci-dessous) ;

---

<sup>9</sup> RS 818.111.

<sup>10</sup> BLANKART / KIRCHNER / THIEL : *Transplantationsgesetz - Eine kritische Analyse aus rechtlicher, ökonomischer und ethischer Sicht*, Aachen 2002.

<sup>11</sup> JOHN RAWLS : *A Theory of Justice*, Oxford 1972.

- les auteurs ne déclarent pas véritablement leur préférence personnelle pour l'un des deux modèles, mais écartent le modèle club parce qu'ils l'estiment irréalisable dans notre société actuelle ;
- le droit à l'autodétermination doit être compris de manière à ne pas seulement englober le consentement ou le refus du don d'organes, mais également un choix quant aux receveurs potentiels, notamment limiter ces receveurs à ceux qui eux-mêmes acceptent de donner leurs organes, et le choix des critères de décès (mort cérébrale ou arrêt irréversible du rythme cardiaque) ;
- l'hypothèse est que, en introduisant un système basé sur le principe de prévoyance, plus de personnes accepteront d'être donneurs puisqu'elles sont en quelque sorte récompensées ;
- dans le même ordre d'idées, les différents centres de transplantation doivent être privilégiés en fonction du nombre de donneurs.

Le modèle club et le modèle basé sur la motivation viennent d'être évoqués<sup>12</sup>. Les deux se fondent sur l'idée de réciprocité : on ne peut recevoir que ce qu'on envisage de donner.

Le modèle club, élaboré par KLIEMT<sup>13</sup>, principalement pour la transplantation rénale, prévoit que les personnes qui ont consenti à être un jour donneurs d'organes peuvent faire partie d'un club<sup>14</sup> et seuls les membres de ce club pourront être, le cas échéant, receveurs potentiels. L'auteur s'appuie expressément sur la théorie de la justice de RAWLS et sur le courant de pensée de la *Virginia School*, notamment par un de ses postulats : préférer les systèmes d'incitation (*Anreizsysteme*) à des directives morales internes (*interne Moralsteuerung*). Pour entrer dans le club, les donneurs potentiels concluent un contrat, avec ou sans conditions, par lequel ils déterminent que leurs organes ne reviendraient, le cas échéant, qu'à des membres du club. Sur le plan théorique, KLIEMT rapproche la déclaration de don d'organes de la disposition pour cause de mort, avec possibilité de greffer des conditions. La donation n'est toutefois pas un acte "gratuit", mais est basée sur la réciprocité. Dans sa vision théorique, l'auteur imagine la possibilité d'un choix de clubs, qui pourraient même être placés en concurrence. L'auteur a toutefois relativisé cette vision dans la discussion qui a suivi sa conférence<sup>15</sup>.

Le modèle basé sur la motivation a notamment été détaillé par KÜHN<sup>16</sup>, mais il existe déjà dans un pays, Singapour (cf. 10.4), et présente de grandes ressemblances avec le *Solidarmodell* développé par GUBERNATIS<sup>17</sup>. Ces modèles préconisent que les personnes qui

<sup>12</sup> Pour un résumé plus détaillé, cf. MARKUS SCHOTT: *Patientenauswahl und Organallokation*, Bâle 2001, p 345 ss.

<sup>13</sup> Notamment HARTMUT KLIEMT : "Gerechtigkeitskriterien" in der Transplantationsmedizin - Eine ordoliberalere Perspektive, in : *Soziale Gerechtigkeit im Gesundheitswesen*, Heidelberg 1993, p. 262 ss.

<sup>14</sup> L'auteur lui donne un nom: "*Gesellschaft wechselseitiger Hilfe*". GUTMANN / LAND parlent d' "*Organverein*", cf. THOMAS GUTMANN / WALTER LAND : Ethische und rechtliche Fragen der Organverteilung: Der Stand der Debatte, in : *Organtransplantation*, Würzburg 2000, p. 103.

<sup>15</sup> "*Ich bin gar nicht dafür, ein radikales und einfaches Clubmodell vorzuschlagen... Das Clubmodell diene nur dazu, an einer bestimmten Stelle eine Fokussierung vorzunehmen*"; cf. HARTMUT KLIEMT : "Gerechtigkeitskriterien" in der Transplantationsmedizin - Eine ordoliberalere Perspektive, in : *Soziale Gerechtigkeit im Gesundheitswesen*, Heidelberg 1993, p. 283.

<sup>16</sup> Position retranscrite pour commenter l'entrée en vigueur de la loi de transplantation en Allemagne, cf. HERMANN C. KÜHN : *Das neue deutsche Transplantationsgesetz*, MedR 1998, 455 ss.

<sup>17</sup> "*Der Kern des Solidarmodells heisst : Solidarität in der Organspendebereitschaft für alle, aber besonders für diejenigen, die selbst spendebereit und solidarisch sind*". GUNDOLF GUBERNATIS : *Solidarmodell - mehr Gerechtigkeit in der Organverteilung, mehr Wahrhaftigkeit bei der Organspende - Ein Weg zu multipler Problemlösung in der Transplantationsmedizin*, in : *Zur Gerechtigkeit der Organverteilung. Ein Problem der Transplantationsmedizin aus interdisziplinärer Sicht*, Stuttgart 1997, p. 21; cf. aussi KLEINMAN / LOWY : *Cadaveric*

refusent d'être donneurs sont la cause du manque d'organes et que ce fait doit donc être pris en compte au moment de l'allocation des ressources. Le modèle basé sur la motivation permet différents degrés de prise en compte : priorité absolue aux donneurs potentiels ou prise en compte dans l'attribution de points.

Ces modèles impliquent que chaque personne doit prendre position au sujet du don d'organes et que sa décision soit enregistrée quelque part. Il nécessite donc la création d'un registre central ou l'inscription sur un document officiel, par exemple une carte-santé<sup>18</sup>.

#### 4 Quelques mots sur les ressources insuffisantes

Il y a beaucoup moins d'organes que de personnes nécessitant une transplantation et ce, dans le monde entier<sup>19</sup>. Le domaine illustre une vérité plus générale : les ressources ne sont pas inépuisables ; elles sont limitées. Contrairement à la problématique des ressources affectées aux coûts de la santé, du moins dans nos pays occidentaux, la quantité d'organes à disposition ne dépend pas d'un choix politique direct. La seule influence que la politique peut avoir sur la quantité d'organes à disposition est d'inciter la population à être donneur d'organes au moment du décès.

A cet égard, l'article 19 du protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine sur la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine du 24 janvier 2002 (actuellement ouvert à la signature)<sup>20</sup> préconise que les parties doivent prendre des mesures visant une augmentation du nombre d'organes disponibles. Le rapport explicatif<sup>21</sup> préconise trois types de mesures: information à la population et aux fournisseurs de soins (traité dans l'article 8), nécessité de créer un système organisant les transplantations (traité dans l'article 3) et développement de moyens destinés à communiquer son choix (traité dans l'article 17). Il n'est nulle part question dans ce Protocole d'un critère d'attribution des organes qui serait lié au choix préalable d'être donneur.

Si le volume d'organes à disposition est difficilement influençable directement sur le plan politique, les critères d'attribution des quelques organes disponibles font l'objet d'un choix. Ce choix doit toutefois se situer dans les limites des règles de notre Etat de droit et doit donc respecter les principes de la Constitution fédérale. Il s'agit avant tout de l'article 8 Cst. qui contient notamment les principes de l'égalité de traitement et de la prohibition de discriminer. Il s'agit également d'examiner l'ampleur et les limites du droit à l'autodétermination accordé par l'article 10 Cst. et de vérifier si le refus d'une transplantation d'organes peut constituer un refus de soins essentiels, tels qu'ils sont garantis par l'article 12 Cst. traitant du droit à des conditions minimales d'existence.

---

*organ donation: ethical considerations for a new approach*, Can.Med.Assoc.J. 141: 107-110, 1989; Le modèle est analysé et partiellement critiqué dans ROLF LACHMANN / NORBERT MEUTTER : *Medizinische Gerechtigkeit - Patientenauswahl in der Transplantationsmedizin*, Munich 1997, p. 232 ss.

<sup>18</sup> Voir à ce sujet GABRIELLE STEFFEN : *Introduction d'une carte-santé: réflexions juridiques*, Chêne-Bourg 2003.

<sup>19</sup> Par exemple : statistiques SwissTransplant 2002, cf. <http://www.swisstransplant.ch>;

<http://www.swisstransplant.org/>liste d'attente Eurotransplant régulièrement mise à jour, cf.

<http://www.eurotransplant.nl>.

<sup>20</sup> STE n° 186. La convention a été signée par la Suisse et le Conseil fédéral a proposé à l'Assemblée fédérale de la ratifier (cf. FF 2002 271), ce que cette dernière n'a pas encore fait. La ratification de la Convention est le prélude nécessaire à la ratification de ses protocoles additionnels.

<sup>21</sup> <http://www.conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/186.htm>.

Dans un contexte de ressources limitées, un des moyens de ne pas refuser des soins à quelqu'un est de les différer, en plaçant la personne sur une liste d'attente<sup>22</sup>. Une liste d'attente qui n'est pas simplement chronologique (ordre d'arrivée), mais dont les places attribuées sont déterminées par un certain nombre de critères, est un instrument de fixation des priorités pour l'attribution de ressources insuffisantes. En principe, la détermination d'un rang correspond à un retardement de l'accès aux soins et non à un refus de celui-ci. Par contre, en pratique, si le rang est reculé, le retardement peut être tel qu'il équivaut à un refus de soigner. Ce serait également le cas pour des personnes qui resteraient sur un rang reculé à cause d'un critère qui accorderait systématiquement la priorité à des personnes répondant à ce critère.

Ceux qui préconisent un critère d'attribution des organes en lien avec le choix préalable d'être donneur estiment tous que les modèles qu'ils proposent sont une réponse au nombre insuffisant d'organes à disposition. Ils estiment que la simple information de la population ne suffit pas et qu'il faut trouver un moyen plus efficace, en influençant directement le mécanisme de décision (choix d'être donneur ou non) à la racine, là où la volonté se forme. Ils ont donc recours à la vieille méthode de la carotte et du bâton qui récompense ou, au contraire, punit un certain comportement. Par ailleurs, ils estiment que leurs modèles sont même plus conformes au principe de justice que ceux qui font totalement abstraction des choix préalables du demandeur d'organes. A notre connaissance, il n'existe cependant aucune étude prouvant le lien entre l'introduction d'un critère du choix préalable et l'augmentation du nombre de donneurs et, par conséquent, du nombre d'organes disponibles à des fins de transplantation<sup>23</sup>.

Nous tenons à souligner ici que d'autres pistes sont actuellement suivies pour remédier à la pénurie d'organes. Au Tessin, des campagnes de sensibilisation de la population ont été mises en place et ont certainement influencé le chiffre record en Suisse du nombre de donneurs en fonction de la population (30 donneurs par million d'habitants, soit environ trois fois plus que dans le reste de la Suisse)<sup>24</sup>. A propos de l'Espagne, où le taux de donneurs est le plus élevé d'Europe (34 par million d'habitants), on vante les structures mises en place et la formation des personnes qui, en milieu hospitalier, assurent les contacts avec les familles concernées par un don d'organes. Aux Pays-Bas, le projet de modification de la loi sur le don d'organes prévoit d'engager des personnes ou des équipes chargées de la coordination en matière de transplantation et plus particulièrement du contact avec les personnes concernées dans les hôpitaux (cf. 12.2)

Ces différentes stratégies, qui respectent entièrement les droits fondamentaux des personnes en cause, visent l'amélioration des conditions-cadre permettant aux personnes de faire le choix d'être donneur ou non. Ce choix reste entièrement libre, basé sur des motifs purement altruistes et non guidé par l'espoir d'une récompense. Or, ces stratégies semblent avoir une certaine efficacité qui les rend préférables à toute mesure portant atteinte aux libertés personnelles.

---

<sup>22</sup> Hors du domaine des transplantations, un exemple particulièrement parlant est vécu au Royaume-Uni. Le délai d'attente en fonction des régions et de l'affection peut même être consulté sur Internet, cf. <http://www.nhs.uk>.

<sup>23</sup> L'étude BLANKART / KIRCHNER / THIEL se réfère juste à un sondage effectué auprès d'étudiants des universités de Zurich, Fribourg et Berlin et selon lequel une réponse positive pourrait être apportée à la question, cf. BLANKART / KIRCHNER / THIEL : *Transplantationsgesetz - Eine kritische Analyse aus rechtlicher, ökonomischer und ethischer Sicht*, Aachen 2002, p. 56 ss.

<sup>24</sup> Statistiques Swisstransplant, commentées dans PHILIPP C. NETT / GEORG STÜSSI / MARKUS WEBER / JÖRG D. SEEBACH : *Stratégies contre le manque d'organes dans la médecine de transplantation*, Forum Med Suisse n° 24 2003, p. 562.

## 5 La place de l'article 8 Cst. dans l'attribution de ressources insuffisantes

Les deux composantes de l'article 8 Cst. qui nous concernent pour cette étude sont le principe de l'égalité de traitement (al. 1) et la prohibition de discriminer (al. 2). Le premier élément vise à prohiber des différenciations ou des assimilations non justifiées, alors que le second accorde une protection spéciale à certains groupes de personnes et contient une condition supplémentaire : la distinction doit comporter un élément dépréciatif<sup>25</sup>.

S'il n'y a pas de droit justiciable à recevoir des ressources dépassant la garantie des conditions minimales d'existence (cf. 11), il y a un droit à l'égalité d'accès aux ressources mises à disposition<sup>26</sup> et ceci constitue, en quelque sorte, le principe directeur en matière d'allocation de ressources. Ce principe directeur est traduit dans l'article 119a Cst. par l'expression "*répartition équitable des organes*".

Les notions de justice, d'égalité et de répartition équitable constituent un panneau indicateur de direction, vers une notion qui veut que deux personnes soient *a priori* traitées de manière égale du fait de leur humanité. Ces concepts ne sont toutefois pas définis une fois pour toutes et dépendent souvent des convictions philosophiques, religieuses et politiques. Certains les considèrent comme des notions "données" et d'autres comme des notions à trouver. RAWLS, avec son idée de voile d'ignorance, se situe assurément dans la deuxième catégorie<sup>27</sup>. Pour lui, on s'approchera du concept de justice avec la fiction suivante : plusieurs personnes se trouvent ensemble et ont à décider d'une question touchant leur avenir ; cet avenir est placé sous le voile individuel de l'ignorance ; les personnes savent juste que certaines vivront le scénario défavorable et d'autres pas. C'est sur cette théorie que s'appuient généralement les défenseurs d'un critère relatif au choix préalable.

Le droit à l'égalité de traitement n'exclut pas toute différence de traitement, mais celle-ci doit être fondée sur des faits importants permettant de la justifier (cf. 8.1). En matière d'allocation de ressources, on parlera de critères. Le critère sert à créer un groupe avec des caractéristiques communes, à l'intérieur duquel chacun est traité de manière égale; il est un standard pertinent de comparaison.

## 6 Critères d'attribution d'organes

### 6.1 En général

#### 6.1.1 Projet de loi sur les transplantations

L'article 17 al. 1 du projet énumère de manière exhaustive les critères qui peuvent être pris en considération : urgence médicale, efficacité de la transplantation du point de vue médical, délai d'attente<sup>28</sup>. L'alinéa 2 vise à assurer l'égalité des chances pour les personnes présentant des caractéristiques physiologiques défavorables.

<sup>25</sup> Notamment BERNHARD PULVER : *L'interdiction de la discrimination*, Bâle 2003.

<sup>26</sup> En matière de soins, cf. modèle proposé dans GABRIELLE STEFFEN : *Droit aux soins et rationnement: Approche d'une définition des soins nécessaires*, Berne 2002, p. 83 ss.

<sup>27</sup> JOHN RAWLS : *A Theory of Justice*, Oxford 1972.

<sup>28</sup> L'article 24 de l'avant-projet prévoyant également un critère relatif au pronostic médical.

La disposition est apparemment claire : la question du délai mise à part, seuls des critères médicaux peuvent être pris en considération. Le Message précise d'ailleurs qu'une détresse sociale ou la position sociale de la personne ne peuvent pas être prises en considération<sup>29</sup>. En ce qui concerne l'âge, seul un élément purement médical en faveur des enfants peut être pris en considération et cet élément tombe sous le critère de l'urgence médicale. L'âge représente la première entorse au caractère purement médical des critères<sup>30</sup>. Le comportement pourrait en constituer une autre, par exemple la consommation d'alcool par une personne nécessitant une transplantation du foie<sup>31</sup>.

L'article 17 al. 1 du projet ne contient aucune évaluation de l'importance des différents critères (par opposition à la loi néerlandaise, par exemple, dans laquelle le délai d'attente a un caractère subsidiaire, cf. 13.2)<sup>32</sup>. Par contre, l'alinéa 3 donne la compétence au Conseil fédéral de déterminer l'ordre des priorités et la pondération des critères. A ce sujet, on peut noter que l'article 25 *lit.* b de l'avant-projet donnait la compétence au Conseil fédéral d'introduire d'autres critères que ceux énoncés dans l'article 24 de l'avant-projet<sup>33</sup> si cela s'avérait nécessaire au regard d'une répartition équitable des organes.

L'article 16 du projet interdit la discrimination lors de l'attribution d'organes et précise, en son alinéa 2, qu'il ne doit pas y avoir de discrimination par rapport aux étrangers. La fin de cet alinéa prévoit qu'une transplantation ne pourra être refusée à un étranger non domicilié en Suisse que si sa survie n'en dépend pas absolument.

L'article 23 de l'avant-projet prévoyait l'interdiction des discriminations en fonction de critères expressément énumérés, mais qui sont presque tous contenus dans l'article 8 al. 2 Cst. (à part le critère du comportement social, qui est distingué de la position sociale). L'article 16 du projet contient simplement le principe de l'interdiction de discriminer.

### 6.1.2 Protocole additionnel à la Convention de biomédecine

La Convention de biomédecine<sup>34</sup>, signée mais non ratifiée par la Suisse, ne traite de la transplantation qu'en rapport avec le prélèvement d'organes sur des personnes vivantes (articles 19-20). Afin de régler le domaine de la transplantation en général, un protocole additionnel relatif à la transplantation a été élaboré<sup>35</sup>.

L'article 3 du protocole, après avoir rappelé que l'égalité d'accès doit être garantie, précise que seules des listes d'attente officielles tenant compte de critères médicaux sont autorisées. Le rapport explicatif précise que la notion de critère médical doit être considérée dans un sens large. Le temps nécessaire au transport d'un organe et le délai d'attente en font par exemple partie. L'énumération exemplative du rapport ne permet toutefois pas de penser qu'un critère relatif au choix du donneur pourrait être pris en considération<sup>36</sup>.

<sup>29</sup> FF 2001 146-147; par contre un tel critère est apparemment pris en considération dans le centre de Bâle, cf. GILBERT THIEL : *Beitritt der Schweiz zu Eurotransplant: die Contra-Position*, BMS 1999; 80: n° 41, p. 2459.

<sup>30</sup> MARKUS SCHOTT : *Patientenauswahl und Organallokation*, Bâle 2001, p. 312 ss.

<sup>31</sup> MARKUS SCHOTT : *Patientenauswahl und Organallokation*, Bâle 2001, p. 334 ss.

<sup>32</sup> La possibilité d'accorder un caractère subsidiaire au délai d'attente est toutefois évoquée dans le Message, FF 2001 149.

<sup>33</sup> Urgence médicale ; compatibilité ; pronostic ; liste d'attente.

<sup>34</sup> 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, FF 2002 336.

<sup>35</sup> Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin, STE no 186.

<sup>36</sup> Rapport explicatif, no 37.

Ce protocole est actuellement ouvert à la signature et ne lie donc pas encore la Suisse. Il donne toutefois une idée de l'état actuel des réflexions en Europe.

### 6.1.3 Pratique Eurotransplant

Eurotransplant utilise un système de points pour l'allocation d'organes. Les points sont attribués aux demandeurs en fonction des critères suivants<sup>37</sup> :

- compatibilité des groupes sanguins ;
- compatibilité des tissus ;
- délai d'attente ;
- distance nécessaire pour le transport de l'organe ;
- comportement du pays receveur en matière d'échange d'organes.

Le critère du comportement du pays receveur est destiné à éviter que des pays avec peu de donneurs mais beaucoup de demandeurs ne profitent de leur affiliation à Eurotransplant. Ce critère n'est pas du tout médical et contient surtout l'idée de récompense d'un comportement, mais sur un plan collectif et pas au niveau individuel.

### 6.1.4 Pratique SwissTransplant

Le système connaît trois échelons de priorité, en ordre décroissant: première priorité (super-urgences), échelon local, échelon national<sup>38</sup>.

L'attribution par les centres de transplantation locaux se fait en fonction des critères suivants:

- compatibilité des groupes sanguins et compatibilité tissulaire ;
- compatibilité de la taille de l'organe ;
- urgence médicale ;
- subsidiairement : délai d'attente.

L'idée régionale se trouve déjà dans le premier tri (trois échelons). Elle peut être expliquée par une raison purement médicale (effets du transport sur l'organe), mais aussi par une idée de récompense : le centre qui a plus de donneurs pourra, en principe, implanter plus d'organes<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Message p. 102; CHRISTOPH CONRADS : *Eurotransplant und UNOS - Modelle der Organallokation?*, MedR 1996, p. 303; cf. aussi GILBERT THIEL : *Beitritt der Schweiz zu Eurotransplant: die Contra-Position*, BMS 1999; 80 : n° 41, p. 2458 ss.

<sup>38</sup> Message p. 94 ss.

<sup>39</sup> Dans le même ordre d'idées, au sujet des bilans des centres de transplantation, cf. GILBERT THIEL : *Beitritt der Schweiz zu Eurotransplant : die Contra-Position*, BMS 1999; 80: n° 41, p. 2460.

## 6.2 Le critère du choix de la personne en matière de don d'organes

### 6.2.1 Choix préalable et mérite

Certains auteurs classifient le critère du choix préalable dans les critères relatifs au mérite. En matière de rationnement, les critères relatifs au mérite se réfèrent surtout à l'engagement dans la société en général, par exemple engagement politique ou pour une association caritative. En l'occurrence, le critère se réfère à un engagement en étroit lien avec la question de la transplantation elle-même et avec, à la clef, une récompense également en étroit lien avec la transplantation. C'est d'ailleurs ce lien que les défenseurs d'un tel critère mettent en avant, en prétendant que la "récompense" encouragera plus de personnes à être donneurs et augmentera de ce fait le nombre d'organes disponibles. C'est en quelque sorte l'idée de rétribution qui peut constituer une des composantes de la justice<sup>40</sup> et qui peut être illustrée de manière un peu caricaturale par cette phrase de CAMUS : "Mes frères, vous êtes dans le malheur, mes frères, vous l'avez mérité"<sup>41</sup>. Ce serait alors, dans son aspect négatif, un critère de "comportement répréhensible".

Dans cette étude, nous n'examinerons pas le critère du choix préalable comme un critère général de mérite social, mais comme un critère particulier, en étroit lien avec la problématique en question.

Il nous semble important, ici, d'essayer d'énumérer les raisons pouvant amener une personne à refuser d'être donneur d'organes et de regrouper ces raisons en différentes catégories. Dans une étape suivante, ces catégories de raisons nous aideront à déterminer si le choix préalable des donneurs potentiels peut entrer en conflit avec la prohibition de discriminer. Nous avons pensé aux raisons suivantes :

- *médicales* : le cas le plus évident est l'incompatibilité attestée qui, selon les auteurs en faveur d'un critère relatif au choix, est traitée de manière spéciale (cf. 6.2.2), mais il pourrait également s'agir d'un état plus général de faiblesse physique ou psychique ;
- *religieuses* : l'appartenance à une église ou un groupe à caractère religieux interdit le don d'organes; souvent cette interdiction est couplée avec l'interdiction de recevoir un organe (par exemple témoins de Jéhovah) ; par contre, il y a également d'autres exemples : pour les juifs, c'est la définition de la mort qui peut poser problème<sup>42</sup> car certains juifs orthodoxes ne reconnaissent pas le critère de la mort cérébrale<sup>43</sup>; un auteur allemand évoque un problème relatif aux chiites qui ne pourraient donner leurs organes qu'à des musulmans<sup>44</sup> ;
- *convictions personnelles* : il peut s'agir de convictions relatives au refus de traitements de médecine de pointe, au refus de "mélanger" les organes de personnes différentes, ou à une vision de la personne comme un tout et non comme un ensemble d'organes sur

<sup>40</sup> GABRIELLE STEFFEN: *Droit aux soins et rationnement: approche d'une définition des soins nécessaires*, Berne 2002, p. 46.

<sup>41</sup> ALBERT CAMUS: *La peste*, p. 91.

<sup>42</sup> Les critères de la mort sont l'absence du mouvement, des battements du coeur et de la respiration. Une ouverture a toutefois eu lieu en faveur du critère de la mort cérébrale. Cf. ALBERT GUIGUI: Le judaïsme, in: *Les transplantations*, Strasbourg 2003, p. 205. Concernant la législation actuelle en Israël, cf. AMOS SHAPIRA: Country Report Israël, in: *Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens*, Heidelberg 2000, p. 708 ss.

<sup>43</sup> JUDY SIEGEL-ITZKOVICH: *Israel considers paying people for donating a kidney*, BMJ 326 (2003) 126.

<sup>44</sup> HERMANN C. KÜHN: *Die Motivationslösung*, Berlin 1998, p. 184; à noter que Singapour a créé deux types de cartes de donneurs: la carte ordinaire et la carte pour les musulmans, cf. <http://www.moh.gov.sg>.

lesquels il faut se précipiter dès son décès. Nous pensons toutefois que cette conviction est le plus généralement couplée avec le refus de recevoir un organe ;

- *respect du sentiment de piété des proches* : si une personne très proche exècre l'idée même du prélèvement d'organes sur un défunt, le donneur potentiel pourrait être amené, par respect pour cette personne, à refuser le don d'organes ;
- *sentiment personnel* : à la différence de la conviction personnelle, il s'agit plutôt ici d'une réaction à caractère affectif ; le donneur potentiel pourrait éprouver une répulsion à l'idée de voir sa dépouille découpée et privée de certains organes ou considérée comme un réservoir d'organes ;
- *motif plus égoïste* : "d'autres peuvent le faire, mais laissez-moi tranquille";
- *motif raciste* : les organes ne doivent être destinés qu'à des personnes d'une certaine race<sup>45</sup>.

## 6.2.2 Différents degrés

Si on admettait l'idée d'introduire le critère du choix de la personne relatif au don d'organes, il faudrait encore déterminer de quelle manière ce critère influencerait la sélection. Nous voyons quatre possibilités :

- l'organe n'est transmis qu'à une personne ayant consenti à un éventuel don d'organes (exclusion des autres) ;
- les donneurs potentiels bénéficient d'une priorité par rapport aux autres ;
- un des critères retenus est le choix relatif à un éventuel don d'organes ;
- le critère est intégré dans un système de points.

La première possibilité évoque surtout le modèle "club", dans lequel seuls des donneurs potentiels peuvent être receveurs.

La deuxième possibilité est préconisée par KÜHN et déjà appliquée à Singapour (cf. 10.4). Elle est nuancée par certains partisans du *Solidarmodell* qui préconisent deux étapes: pour les cas urgents, attribution des organes avec les critères usuels, pour les autres, prise en compte du choix préalable<sup>46</sup>.

La troisième possibilité pourrait être intégrée, le cas échéant, dans la liste des critères prévue par l'article 17 du projet. Comme elle revient à envisager une pondération avec

---

<sup>45</sup> Le problème s'est posé au Royaume-Uni, lorsqu'un employé du centre de coordination des transplantations a accepté la condition posée par un donneur de n'implanter un organe que sur un blanc. A la suite de cette affaire, le département de la santé a émis des directives interdisant toute condition couplée avec le don d'organes, comme celle de ne pas implanter les organes donnés chez un fumeur. Cf. BMJ 320 (2000) 534.

<sup>46</sup> GUNDOLF GUBERNATIS : Solidarmodell - mehr Gerechtigkeit in der Organverteilung, mehr Wahrhaftigkeit bei der Organspende - Ein Weg zu multipler Problemlösung in der Transplantationsmedizin, in : *Zur Gerechtigkeit der Organverteilung. Ein Problem der Transplantationsmedizin aus interdisziplinärer Sicht*, Stuttgart 1997, p. 33; THOMAS GUTMANN / WALTER LAND : Ethische und rechtliche Fragen der Organverteilung : Der Stand der Debatte, in : *Organtransplantation*, Würzburg 2000, p. 103.

d'autres critères, il faudrait encore distinguer de quel ordre de priorité ce critère bénéficierait par rapport à d'autres<sup>47</sup>.

La quatrième possibilité pourrait, le cas échéant, être intégrée dans un modèle du type Eurotransplant. Il faudrait alors déterminer quel nombre de points serait à comptabiliser pour ce critère.

Ces quatre catégories sont importantes pour la suite des réflexions, car le critère du choix préalable y est employé de manière différenciée. L'influence de ce critère va en effet en ordre décroissant dans les quatre possibilités que nous venons d'évoquer.

### 6.2.3 Facteurs correctifs

Les auteurs en faveur de l'introduction d'un critère relatif au choix préalable ont pris soin d'écartier d'emblée les objections les plus faciles, relatives aux personnes malades qui ne peuvent pas être donneurs et aux personnes incapables de discernement qui n'ont pas la faculté de prendre une telle décision. Le jour où une personne faisant partie d'une de ces deux catégories a besoin d'une transplantation, elle est mise sur pied d'égalité avec ceux qui ont choisi d'être donneur. De même, nous verrons plus loin (cf. 12.3) que Singapour a introduit plusieurs correctifs dans son système tenant compte du choix préalable : l'âge, l'état de santé et la religion.

## 7 Droit à l'autodétermination (art. 10 Cst.)

### 7.1 Introduction

Le droit à l'autodétermination est un élément de la liberté personnelle et découle principalement de l'article 10 al. 2 Cst.<sup>48</sup>. Un élément fondamental du droit à l'autodétermination est le droit de décider du sort de son corps. Plus généralement, l'élément "décision" est le centre même de ce droit, la concrétisation de la liberté<sup>49</sup>. Le droit de se déterminer sur le sort de son corps après la mort entre également dans le champ de protection du droit à l'autodétermination<sup>50</sup>.

Dans ce rapport, le droit à l'autodétermination sera examiné sous deux angles :

---

<sup>47</sup> Dans une certaine mesure, cette possibilité présente des ressemblances avec ce que BEAT SITTER-LIVER appelle la liste d'attente qualifiée, avec comme principale différence que cet auteur ne peut envisager la prise en compte du critère du choix préalable, avec beaucoup de réticences, que comme ultime mesure avant le hasard, cf. BEAT SITTER-LIVER : *Gerechte Organallokation – Ethisch-philosophische Überlegungen zur Verteilung knapper medizinischer Güter in der Transplantationsmedizin*, étude pour l'OFSP, Berne 15 septembre 2003, p. 68 ss, 182.

<sup>48</sup> La jurisprudence a peu à peu élargi le droit à la liberté personnelle, y incluant notamment le droit à l'autodétermination, cf. notamment ATF 90 I 36 ; 114 la 358, 115 la 246, 127 I 12.

<sup>49</sup> Nous préférons le terme « décision » à celui de "consentement" ; cf. dans ce sens, OLIVIER GUILLOD : Le droit médical: quelques (r)évolutions récentes, in : *Médecin et droit médical*, 2<sup>e</sup> édition, Chêne-Bourg 2003, p. 27; GABRIELLE STEFFEN / OLIVIER GUILLOD : Landesbericht Schweiz, in : *Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens*, Heidelberg 2000, p. 240.

<sup>50</sup> Notamment ATF 123 I 119; 98 la 522.

- le droit de décider : il s'agira de déterminer quelle est la latitude de décision, sur quoi celle-ci peut porter et quelles en sont les limites. Nous examinerons également comment le choix d'être donneur se concrétise en essayant de qualifier l'acte de donner ses organes (cf. 7.4) ;
- le droit de ne pas décider : il faudra examiner si, et dans quelles conditions, une obligation de se prononcer sur le choix personnel d'être donneur d'organes ou non est compatible avec le droit fondamental à l'autodétermination.

## 7.2 Le droit de décider, notamment le droit de déterminer le receveur

Compte tenu de la conception du droit à l'autodétermination présentée dans l'étude BLANKART / KIRCHNER / THIEL, il nous semble important de tenter de déterminer ici l'ampleur et les limites de la protection accordée par le droit à l'autodétermination et notamment de répondre aux questions suivantes :

- sur quoi porte le droit : sur l'explantation des organes, sur le but de l'explantation, par exemple transplantation ou recherche médicale ou sur les conditions de l'explantation (notamment la définition du décès) ?
- Si le droit à l'autodétermination porte également sur le but, c'est-à-dire que la destination des organes est définie, le droit à l'autodétermination protège-t-il également le choix d'une destination plus affinée, par exemple attribution de l'organe à une personne déterminée ou aux membres d'une catégorie déterminée de personnes ?
- Quelles sont les limites du droit à l'autodétermination en matière de don d'organes ?

Le droit de décider du sort de son corps, *in casu* après le décès, implique celui de décider de permettre l'explantation, mais non de l'exiger, ou en tous cas pas d'en exiger l'implantation (par exemple, si une maladie a été découverte entre temps). En pratique, le don de son corps à la science ou le don de ses organes en vue d'une transplantation sont des actes distincts. Il est donc tout à fait admis que le donneur puisse décider du but, c'est-à-dire de la destination de ses organes, c'est-à-dire de leur utilisation en médecine de transplantation ou en recherche médicale par exemple. On admet même dans le Message du Conseil fédéral qu'il les donne à un centre de transplantation déterminé<sup>51</sup>. En revanche, la détermination des conditions d'explantation, et plus particulièrement de la définition du moment du décès, est une compétence du législateur selon GUILLIOD, car elle marque la fin du statut juridique d'une personne et a des effets qui dépassent largement le domaine de la transplantation d'organes<sup>52</sup>. La définition de la mort sort dès lors du champ d'application du droit à l'autodétermination. Rappelons toutefois que BLANKART / KIRCHNER / THIEL préconisent le choix du moment du décès (cf. 3)<sup>53</sup>.

Concernant la détermination du receveur, il est intéressant de rappeler l'article 15 al. 1 du projet de loi sur les transplantations qui précise que les "dispositions qui suivent" (règles d'attribution des organes) ne sont applicables que si le donneur n'a pas désigné le receveur. Le Message<sup>54</sup> laisse entendre que la disposition est surtout applicable aux donneurs vivants,

<sup>51</sup> Message, FF 2001 96.

<sup>52</sup> Extrait du rapport cité dans le Message, FF 2001 88.

<sup>53</sup> Cette possibilité semble être donnée par la législation japonaise, cf. PATRIZIA SCHMID : *Organentnahmen an Verstorbenen: Rechtsgut und Rechtfertigung*, Bâle 2003, p. 129.

<sup>54</sup> Message concernant la loi fédérale sur les transplantations d'organes, de tissus et de cellules, FF 2001 145.

mais n'exclut pas vraiment l'application à une disposition prise par le donneur avant son décès. Apparemment, la disposition ne serait applicable qu'en cas de désignation d'une personne précise (exemple d'un homme gravement malade qui accepterait de donner après sa mort son cœur à son épouse souffrant d'insuffisance cardiaque). Le Message n'évoque en tout cas pas le modèle club, c'est-à-dire l'attribution à un groupe de personnes dont le seul point commun est d'avoir accepté d'être donneur. Il précise simplement que si la volonté du donneur était d'exclure des personnes étrangères, par exemple de race différente, cette volonté resterait sans effets<sup>55</sup>. Un tel choix serait d'ailleurs contraire à l'article 8 al. 2 Cst. (cf. 9). Nous reprendrons la question de la détermination du receveur en analysant brièvement l'acte de donner ses organes (cf. 7.4) mais pouvons d'ores et déjà dire que cette faculté entre dans le champ du droit à l'autodétermination.

En tant que droit fondamental, le droit à l'autodétermination ne peut être limité que si les conditions exhaustives de l'article 36 Cst. sont remplies : la restriction doit être fondée sur une base légale ; elle doit être justifiée par un intérêt public ou la protection des droits fondamentaux d'autrui ; elle doit être proportionnelle au but visé ; elle ne doit pas porter atteinte au noyau intangible du droit. La question qui se pose ici est donc de savoir si l'interdiction ou la restriction du choix du destinataire ou du club de destinataires potentiels du don d'organes, à l'exception des proches, satisfait aux conditions posées par l'article 36 Cst.

En premier lieu, une atteinte à un droit fondamental doit reposer sur une *base légale* et une atteinte grave nécessite une base légale formelle qui, au surplus, doit être claire et précise. Dans les domaines touchant à l'autodétermination en lien avec la santé, le Tribunal fédéral a estimé que les traitements forcés en psychiatrie constituent une atteinte grave au droit à l'autodétermination<sup>56</sup>. En revanche, il a jugé que l'élaboration d'un profil ADN dans le cadre d'une enquête pénale constitue une atteinte légère parce qu'il ne vise que l'identification d'une personne et non ses caractéristiques génétiques<sup>57</sup>. Dans l'arrêt *Himmelberger*, le Tribunal fédéral ne précise pas explicitement que le passage à un système de consentement présumé en matière de don d'organes constitue une atteinte grave au droit à l'autodétermination, mais les développements de l'arrêt au sujet de la clarté et de la précision de la base légale laissent penser que c'est bien ainsi qu'il qualifierait l'atteinte<sup>58</sup>.

Il est difficile de se prononcer d'une manière claire sur la question de savoir si l'interdiction de désigner le destinataire ou le club de destinataires du don d'organes constitue une atteinte grave ou non au droit à l'autodétermination. L'arrêt relatif au profil ADN semble indiquer que ce qui touche à l'"enveloppe" de la personne, dans le sens qu'on ne pénètre pas trop loin dans sa liberté intérieure ou dans ses caractéristiques profondes, peut être qualifié d'atteinte légère. Il nous semble qu'en ce qui concerne l'interdiction de désigner un cercle de destinataires, l'atteinte doit plutôt être qualifiée de légère. Par contre, l'interdiction de désigner nommément une personne avec laquelle on entretient une relation affective étroite a un degré d'intensité plus élevé. Cette hypothèse vise donc la désignation d'un proche, qui touche les sentiments profonds d'une personne. Nous sommes d'avis que l'interdiction de désigner une personne proche constitue une atteinte grave au droit à l'autodétermination.

En deuxième lieu, il faut qu'une atteinte soit justifiée par un *intérêt public* ou des droits fondamentaux de tiers. Dans des arrêts relatifs à la transplantation, le Tribunal fédéral a

<sup>55</sup> Dumoulin / Guillod en tirent toutefois que seule la désignation nominative du receveur est admissible, cf. JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN / OLIVIER GUILLIOD, *L'organisation administrative des transplantations en Suisse*, projet FNS n° 4046-058646.

<sup>56</sup> ATF 125 III 169, 126 I 112, 127 I 6.

<sup>57</sup> ATF 128 II 270.

<sup>58</sup> ATF 123 I 122 ss.

admis comme intérêt public : une enquête pénale avec autopsie suite à un accident de la circulation (alors qu'il y avait une déclaration de don d'organes)<sup>59</sup> de même que l'amélioration des conditions d'existence de personnes en attente de transplantation<sup>60</sup>. Concernant les droits fondamentaux de tiers, le Tribunal fédéral a admis par exemple la pesée entre droit à l'autodétermination et sentiment de piété des proches<sup>61</sup> ou les intérêts privés des personnes en attente d'une greffe<sup>62</sup>. En l'occurrence, l'amélioration des conditions d'existence de toute personne en attente de greffe constitue certainement un intérêt public. Par ailleurs, nous pensons que la préservation du caractère purement altruiste du don d'organes, sans rétribution, même sous forme d'une faveur pour la liste d'attente, constitue également un intérêt public.

Reconnaître que des mesures relèvent d'un intérêt public ne signifie pas encore qu'elles justifient une atteinte à un droit fondamental. Afin de satisfaire l'exigence de la *proportionnalité*, ces mesures doivent être appropriées, nécessaires et proportionnelles à l'objectif d'intérêt public, avec, en arrière-fond, l'idée d'un rapport raisonnable entre la mesure et l'objectif<sup>63</sup>. Pour cette question, l'arrêt *Himmelberger* donne des éléments particulièrement intéressants en matière de don d'organes: si le système du consentement explicite est le plus conforme au droit à l'autodétermination, la solution du consentement présumé avec la possibilité pour les proches de faire opposition dans un délai assez court peut être justifiée compte tenu de l'ensemble des intérêts en jeu, notamment "l'intérêt privé des personnes en attente d'une greffe, attente qui participe de l'intérêt plus général lié au droit à la vie et à l'amélioration des conditions d'existence des malades"<sup>64</sup>. Il faut en outre que l'Etat assure une information adéquate de la population concernée, afin que chacun sache les conséquences possibles du fait de ne pas prendre position expressément sur un don d'organes.

L'arrêt *Himmelberger* montre que le droit à l'autodétermination n'est pas un droit illimité et que des intérêts de santé publique et l'intérêt altruiste d'améliorer les conditions de vie d'une personne pèsent suffisamment pour justifier le système du consentement présumé. Dans le cas qui nous occupe, le critère du choix préalable influence également les conditions de vie des personnes en attente de transplantations, mais pas de toutes puisque seules certaines sont susceptibles de bénéficier du don d'organe. L'intérêt de préserver un caractère véritablement altruiste au don d'organes, intérêt qui fait partie, à notre avis, des valeurs de notre société, permet à notre avis de soutenir que l'interdiction de désigner un cercle de receveurs est appropriée, nécessaire et proportionnelle. En revanche, nous pensons qu'il faut distinguer la désignation d'un cercle de receveurs potentiels de la désignation nominative d'un proche. Dans ce dernier cas, l'objection tirée du caractère altruiste ne nous semble pas valable, de sorte que l'interdiction de désigner un proche devrait être considérée comme disproportionnée.

Le *noyau intangible* du droit à l'autodétermination protège, par analogie à celui du droit à l'intégrité psychique, l'anéantissement intentionnel de la volonté ou de la personnalité<sup>65</sup>. Ce serait le cas par exemple si une médication était donnée dans le seul but de détruire la capacité de décision de quelqu'un. Nous ne voyons pas comment les restrictions envisagées ici pourraient être considérées comme portant atteinte au noyau intangible du droit à l'autodétermination.

---

<sup>59</sup> ATF 127 I 115.

<sup>60</sup> ATF 123 I 136.

<sup>61</sup> ATF 123 I 119.

<sup>62</sup> ATF 123 I 136.

<sup>63</sup> ATF 128 I 95.

<sup>64</sup> ATF 123 I 136.

<sup>65</sup> ATF 106 Ia 281; 108 Ia 61; ZBI 1991, p. 32; 126 I 115; ATF 127 I 30; JÖRG PAUL MÜLLER : *Grundrechte in der Schweiz*, 1999, p. 13.

### 7.3 Le droit de ne pas décider

Toute décision implique une évaluation des éléments déterminants, comprenant les informations nécessaires, le processus de formation de la volonté et l'acte de décision au sens étroit. La décision « de ne pas décider », en l'occurrence du sort de son corps après le décès, entre dans ce processus et doit donc également être considérée comme un élément du droit à l'autodétermination; elle a le même poids que la décision « de décider ». La mise en place d'un système obligeant les personnes à prendre position constitue dès lors une atteinte au droit à l'autodétermination qui n'est admissible que si elle respecte les conditions de l'art. 36 Cst. exposées sous 7.2.

L'obligation de prendre position qui serait instituée par un tel système peut être considérée à notre avis comme une atteinte grave au droit à l'autodétermination, puisqu'elle prive les personnes de leur droit à ne pas décider. Un tel système implique une véritable contrainte à la décision. En ce sens, nous pensons que cette atteinte est plus grave que celle examinée sous 7.2. Une *base légale* formelle claire et précise serait donc nécessaire.

L'*intérêt public* déterminant ici est, comme dans l'arrêt *Himmelberger* (cf. 7.2), l'amélioration des conditions d'existence de personnes en attente de transplantation, en augmentant le nombre d'organes disponibles.

En ce qui concerne le respect du *principe de la proportionnalité*, nous renvoyons à ce qui a déjà été dit sous 7.2 à propos de l'arrêt *Himmelberger*, qui montre que des intérêts de santé publique et l'intérêt altruiste d'améliorer les conditions de vie d'une personne peuvent justifier une restriction au droit à l'autodétermination. Il est concevable que ces éléments pèseraient également assez lourd dans l'appréciation de la constitutionnalité d'un système obligeant les personnes à prendre position au sujet du don d'organes. Il faudrait déterminer si l'obligation fait à chacun de se décider pour ou contre un don d'organes après sa mort est une mesure appropriée, nécessaire et proportionnelle à l'objectif d'intérêt public visé, c'est-à-dire l'augmentation du nombre d'organes disponibles.

L'aptitude d'un tel système à augmenter le nombre d'organes disponible semble pour le moment douteuse puisqu'il n'existe à notre connaissance pas d'étude qui montreraient un tel lien. Si nous en jugeons d'après l'effet des registres de donneurs d'organes comme celui des Pays-Bas (cf. 12.2) ou de l'obligation de se prononcer en cas d'opposition au don d'organes comme à Singapour (cf. 12.3), la réponse serait même plutôt négative. L'effet d'une telle mesure sur le résultat escompté devrait toutefois être analysé plus en détail. En outre, la nécessité du système ne semble pas démontrée non plus dans la mesure où d'autres mesures, moins restrictive des libertés fondamentales, semblent donner d'assez bons résultats, comme par exemple les campagnes de sensibilisation menées notamment au Tessin ou l'amélioration de la formation des équipes hospitalières en contact avec les proches de personnes décédées.

En ce qui concerne le *noyau intangible*, nous renvoyons à l'opinion formulée sous 7.2.

### 7.4 L'acte de donner ses organes

Nous évoquons brièvement cette problématique parce que BLANKART / KIRCHNER / THIEL semblent attacher beaucoup d'importance au caractère privé du don d'organes. La question est toutefois complexe et soulève de nombreux problèmes juridiques épineux qui dépassent

notre mandat d'aborder les aspects constitutionnels du problème. Nous ne présenterons donc ici que quelques pistes de réflexion.

Il semble désormais admis en doctrine qu'un organe prélevé sur une personne décédée constitue une chose au sens juridique du terme<sup>66</sup>. Selon PELET, les parties *séparées* du corps humain remplissent les critères servant à la définition juridique de la chose : objet matériel, délimité, impersonnel et susceptible d'une maîtrise humaine de fait et de droit<sup>67</sup>.

Une chose peut être donnée de son vivant (donation, articles 239 ss CO) ou léguée avec effet au moment du décès (articles 484 ss CC). Les deux actes impliquent une cession de biens déterminés, à une ou plusieurs personnes, sans contre-partie. La différence entre les deux actes tient au moment de l'exécution : si c'est de son vivant, il s'agit d'une donation et si l'exécution est fixée au décès, il s'agit d'une disposition pour cause de mort. En l'occurrence, c'est ce dernier cas de figure qui nous concerne ici. En ce qui concerne la donation, la question a été examinée de manière détaillée par PELET en rapport avec le don du sang<sup>68</sup>.

La donation ou le legs implique que le destinataire soit déterminé. En matière de don d'organes, il faut donc se demander à qui sont attribués les organes : à un centre de transplantation, un centre de coordination, un club, une personne déterminée? Et si le legs est fait en faveur d'un centre de transplantation ou de coordination, il faut examiner s'il pourrait être grevé d'une condition, par exemple: implantation seulement sur une personne qui a elle-même accepté d'être donneur.

Au sens de l'article 482 CC, les dispositions pour cause de mort peuvent être grevées de charges et de conditions, mais celles-ci ne doivent être ni illicites, ni contraires aux mœurs, ni vexatoires, ni dénuées de sens. En l'occurrence, il n'existe pas à ce jour de base légale interdisant l'attribution d'un organe à une ou des personnes déterminées. Une telle clause ne peut pas non plus être qualifiée de vexatoire ou dénuée de sens. La question ne peut donc être examinée que sous l'aspect de la conformité aux mœurs.

Les mœurs au sens de l'art. 20 CO sont un standard éthique minimal, l'ensemble des valeurs reconnues comme supérieures au principe de la liberté contractuelle et plus généralement de l'autonomie de la volonté<sup>69</sup>. Actuellement, la jurisprudence a précisé la notion surtout dans le domaine sexuel, dans le domaine socio-économique (concurrence et pots-de-vin), ainsi qu'à propos de la non-équivalence de prestations contractuelles<sup>70</sup>.

Nous pensons que la prohibition de discriminer, telle qu'elle est inscrite dans l'article 8 al. 2 Cst. constitue également un standard éthique minimal, applicable également, de manière indirecte, dans le domaine des contrats ou des dispositions pour cause de mort. L'art. 35 al. 3 Cst invite du reste les autorités à réaliser les droits fondamentaux également dans les relations entre particuliers. En lien avec l'article 20 CO qui contient également une référence aux mœurs, KRAMER estime que le juge peut se référer à des valeurs déjà contenues dans le droit positif, notamment en droit public<sup>71</sup>. Nous pensons dès lors que la discrimination d'un groupe de personnes défini dans l'article 8 al. 2 Cst. ou répondant aux critères fixés par cette disposition pourrait être considérée comme contraire aux mœurs au sens du droit civil. La

<sup>66</sup> JÜRIG HELLRIGL, *Privatrechtliche Aspekte von Veräusserungsgeschäften bezüglich menschlicher Organe*, thèse, Zürich 2000, p. 27ss, 35 ; MARINETTE UMMEL / ALINE SCHMIDT / ODILE PELET / JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN / ERIC LÄSSER : *La réutilisation des tissus humains*, cahier IDS n° 10, Neuchâtel 2002, p. 21 ss.

<sup>67</sup> ODILE PELET : *Organes, tissus, cellules: loin du corps, loin de la personne?*, Berne 2002, p. 38 ss.

<sup>68</sup> ODILE PELET : *Organes, tissus, cellules: loin du corps, loin de la personne?*, Berne 2002, p. 277.

<sup>69</sup> ATF 115 II 232 ; cf. notamment OLIVIER GUILLIOD / GABRIELLE STEFFEN : Art. 19-20 CO, in : *Code des Obligations*, Bâle 2003, p. 134.

<sup>70</sup> Jurisprudence citée dans OLIVIER GUILLIOD / GABRIELLE STEFFEN : Art. 19-20 CO, in : *Code des Obligations*, Bâle 2003, p. 134.

<sup>71</sup> ERNST A. KRAMER : Art. 19-20, in : *Berner Kommentar*, Berne 1991, p. 82.

prohibition de faire commerce de ses organes ferait également partie de ce standard éthique minimal. Il en va de même selon nous du caractère altruiste en général du don d'organes (c'est-à-dire indépendant de toute forme de récompense, surtout, mais pas seulement, financière). Comme nous l'avons évoqué sous 7.2, nous pensons qu'il s'agit là d'une valeur fondamentale de notre société.

## 7.5 Conclusion intermédiaire

L'examen du droit à l'autodétermination (article 10 al. 2 Cst.) nous mène à trois conclusions intermédiaires :

- la désignation du ou des receveurs (par exemple d'un club de receveurs) relève du droit à l'autodétermination. Des restrictions au droit de désigner le(s) receveur(s) peuvent être admises, aux conditions posées par l'article 36 Cst. Interdire la désignation d'un cercle de receveurs (« clubs ») nous paraît une atteinte légère à ce droit, admissible au regard de l'art. 36 Cst. En revanche, interdire la désignation nominative d'un proche constitue selon nous une restriction plus grave du droit à l'autodétermination, qui ne satisfait pas au principe de proportionnalité ;
- l'obligation faite aux citoyens de se prononcer sur le don d'organes, par exemple par le biais d'une inscription dans un registre, constitue une atteinte grave au droit à l'autodétermination. En l'état actuel, cette atteinte ne nous semble pas répondre aux exigences de l'art. 36 Cst, spécialement du principe de proportionnalité. D'une part, il est douteux, sur la base de l'état actuel des connaissances, que cette mesure soit apte à atteindre son but de réduire la pénurie d'organes. D'autre part, la nécessité d'une telle mesure pour augmenter le nombre d'organes disponibles n'est pas démontrée, notamment en regard d'autres mesures (campagnes d'information ou de sensibilisation par exemple) ne portant pas d'atteinte aux libertés personnelles ;
- l'acte juridique de donner ses organes après son décès pourrait être entaché de nullité s'il était contraire aux mœurs. La désignation discriminatoire du receveur d'organes ainsi que le non-respect du caractère altruiste du don d'organes pourraient à notre avis être considérés comme contraires aux mœurs.

## 8 Le principe de l'égalité de traitement

### 8.1 En général

Le principe de l'égalité de traitement n'exige pas une égalité ou une égalisation absolue. Le Tribunal fédéral affirme en premier lieu que toute différence de traitement doit être fondée sur des motifs importants qui permettent de la justifier<sup>72</sup>. Pour un texte légal (égalité dans la loi), il estime que des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait, de même qu'une omission de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, sont contraires au principe de l'égalité de traitement<sup>73</sup>.

<sup>72</sup> Par exemple : ATF 124 I 297 (différenciation sur la base de l'âge pour fixer une limite à l'exercice de l'activité de notaire) ; ATF 122 I 348 (différenciation sur la base des autorisations de séjour).

<sup>73</sup> ATF 128 I 312; 124 I 299.

Il existe dès lors trois catégories de cas : premièrement, deux situations sont tellement semblables qu'un traitement identique s'impose ; deuxièmement, deux situations sont tellement différentes qu'un traitement différencié s'impose ; troisièmement, deux situations présentent à la fois ressemblances et différences, mais les unes et les autres ne sont pas suffisantes pour qu'une assimilation ou une différence de traitement s'impose<sup>74</sup>.

La compatibilité de critères de différenciation avec le principe de l'égalité de traitement est subordonnée, selon le Tribunal fédéral, à la condition centrale que ces critères reposent sur des motifs de fait sérieux (*ernsthaft sachliche Gründe*)<sup>75</sup>.

Pour l'analyse dans le cas concret, trois questions doivent donc être examinées :

- les situations comparées sont-elles objectivement différentes (motif important et raisonnable au regard de la situation de fait<sup>76</sup>) ? Autrement dit, les situations comparées sont-elles objectivement si semblables qu'une assimilation s'impose ?
- si oui, le traitement différencié (respectivement l'assimilation) est-il (elle) justifié(e) ?
- le critère de différenciation proposé repose-t-il sur des motifs de fait sérieux ?

## 8.2 Examen *ex ante* ou *ex post* ?

Pour l'examen de la première question, les opinions des auteurs d'ouvrages dans le domaine de la transplantation divergent sur la prise en compte de la situation au moment du choix d'être donneur ou non (*ex ante*) ou au moment de la demande d'organes, lorsque le besoin s'est manifesté (*ex post*) :

- BLANKART / KIRCHNER / THIEL plaident pour la première solution<sup>77</sup>. La distinction présente une certaine cohérence avec leur théorie plus générale : l'égalité *ex post* tient compte de la situation après la prise de décision des donneurs potentiels, c'est-à-dire en ne considérant que les demandeurs d'organes, indépendamment de leurs choix ; l'égalité *ex ante* est examinée lorsque les personnes ne savent pas encore si, au cours de leur vie, elles ne seront que des donneurs ou si elles risquent d'être des demandeurs d'organes. Les auteurs estiment qu'il y a deux catégories différentes de personnes à prendre en compte (les donneurs et les non-donneurs) et qu'un traitement différencié s'impose donc.
- SCHOTT estime que l'égalité *ex ante* n'est pas compatible avec le principe de l'égalité de traitement, puisqu'il s'agit d'un comportement antérieur qui ne peut être considéré comme un motif de fait sérieux justifiant une inégalité de traitement, particulièrement

<sup>74</sup> Voir notamment ETIENNE GRISEL : *Egalité*, Berne 2000, p. 54; PASCAL MAHON : Art. 8 Cst, in : JEAN-FRANÇOIS AUBERT / PASCAL MAHON : *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève 2003, p. 75-76.

<sup>75</sup> ATF 128 V 100, l'arrêt traite d'une différence de prise en charge d'une thérapie de psychomotricité par l'AI, selon l'institution dans laquelle l'enfant poursuit sa scolarité ; 117 V 182 le critère de la fréquence du besoin qui a amené à ne pas intégrer les prothèses de bras dans la liste des moyens auxiliaires de l'AVS n'est pas admissible.

<sup>76</sup> GRISEL insiste sur ce lien avec la situation de fait : "... la différence ne peut pas être quelconque; elle doit tenir à des faits qui, en vertu des principes généraux et bien établis du droit positif, peuvent être considérés comme essentiels, du point de vue précisément de la réglementation du domaine du droit dont il s'agit", cf. ETIENNE GRISEL : *Egalité*, Berne 2000, p. 55.

<sup>77</sup> BLANKART / KIRCHNER / THIEL : *Transplantationsgesetz - Eine kritische Analyse aus rechtlicher, ökonomischer und ethischer Sicht*, Aachen 2002, p 26 ss.

lorsqu'il s'agit d'égalité des chances dans des domaines aussi centraux que la vie et la santé<sup>78</sup>. Il précise encore que, dans le cas contraire, il n'y aurait pas de raison de ne pas prendre en compte d'autres comportements favorisant les transplantations (par exemple dons financiers).

- KÜHN, un auteur allemand, estime que le traitement égal des personnes qui ont consenti au prélèvement d'organes après leur décès et de celles qui ont refusé, équivaut à une assimilation injustifiée de situations de fait différentes<sup>79</sup>. Il rappelle que, sans donneurs, la question de la transplantation ne se poserait même pas. Par ailleurs, le modèle qu'il propose n'a pas pour effet l'exclusion des non-donneurs.

Les auteurs constitutionnalistes suisses que nous avons lus n'évoquent pas la distinction *ex post* ou *ex ante*<sup>80</sup> en matière d'égalité de traitement. Le Tribunal fédéral a distingué l'égalité des chances de l'égalité portant sur le résultat, notamment en matière de quotas de représentation féminine<sup>81</sup>, mais nous pensons que la question des quotas n'est pas assimilable à la question qui nous concerne ici. En effet, le quota est un moyen artificiel d'égalisation, ce qui n'est pas le cas du critère du choix préalable.

Nous n'allons pas entrer dans cette controverse, dont nous ne saisissons à vrai dire pas clairement la pertinence. Nous nous demandons même s'il ne s'agit pas d'une construction artificielle, élaborée pour soutenir un résultat prédéterminé. Nous estimons en tous les cas qu'il faut simplement examiner les questions posées sous 8.1 avec les moyens préconisés par les différents auteurs constitutionnalistes et la jurisprudence, sans distinguer la situation des personnes en fonction du temps.

### 8.3 Quelques exemples tirés de la jurisprudence et de la doctrine

Dans un arrêt relatif au financement de la moitié du nettoyage des routes mis à charge des propriétaires fonciers dans le canton de Bâle-Ville, en fonction de la valeur d'assurance des immeubles, le Tribunal fédéral a dit<sup>82</sup>: *"Die Grundeigentümer seien keine Sondergruppe, die mit der staatlichen Leistung der Strassenreinigung in eine engere Beziehung gesetzt werden könnte als der Rest der Kantonsbevölkerung"* (argument des recourants); *"Eine relevante Beziehung zwischen den Kosten der Strassenreinigung und den anstossenden Grundstücken wäre zwar denkbar, soweit es um die Beseitigung des Laubabfalles der Bäume geht. Doch wird die vorliegende Regelung diesem Aspekt insofern nicht gerecht, als die Strassenverschmutzung durch Laub von Flächen ausgeht, die nicht überbaut sind; die beanstandete Abgabe knüpft an den Gebäudeversicherungswert an, d.h. sie wächst mit der Intensität der Überbauung und ist dort am höchsten, wo keine Bäume vorhanden sind."*

Le Tribunal fédéral estime que cette réglementation n'est pas compatible avec le principe de l'égalité de traitement parce qu'il n'y a pas de motifs de fait justifiant un impôt spécial à

<sup>78</sup> MARKUS SCHOTT : *Patientenauswahl und Organallokation*, Bâle 2001, p. 352.

<sup>79</sup> HERMANN CHRISTOPH KÜHN : *Das neue deutsche Transplantationsgesetz*, MedR 1998, p. 461.

<sup>80</sup> ANDREAS AUER / GIORGIO MALINVERNI / MICHEL HOTTELIER : *Droit constitutionnel suisse volume II - Les droits fondamentaux*, Berne 2000 ; ETIENNE GRISEL : *Egalité*, Berne 2000 ; HÄFELIN / HALLER : *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 5ème éd., Zurich 2001 ; PASCAL MAHON : Art. 8 Cst, in : JEAN-FRANÇOIS AUBERT / PASCAL MAHON : *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève 2003 ; VINCENT MARTENET : *Géométrie de l'égalité*, Zurich, Bâle, Genève 2003 ; JÖRG PAUL MÜLLER : *Grundrechte in der Schweiz*, Berne 1999; RAINER J. SCHWEIZER : Art.8, in : *Die schweizerische Bundesverfassung - Kommentar*, Zurich, Bâle, Genève, Lachen 2002.

<sup>81</sup> ATF 125 I 25.

<sup>82</sup> ATF 124 I 289.

charge des propriétaires fonciers tel qu'il est proposé. Dans cet arrêt, les éléments suivants méritent d'être soulignés :

- une différence de traitement entre les propriétaires et les non-propriétaires n'est pas exclue d'emblée ;
- un impôt spécial pourrait être justifié par un lien étroit entre la situation de fait (propriétaire foncier) et le nettoyage de la rue, s'il s'avérait que les propriétaires fonciers contribuent plus au salissement des rues que le reste de la population ;
- ce lien étroit doit pouvoir être expliqué et prouvé ;
- il faut respecter le principe de la proportionnalité entre la mesure prise (frais de nettoyage à charge des propriétaires) et la situation de salissement effectif de la route par les propriétaires, comparés aux tiers<sup>83</sup>.

Dans un autre arrêt admettant des allocations familiales réduites pour personnes domiciliées à l'étranger (saisonniers), le Tribunal fédéral a retenu les éléments suivants<sup>84</sup> :

- une différence de traitement sur la base du domicile n'est pas exclue d'emblée ;
- une allocation familiale réduite pour une famille domiciliée à l'étranger peut être justifiée en relation avec le pouvoir d'achat dans ce pays ;
- en l'occurrence ce lien est expliqué et prouvé par le fait que le pouvoir d'achat au Portugal représente environ la moitié de celui en Suisse.

On ajoutera deux exemples empruntés à Jörg Paul MÜLLER<sup>85</sup> :

- le premier concerne le lien entre la mesure et la situation de fait : afin d'éviter l'intensification du smog, le législateur souhaite réduire le trafic de véhicules à moteur en introduisant une circulation journalière alternée : les jours pairs ce serait les véhicules à numéro de plaques pairs qui pourraient rouler et les jours impairs, les numéros impairs. Chaque détenteur est atteint par ces mesures de manière égale<sup>86</sup>. Par contre, une mesure selon laquelle seuls les véhicules avec des numéros de plaques moins élevés que xxx pourraient circuler défavoriserait sans motif pertinent les détenteurs d'un véhicule avec un numéro de plaque élevé ;
- le second touche à la poursuite d'un objectif "externe": un texte législatif prévoit que la rémunération des enseignants est de 60% pour un poste à mi-temps et de 100% pour un poste à plein temps, dans le but de favoriser les emplois à temps partiel. Un tel objectif externe ne peut toutefois être pertinent que s'il est lui-même légitime.

Nous citerons enfin un exemple donné par Etienne GRISEL<sup>87</sup> :

---

<sup>83</sup> Sur l'application du principe de la proportionnalité, cf. VINCENT MARTENET : *Géométrie de l'égalité*, Zurich, Bâle, Genève 2003, p. 319 ss.

<sup>84</sup> Arrêt non publié 2P.77/2000.

<sup>85</sup> JÖRG PAUL MÜLLER : *Grundrechte in der Schweiz*, Berne 1999, p. 399, 402.

<sup>86</sup> Sous réserve des personnes qui ont les moyens d'avoir deux jeux de plaques, comme nous l'a fait remarquer Pascal Mahon.

<sup>87</sup> ETIENNE GRISEL : *Egalité*, Berne 2000, p. 58, en référence à JAAC 1980, n° 24, p. 100.

Un règlement communal relatif au parage en zone bleue prévoit que les personnes habitant dans cette zone recevront une autorisation de parage illimité. Il y a donc différence entre les personnes domiciliées dans le secteur et les autres. Selon l'auteur, il faut se poser les questions suivantes : les habitants de la zone sont-ils dans une situation concrète qui se distingue essentiellement de la position des autres usagers de la route ? Les deux groupes ont-ils un statut juridique différent ? La différence est-elle compatible avec le but primordial de la réglementation litigieuse ? La distinction obéit-elle à un intérêt public ?

Il faut rappeler que l'appréciation de la différence, voire de la similarité des situations de fait n'est pas figée dans le temps, mais elle varie en fonction des époques et des idées dominantes<sup>88</sup>.

#### 8.4 Droit à l'égalité d'accès aux soins

Au delà du droit aux soins essentiels (cf. 11), il existe à notre avis un droit à l'égalité d'accès aux soins nécessaires qui est fondé sur les articles 8 Cst. (égalité de traitement) et 41 Cst. (but social visant à ce que l'approvisionnement en soins nécessaires soit garanti par les cantons et la Confédération). La combinaison entre ces deux éléments constitutionnels donne un droit à l'égalité d'accès aux soins disponibles<sup>89</sup>. La question qui doit être examinée est de savoir si un critère d'attribution des organes relatif au choix préalable du receveur potentiel d'être lui-même donneur est contraire au droit à l'égalité d'accès aux soins. Le Message relatif à l'article 119a Cst. précise que l'égalité des patients doit être garantie et que des critères objectifs devront être établis, parmi lesquels les chances de succès et l'urgence sont essentiels<sup>90</sup>.

En relation avec la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'égalité de traitement (cf. 8.3), les questions suivantes se posent :

- la situation du patient ayant besoin d'un organe qui a refusé au préalable d'être lui-même donneur d'organes est-elle objectivement différente de celle du patient ayant besoin d'un organe qui a consenti à être donneur ?
- le refus d'attribuer un organe ou le placement défavorable sur la liste d'attente peuvent-ils être justifiés ?
- le critère d'attribution des organes repose-t-il sur des motifs de fait sérieux ?

En comparant cette liste à la grille d'analyse proposée par GRISEL (cf. 8.3), il faudrait encore ajouter la question suivante :

- la distinction obéit-elle à un intérêt public ? Lequel ?

Pour la première question, en rappelant l'arrêt sur le nettoyage des rues qui n'exclut pas toute distinction entre propriétaires et non propriétaires en lien avec le salissement de la rue, il nous semble qu'une distinction entre donneurs et non donneurs est admissible. En effet, à ce stade, un lien intellectuel est fait entre le choix d'être donneur ou non et la quantité d'organes à disposition. La distinction nous semble aussi plus pertinente que celle faite dans

<sup>88</sup> Notamment ATF 124 I 299.

<sup>89</sup> GABRIELLE STEFFEN : *Droit aux soins et rationnement: approche d'une définition des soins nécessaires*, Berne 2002, p. 95.

<sup>90</sup> FF 1997 III 643.

l'exemple donné par MÜLLER en ce qui concerne les numéros de plaques d'immatriculation (en rapport avec le smog), parce qu'elle est rattachée à la situation de fait de manière plus immédiate.

La deuxième question doit être traitée en lien avec celle de l'intérêt public. Est-ce que l'accroissement du nombre d'organes disponibles (intérêt public reconnu dans l'arrêt *Himmelberger*), par son effet sur l'amélioration des conditions de vie des personnes en attente de greffe, justifie la mesure qui consiste à défavoriser les personnes qui contribuent à la pénurie en refusant le don ? Nous pensons que la réponse n'est pas négative d'emblée, mais qu'elle dépend de l'intensité de la mesure : exclusion de ceux qui ont refusé d'être donneurs, priorité ou attribution de points supplémentaires à ceux qui ont accepté d'être donneurs. Cela nécessite un examen ressemblant fortement au principe de proportionnalité<sup>91</sup>. On pourrait en outre se demander s'il ne faudrait pas aussi distinguer entre les transplantations susceptibles de sauver une vie et celles qui améliorent la santé et la qualité de vie.

Nous pensons que l'exclusion des personnes ayant refusé d'être donneurs ou la priorité absolue accordée à celles qui ont accepté de l'être ne constitueraient pas des mesures proportionnelles, spécialement lorsque la transplantation est vitale. En revanche, la prise en compte pondérée du choix préalable pourrait être envisagée.

La troisième question dépend en grande partie des autres mais nécessite, à notre avis, l'établissement d'un lien entre le critère utilisé et l'objectif poursuivi: est-ce que le fait de défavoriser les non-donneurs incitera plus de personnes à être donneurs, ce qui contribuerait à une augmentation du nombre d'organes disponibles ? Intuitivement, il semble que cela ne soit pas exclu. En même temps, cet effet éventuel d'incitation serait de toute manière fort limité puisque s'il y avait davantage de donneurs, il n'y aurait plus de pénurie d'organes et l'avantage conféré aux personnes s'étant déclarées prêtes à donner un organe disparaîtrait du même coup.

A notre connaissance, aucune étude sérieuse n'a été faite à ce sujet. L'étude menée par BLANKART / KIRCHNER / THIEL aux universités de Zurich, Fribourg et Berlin, et qui paraît apporter une réponse positive à la question, concerne seulement une frange très restreinte de la population: un échantillon d'étudiants<sup>92</sup>. Au contraire, l'exemple de Singapour montre que le système mis en place dans ce pays n'a pas eu d'effet significatif sur la liste d'attente (cf. 12.3).

## 8.5 Conclusion intermédiaire

Le principe de l'égalité de traitement (article 8 al. 1 Cst.) n'exclut à notre avis pas totalement le critère du choix préalable, mais il faudrait en prouver l'efficacité par rapport au nombre d'organes disponibles.

Nous considérons toutefois que l'exclusion des personnes ayant refusé d'être donneurs ou la priorité absolue accordée à celles qui ont accepté de l'être ne constitueraient pas des mesures acceptables. En revanche, la prise en compte pondérée du choix préalable, par exemple dans un système global d'attribution de points, pourrait être envisagée.

<sup>91</sup> Cf. notamment BERNHARD WALDMANN : *Das Diskriminierungsgebot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz*, Berne 2003, p. 72-73.

<sup>92</sup> BLANKART / KIRCHNER / THIEL : *Transplantationsgesetz - Eine kritische Analyse aus rechtlicher, ökonomischer und ethischer Sicht*, Aachen 2002, p. 56 ss.

## 9 La prohibition de discriminer

### 9.1 Contenu

Les discriminations directes ou indirectes, notamment pour cause de race, âge, sexe, mode de vie, langue, situation sociale, convictions personnelles, déficience physique, mentale ou corporelle sont expressément prohibées par l'article 8 al. 2 Cst. L'interdiction des discriminations vise à protéger les personnes appartenant à des groupes sociaux qui ont une place défavorisée dans la société<sup>93</sup> et à bannir les rapports de sujétion entre groupes de personnes. Elle ne tolère pas les jugements de valeur portés sur des personnes sur la base de caractéristiques que ces dernières n'ont pas choisies ni la stigmatisation de ces personnes qui en résulte<sup>94</sup>. Deux éléments doivent être relevés : la dimension collective (appartenance à un groupe de personnes) et le dénigrement, la mise en marge de ces personnes<sup>95</sup>.

Les causes de discrimination énumérées dans l'article 8 al. 2 Cst. n'ont pas pour effet une interdiction absolue de toute différenciation sur la base d'un de ces critères<sup>96</sup>. Selon PULVER, il s'agit plutôt de "critères suspects" qui doivent être examinés à la lumière de l'élément dépréciatif<sup>97</sup>. Pour MÜLLER, il y a une présomption d'atteinte à la prohibition de discriminer, dès qu'il y a traitement spécial pour les groupes de personnes concernés par l'article 8 al. 2 Cst., si le groupe peut être identifié en tant que tel et que son dénigrement est évident<sup>98</sup>. Le Tribunal fédéral met l'accent sur l'élément essentiel de l'identité qui ne peut pas ou que très difficilement être modifié<sup>99</sup>. La dimension collective peut être illustrée, par exemple, par le groupe des personnes séropositives.

A notre avis, les critères suspects énumérés dans l'article 8 al. 2 Cst. peuvent être classés en trois catégories<sup>100</sup> :

- *protection absolue*, ne souffrant aucune restriction : discrimination sur la base de la race ; il s'agit en quelque sorte du noyau intangible du droit<sup>101</sup> ;
- *protection très renforcée*, avec présomption d'atteinte, réfragable seulement pour des raisons très pertinentes : discrimination sur la base du sexe, de l'origine, de la langue, d'un handicap, des convictions religieuses ou politiques ;
- *égalité de traitement renforcée*, c'est-à-dire application des règles générales découlant du principe de l'égalité de traitement, mais interprétées à la lumière de la prohibition de discrimination, visant à accorder une protection renforcée aux personnes susceptibles d'être discriminées : autres groupes.

<sup>93</sup> JÖRG PAUL MÜLLER : *Grundrechte in der Schweiz*, Berne 1999, p. 414.

<sup>94</sup> ATF 106 Ib 188 ; 116 V 208 ; JÖRG PAUL MÜLLER : Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung, in : *Die neue Bundesverfassung*, Berne 2000, 106.

<sup>95</sup> BERNHARD PULVER : *L'interdiction de la discrimination*, Bâle 2003, p 134 ss. L'auteur met particulièrement l'accent sur l'effet dépréciatif de la discrimination qui est l'élément principal qui distingue la prohibition de discriminer de l'égalité de traitement, cf. p 140.

<sup>96</sup> Notamment ATF 126 II 393.

<sup>97</sup> BERNHARD PULVER : *L'interdiction de la discrimination*, Bâle 2003, p. 182 ss.

<sup>98</sup> JÖRG PAUL MÜLLER : Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung, in *Die neue Bundesverfassung*, Berne 2000, p. 113 ; voir aussi BVerfG 85, 191.

<sup>99</sup> Arrêts non publiés 2P.24/2001, c. 2b ; 2P.77/2000, c. 4a.

<sup>100</sup> GABRIELLE STEFFEN : *Droit aux soins et rationnement: approche d'une définition des soins nécessaires*, Berne 2002, p 53. Rhinow évoque également trois groupes, mais dont la composition ne recoupe pas exactement ce qui est proposé ici ; cf. RENE RHINOW : *Die Bundesverfassung 2000*, 2000, p. 144.

<sup>101</sup> La terminologie "noyau intangible" n'est toutefois pas habituelle par rapport à l'article 8 Cst.

## 9.2 But

WALDMANN propose de se concentrer plus sur le but de la disposition sur la prohibition de discriminer que sur le caractère absolu ou non de l'énumération présentée dans l'article 8 al. 2 Cst. A cet effet, il distingue quatre buts<sup>102</sup> :

- protection contre le rabaissement et la dépersonnalisation ;
- protection contre la stéréotypisation ;
- protection contre la "contrainte d'adaptation" (*Anpassungszwang*) ;
- protection contre la mise en marge de la société.

Dans cette énumération, les deuxième et troisième buts nous semblent particulièrement révélateurs de l'idée à la base de l'article 8 al. 2 Cst. : permettre la diversité des comportements et des idées. C'est le contraire d'une société qui voudrait faire entrer les individus dans un schéma précis, en laissant de côté, voire en défavorisant, ceux qui ne veulent pas y entrer. Ce point touche probablement la distinction fondamentale entre la prohibition de discriminer et la "simple" égalité de traitement.

## 9.3 Examen de l'énumération de l'article 8 al. 2 Cst.

Parmi tous les éléments énumérés dans l'article 8 al. 2 Cst., nous ne tiendrons compte que de ceux qui sont susceptibles d'être concernés par le critère du choix préalable d'être donneur d'organes.

Parmi les raisons qui peuvent conduire une personne à refuser d'être donneur d'organes, les trois premières que nous avons mentionnées (raisons médicales, religieuses et tenant aux convictions personnelles, cf. 6.2.1) pourraient entrer en conflit avec deux éléments de la prohibition de discriminer (discrimination indirecte) : les convictions religieuses ou philosophiques et la déficience corporelle, physique ou psychique. Selon la classification que nous avons proposée sous 9.1, les trois éléments entrent dans la catégorie "protection très renforcée", c'est-à-dire avec une présomption d'atteinte, réfragable seulement pour des raisons très pertinentes. Il s'agirait ici d'un risque de discrimination indirecte, puisque la disposition ne défavorise pas explicitement, mais seulement par ses effets, les personnes professant une certaine religion ou une certaine vision du monde ou les personnes souffrant d'un handicap<sup>103</sup>. La question que l'on doit se poser est dès lors :

*Y a-t-il des raisons très pertinentes de ne pas accorder des organes à certaines personnes ou de les défavoriser sur la liste d'attente à cause d'un choix effectué en fonction de leur constitution physique ou psychique ou de leurs convictions religieuses ou philosophiques ?*

L'article 8 al. 2 Cst. protège les personnes souffrant de déficiences physiques ou psychiques. Donner une définition générale de la déficience physique ou psychique semble moins approprié<sup>104</sup> que la mise en évidence de certains éléments caractéristiques. Selon PULVER, le

<sup>102</sup> BERNHARD WALDMANN : *Das Diskriminierungsgebot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz*, Berne 2003, p. 260 ss.

<sup>103</sup> Cette distinction est bien explicitée, notamment dans l'arrêt non publié du Tribunal fédéral 2P. 24/2001, c. 2d. Il faut alors que les personnes appartenant à un groupe spécialement protégé par l'article 8 al. 2 Cst, en l'occurrence une personne invalide, soient touchées plus sévèrement par une mesure que d'autres personnes, en l'occurrence les personnes qui mettent fin volontairement aux rapports de service.

<sup>104</sup> ADRIANO PREVITALI : Contre une définition législative rigide du handicap, in : *Eingliederung vor Rente – Eingliederung in der Sackgasse?*, Berne 1998, p. 109 ss.

critère de gravité n'est pas déterminant pour admettre qu'il y a déficience. Par contre, il faut une certaine durée : une maladie passagère n'est pas couverte par l'article 8 al. 2 Cst.<sup>105</sup>. Selon MÜLLER, le facteur déterminant est le danger de stigmatisation et de marginalisation à cause d'une "anormalité" physique ou psychique<sup>106</sup>. WALDMANN pense qu'il faut une certaine intensité de l'atteinte, mais insiste sur les effets de la déficience: limites dans la vie sociale ou pour les éléments matériels de vie par exemple<sup>107</sup>. Cet auteur donne également des exemples pratiques qui pourraient prêter à discussion: les personnes obèses, les gauchers. Dans un arrêt relatif au non-renouvellement d'une autorisation de séjour pour une personne devenue invalide, le Tribunal fédéral a estimé que la définition du but du séjour lié à l'exercice d'une activité lucrative ne désavantage pas plus les personnes invalides que d'autres groupes de personnes et que, par conséquent, il n'y avait pas de discrimination au sens de l'article 8 al. 2 Cst<sup>108</sup>.

En ce qui concerne les convictions religieuses, philosophiques ou politiques, PULVER précise que l'article 8 al. 2 Cst. ne protège que les convictions fermes, d'une certaine durée, qu'une personne a du monde ou de la société. A ce titre, ces convictions sont étroitement liées à la personnalité<sup>109</sup>. La question doit être considérée en lien avec le droit fondamental à la liberté de conscience et de croyance protégé par l'article 15 Cst. (cf. 10), notamment dans l'obligation de neutralité confessionnelle adressée à l'Etat<sup>110</sup>. Il faut toutefois relever que le champ de protection de l'article 8 al. 2 Cst. est plus large que celui de l'article 15 Cst., notamment par rapport à la prise en compte des convictions politiques<sup>111</sup>. La protection particulière de l'article 8 al. 2 Cst. est surtout destinée aux minorités, avec en arrière-pensée le risque de stigmatisation<sup>112</sup>. Pour la question qui nous concerne, ce sont surtout certains musulmans et juifs qui seraient visés, parce que leur religion en leur permet pas d'adhérer au système de don d'organes tel qu'il serait conçu. Seraient aussi touchées les personnes ayant une vision "naturiste" de la personne et celles attachées à l'intangibilité du corps humain.

Est-ce que la contribution du comportement individuel au manque d'organes, à supposer que cela puisse être établi<sup>113</sup>, est une raison très pertinente de discriminer indirectement les personnes que nous avons mentionnées?

En ce qui concerne les personnes souffrant de déficience physique ou psychique, il ne peut pas y avoir de raison très pertinente de les défavoriser puisqu'elles sont dans l'impossibilité d'être donneur pour des raisons extérieures à leur volonté. En effet, soit leurs organes sont impropres à la transplantation car ils mettraient la vie ou la santé d'autrui en danger, soit il leur est impossible de prendre une décision libre et éclairée du fait d'une capacité de

<sup>105</sup> BERNHARD PULVER : *L'interdiction de la discrimination*, Bâle 2003, p. 299.

<sup>106</sup> JÖRG PAUL MÜLLER : *Grundrechte in der Schweiz*, Berne 1999, p. 427; dans le même sens, ANDREAS AUER / GIORGIO MALINVERNI / MICHEL HOTTELIER : *Droit constitutionnel suisse volume II - Les droits fondamentaux*, Berne 2000, p. 513.

<sup>107</sup> BERNHARD WALDMANN : *Das Diskriminierungsgebot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz*, Berne 2003, p. 711.

<sup>108</sup> ATF 126 II 377. Critiqué par CHRISTOPH METTLER / SIMON BANGERTER, dans AJP 2001, p. 588 ss.

<sup>109</sup> BERNHARD PULVER : *L'interdiction de la discrimination*, Bâle 2003, p. 283 ss.

<sup>110</sup> ETIENNE GRISEL : *Egalité*, Berne 2000, p. 81.

<sup>111</sup> BERNHARD WALDMANN : *Das Diskriminierungsgebot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz*, Berne 2003, p. 631.

<sup>112</sup> Notamment ANDREAS AUER / GIORGIO MALINVERNI / MICHEL HOTTELIER : *Droit constitutionnel suisse volume II - Les droits fondamentaux*, Berne 2000, p. 512.

<sup>113</sup> Nous rappelons qu'il n'y a pas d'étude permettant de démontrer le lien entre l'incitation au don d'organes par un critère du choix préalable et l'augmentation réelle de la quantité d'organes disponibles. Certains éléments semblent montrer que le nombre de donneurs potentiels est influencé par des facteurs d'un autre ordre, par exemple des campagnes d'information (nombre bien plus élevé de donneurs au Tessin que dans le reste de la Suisse).

discernement entravée. Une réserve dans l'application du critère du choix préalable devrait donc en tout cas être faite pour ces personnes.

En ce qui concerne les convictions religieuses, il faudrait examiner plus en détail (cette question dépasserait largement le cadre du mandat qui nous a été attribué) quelles prescriptions de quelles religions posent problème, en écartant notamment celles qui interdisent à la fois le don et la réception d'organes (par exemple les témoins de Jéhovah). Il faudrait par exemple s'assurer que les musulmans qui ne peuvent donner un organe qu'à des musulmans pourraient recevoir un organe d'un non-musulman. S'il s'avérait que certaines religions posaient vraiment des interdits liés aux conditions du don d'organes, il faudrait également émettre une réserve à l'égard des personnes ayant embrassé ces religions. Rappelons à ce titre que Singapour a exclu les musulmans du système comportant le choix préalable et que, dans le système « classique », la carte de donneur est différenciée pour les musulmans (cf. 12.3).

En ce qui concerne les convictions philosophiques que nous avons déjà évoquées, nous avons le sentiment que les personnes qui refuseraient d'être donneurs pour de tels motifs refuseraient également de recevoir un organe. D'ailleurs, le comportement vis-à-vis de la transplantation en général, donc également de la réception d'organes, représenterait probablement un indice permettant de distinguer les personnes qui sont mues par une véritable conviction profonde de celles qui sont guidées par un motif plus égoïste ou par leurs sentiments.

#### 9.4 Critères non énumérés dans l'article 8 al. 2 Cst.

Pourrait-on imaginer qu'un groupe de personnes qualifié par le simple fait de refuser le don d'organes entre dans le champ de protection de l'article 8 al. 2 Cst. ? Comme la disposition constitutionnelle l'indique, l'énumération des critères n'est pas exhaustive<sup>114</sup>. On pourrait donc imaginer un critère nouveau, satisfaisant aux conditions générales qui s'ajoutent à la différence de traitement: groupe de personnes déterminé et élément dépréciatif (stigmatisation)<sup>115</sup>. MARTENET insiste également sur le fait que l'élément déterminant doit objectivement être un aspect de l'identité d'un individu<sup>116</sup>. Les questions qui se posent donc dans le cas concret sont :

- les non-donneurs peuvent-ils être identifiés en tant que groupe, avec une certaine homogénéité ?
- le fait d'être non-donneur est-il stigmatisant, au point que ces personnes se voient dévalorisées et deviennent en quelque sorte des citoyens de seconde zone ?

<sup>114</sup> Souligné également dans le Message, FF 1997 I 145.

<sup>115</sup> JÖRG PAUL MÜLLER : Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung, in : *Die neue Bundesverfassung*, Bern 2000, p. 117: "Die Generalklausel findet abgesehen vom genannten Erfordernis der Subsidiarität Anwendung, wenn eine mehr oder weniger bestimmbare Gruppe von gesellschaftlicher Herabwürdigung bedroht ist, so dass bei jeder Sonderbehandlung nahe liegt, es gehe um eine Abwertung oder Ausgrenzung nach stereotypen Vorurteilen". WALDMANN propose la définition suivante : "... liegt also eine Diskriminierung immer dann vor, wenn Identitätsbildende und mit einem gewissen Stigmatisierungspotenzial versehene persönliche Eigenschaften, welche nur schwer abänderbar sind oder deren Veränderung unzumutbar ist, zu Unrecht entweder als unmittelbarer oder als mittelbarer Anknüpfungspunkt einer Handlung herangezogen oder aber anlässlich einer Behandlung unterdrückt werden, cf. BERNHARD WALDMANN : *Das Diskriminierungsgebot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz*, Berne 2003, p. 258.

<sup>116</sup> VINCENT MARTENET : *Géométrie de l'égalité*, Zurich, Bâle, Genève 2003, p. 463.

Une analogie pourrait être tentée avec le groupe des fumeurs, sur lequel la doctrine est apparemment partagée. STEFFEN a soutenu que les fumeurs pourraient un jour satisfaire les conditions qui viennent d'être rappelées<sup>117</sup>. A la différence de MARTENET<sup>118</sup> par exemple, elle pense que le fait d'être fumeur peut objectivement faire partie de l'identité même de la personne : que l'on songe notamment à la pipe de Maigret ou du capitaine Haddock. On peut signaler en passant qu'au Royaume-Uni, le département de la santé a précisé dans ses directives relatives aux dons d'organes que le don ne pouvait être lié à la condition que l'organe ne devait être implanté que sur des non-fumeurs<sup>119</sup>. Si nous en croyons toutefois le Tribunal fédéral, l'appartenance à l'identité d'une personne n'est pas tout à fait suffisante : il faut encore que cet élément de l'identité ne puisse pas ou que très difficilement être modifié<sup>120</sup>. En ce sens, la dépendance aux substances contenues dans les cigarettes peut rendre l'arrêt de fumer extrêmement difficile. Les fumeurs ne sont donc pas ou plus entièrement libres de leur choix. Cet élément a également été utilisé par PULVER qui distingue sur cette base la situation des couples homosexuels de celle des couples concubins hétérosexuels<sup>121</sup>, en ce qui concerne l'accès aux avantages que procure le mariage.

MARTENET cite quelques exemples qui pourraient satisfaire les conditions d'application de l'article 8 al. 2 Cst. : discrimination des personnes chauves, ou sur la base du patrimoine génétique ou de l'apparence physique d'une personne<sup>122</sup>. Dans ces deux derniers exemples, l'aspect collectif pourrait toutefois faire défaut.

Qu'en est-il maintenant des personnes qui refusent de donner leurs organes après leur mort ? Actuellement dans notre pays, un peu comme pour les fumeurs, nous pensons que les conditions ne sont pas remplies : les éléments dépréciatifs et de mise en marge de la société sont encore inexistantes ou très faibles. Il ne s'agit manifestement pas non plus d'un groupe qui aurait été discriminé par le passé. Il n'est du reste pas évident que le choix de ne pas être donneur d'organes soit un élément de l'identité personnelle dont la modification serait « *unzumutbar* », à l'exception des personnes chez qui cette attitude est dictée par des convictions religieuses ou philosophiques profondes.

Il faudrait encore se demander, en suivant la théorie de WALDMANN, si l'introduction du critère du choix préalable ne serait pas susceptible de créer à terme un nouveau groupe discriminé ou stigmatisé. Est-ce que ce critère n'aurait pas comme but de créer une nation de donneurs, dans laquelle il ne ferait plus très bon vivre pour les personnes qui refusent ? Une forme de culpabilisation insidieuse qu'on commence à observer ne serait pas un bon présage. Par exemple, le quotidien *Le Temps* a intitulé un article récent traitant des thèses de Blankart : « *Près de 80 patients sont morts par manque d'organes en 2002, un bilan qui fait honte* »<sup>123</sup>. Si nous pensons à l'exemple de Singapour, où les personnes qui refusent le don doivent s'inscrire dans un registre dans des conditions que nous n'entrevoions que très mal, nous n'excluons pas que les conditions menant à reconnaître un nouveau groupe stigmatisé puissent à l'avenir être remplies, tout spécialement si le critère du choix préalable devenait un critère absolu ou de première priorité.

<sup>117</sup> GABRIELLE STEFFEN : *Droit aux soins et rationnement: approche d'une définition des soins nécessaires*, Berne 2002, p. 288-289.

<sup>118</sup> VINCENT MARTENET : *Géométrie de l'égalité*, Zurich, Bâle, Genève 2003, p. 463.

<sup>119</sup> LINDA BEECHAM : *Donors and relatives must place no conditions on organ use*, BMJ 320 (2000) 435; *An investigation into Conditional Organ Donation - The Report of the Panel*, p. 26, sur <http://www.doh.gov.uk>.

<sup>120</sup> Arrêt non publié 2P.24/2001, c. 2b.

<sup>121</sup> BERNHARD PULVER : *L'interdiction de la discrimination*, Bâle 2003, p. 267 ss.

<sup>122</sup> VINCENT MARTENET : *Géométrie de l'égalité*, Zurich, Bâle, Genève 2003, p. 463-464.

<sup>123</sup> *Le Temps* 4 septembre 2003, p. 16.

## 9.5 Conclusion intermédiaire

Les personnes qui n'acceptent pas de donner leurs organes ne constituent pas un groupe discriminé ou dénigré dans le passé. C'est en fonction de l'authenticité et de la profondeur de leurs convictions que l'on peut déterminer si leur attitude est un élément non modifiable de leur identité et si elles bénéficient de la protection contre les discriminations.

Si le critère du choix préalable était introduit en Suisse, la prohibition de discriminer (article 8 al. 2 Cst.) impliquerait qu'une réserve soit faite en faveur des personnes qui ne peuvent être donneurs en raison de déficiences physiques ou psychiques et en faveur des adeptes de certaines religions. Une étude complémentaire devrait alors affiner les problèmes évoqués par rapport aux prescriptions qu'imposent certaines religions.

S'agissant des personnes ne voulant pas être donneur pour d'autres raisons, un système qui accorderait une priorité ou un avantage substantiel aux donneurs s'ils avaient eux-même besoin d'un organe pourrait aboutir progressivement à faire des non-donneurs un groupe stigmatisé. En ce sens, il nous paraît que seul un système dans lequel le critère du choix préalable serait subsidiaire serait compatible avec l'article 8 al. 2 Cst. Par ailleurs, il faudrait veiller à ce que l'application du critère du choix préalable n'aboutisse pas à une société où il ne ferait décidément pas bon vivre pour les personnes refusant le don d'organes (*Anpassungszwang*).

## 10 La liberté de conscience et de croyance

Le droit fondamental à la liberté de conscience et de croyance est protégé par l'article 15 Cst. Cette disposition concerne d'une part la liberté de former ses propres convictions et d'autre part le droit de les professer individuellement ou en communauté, d'appartenir à une communauté religieuse et d'agir conformément à ses convictions<sup>124</sup>. Il y a donc un aspect interne, étroitement lié au droit à l'autodétermination protégé par l'article 10 al. 2 Cst.<sup>125</sup>, et un aspect externe qui concerne la pratique publique.

L'aspect interne comporte deux éléments qui ont un point commun: il s'agit d'une conviction intérieure qui a des implications sur l'échelle de valeurs de la personne. Le premier élément est plutôt d'ordre philosophique et le deuxième se réfère à une puissance transcendante.

L'aspect externe comporte également le droit de conformer son attitude à ses convictions religieuses, notamment de porter une tenue vestimentaire correspondant à la communauté à laquelle on adhère et d'agir en fonction de ses convictions<sup>126</sup>.

Le droit fondamental à la liberté de conscience et de croyance contient d'abord un élément de protection négative: l'obligation de l'Etat d'être neutre<sup>127</sup>. Ceci implique que l'Etat n'a pas le droit de favoriser ou de défavoriser quelqu'un sur la base de motifs religieux ou de faire dépendre l'exercice de droits civiques ou politiques de l'appartenance à une confession.

<sup>124</sup> ATF 125 I 354; 123 I 296.

<sup>125</sup> L'article 10 al. 2 Cst. se conçoit comme une garantie générale et subsidiaire, cf. ATF 123 I 301.

<sup>126</sup> ATF du 18 octobre 1999, K 151/97, dans RAMA 1/2000, p. 4 (l'arrêt portait sur l'obligation d'assurance de la LAMal).

<sup>127</sup> ATF 125 I 354 (école réformée dans le canton de Fribourg); 113 la 307 (prière islamique dans une prison).

Comme d'autres droits fondamentaux, la liberté de conscience et de croyance comporte également un élément de protection positive. Selon MÜLLER, l'Etat doit veiller à ce que la religion puisse être pratiquée, particulièrement par les minorités<sup>128</sup>. Dans l'arrêt relatif aux sépultures selon le rite islamique, le Tribunal fédéral estime toutefois que ce devoir de protection positive n'est pas illimité<sup>129</sup>. La liberté de conscience et de croyance n'accorde pas un privilège qui permettrait de se situer au-delà d'une loi qui n'a pas de lien direct avec une activité religieuse<sup>130</sup>.

La liberté de conscience ne protège pas les sentiments, les simples croyances. La conviction ou la profession de foi en cause doit présenter une signification essentielle, correspondant à une vision globale du monde<sup>131</sup>. C'est pourquoi, nous avons choisi de distinguer ces éléments dans l'exposé des motifs possibles de refus présentés en rapport avec la prohibition de discriminer (cf. 9). Pour ROUILLER, la liberté de conscience ne protège pas seulement la représentation transcendante de la vie, mais aussi l'agnosticisme et toutes les autres convictions rationalistes ou matérialistes<sup>132</sup>. Le Tribunal fédéral s'est prononcé à deux reprises sur le droit de personnes en détention à recevoir un régime végétarien, mais sans déterminer si le refus d'alimentation d'origine animale est couvert par la liberté de conscience. Il a juste précisé que ces convictions sont de types éthiques et *weltanschaulich* et ne sont liées qu'indirectement à des convictions religieuses<sup>133</sup>. Ce qui nous intéresse particulièrement ici, c'est de déterminer si des courants philosophiques comportant une vision "naturiste" de l'être humain, et refusant par exemple toutes les médecines de pointe ou préconisant l'intangibilité du corps humain ou de la dépouille, pourraient entrer dans le champ de protection de l'article 15 Cst.

L'article 36 Cst. et ses conditions de limitation des droits fondamentaux est également applicable en la matière. Les obligations de citoyens sont traitées de la même manière que la notion d'intérêt public<sup>134</sup>. Dans un arrêt relatif au port du foulard islamique par une enseignante dans une école publique, le Tribunal fédéral rappelle que la neutralité confessionnelle de l'école peut être considérée comme un intérêt public<sup>135</sup>, que l'article 15 Cst. protège non seulement la recourante, mais également le droit des élèves et de leurs parents à ne pas être heurtés dans leurs propres convictions et arrive à la conclusion que l'interdiction de porter le foulard islamique satisfait le principe de la proportionnalité<sup>136</sup>. Concernant le noyau intangible, les opinions divergent, mais les auteurs sont d'accord sur un élément: contraindre quelqu'un à adopter une conviction (aspect interne) constitue une atteinte au noyau intangible du droit. Dans une affaire relative à la compatibilité du port du turban sikh avec l'obligation de porter le casque pour cyclomoteurs, le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion qu'il n'y avait pas d'atteinte à la liberté religieuse, parce que la religion sikh n'impose pas expressément le port du turban, mais interdit aux hommes de se promener avec la tête découverte<sup>137</sup>.

<sup>128</sup> JÖRG PAUL MÜLLER : *Grundrechte in der Schweiz*, Berne 1999, p. 93.

<sup>129</sup> ATF 125 I 306: en l'occurrence, le recourant ne peut pas en retirer un droit à une tombe illimité dans le temps. Cf. aussi ANDREAS AUER, L'interdiction cantonale des cimetières particuliers et des carrés confessionnels à la lumière de la Constitution fédérale, in : *Revue de droit administratif et fiscal : revue genevoise de droit public* 2003 n° 2, p. 161ss.

<sup>130</sup> ATF du 18 octobre 1999, K 151/97, dans RAMA 1/2000, p. 4.

<sup>131</sup> Pascal MAHON : Art. 8 Cst, in : JEAN-FRANÇOIS AUBERT / PASCAL MAHON : *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève 2003, p. 142.

<sup>132</sup> CLAUDE ROUILLER : *Le principe de la neutralité confessionnelle relative*, AJP 2003, p. 946.

<sup>133</sup> ATF 118 la 361 ; 118 la 79.

<sup>134</sup> ATF 119 IV 264 ; JÖRG PAUL MÜLLER : *Grundrechte in der Schweiz*, Berne 1999, p. 95.

<sup>135</sup> Déjà reconnu dans l'ATF 116 la 262.

<sup>136</sup> La Cour européenne des droits de l'homme suit cet avis, en insistant sur le fait qu'il s'agit d'enfants en bas âge (4-8 ans) et donc facilement influençables, et déclare la requête irrecevable, cf. requête n° 42393/98.

<sup>137</sup> ATF 119 IV 265, arrêt commenté dans VINCENT MARTENET : *Géométrie de l'égalité*, Zurich, Bâle, Genève 2003, p. 420 ss.

Nous pensons que le droit à la liberté de conscience et de croyance appuie ce que nous avons préconisé dans le cadre de l'article 8 al. 2 Cst. (cf. 9.3) et qu'il s'agit, le cas échéant, d'examiner plus en détail les véritables prescriptions de certaines religions. Quant aux convictions non religieuses, elles sont protégées par l'article 15 Cst. dans les limites déjà mentionnées, mais l'objection pratique soulevée sous 9.3 (refus du don souvent lié au refus de recevoir un organe) relativise probablement la question.

## 11 L'article 12 Cst. : les soins essentiels

Un refus d'organe ou une place défavorable sur une liste d'attente peuvent-ils être considérés comme un refus de soins essentiels ? Cette question est indépendante du critère d'attribution de l'organe employé et dépasse le seul cadre du critère du choix préalable.

Rappelons que s'il n'y a pas un droit illimité à accéder à tous les soins imaginables, l'accès à certains soins est néanmoins protégé par la Constitution. L'article 12 Cst. (droit à des conditions minimales d'existence) donne un droit à des soins essentiels. Il faut entendre par là les soins absolument nécessaires à la dignité humaine et donc des soins qui se situent bien en-deçà de ce qui est actuellement pris en charge par les assurances sociales, en particulier l'assurance maladie. Il est difficile de définir exactement quels sont ces soins mais, à notre avis, trois critères entrent en ligne de compte: l'existence d'un risque de dommage pour le patient ; l'urgence; les soins consistent en des actes relativement simples. Ces critères peuvent être concrétisés par les notions de soins d'urgence et de médecine générale absolument nécessaires à préserver la dignité humaine<sup>138</sup>.

Si la définition est très étroite, notamment par le troisième élément (actes relativement simples), il faut bien se rendre compte que l'article 12 Cst. est un droit fondamental offrant une protection indépendante des ressources financières à disposition. A trop vouloir l'élargir, on risquerait d'en affaiblir la nature de droit fondamental et d'en faire un simple but social, à l'image de l'article 41 Cst.

La transplantation d'organes peut-elle être considérée comme un soin essentiel au sens de l'article 12 Cst. ? Rappelons que pour cette définition, nous nous sommes volontairement écartés de la notion de survie, respectivement de traitement vital<sup>139</sup>. D'ailleurs, si le droit à la vie consacré par l'article 10 al. 1 Cst. a bien pour corollaire une obligation pour l'Etat de prendre des mesures générales pour protéger la vie (*positive Schutzpflicht*), il ne donne pas un droit subjectif à des mesures déterminées, respectivement un traitement médical déterminé<sup>140</sup>. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme va également dans ce sens, en n'accordant pas une protection positive sans limites dans le domaine de la santé<sup>141</sup>.

<sup>138</sup> Plus de détails dans GABRIELLE STEFFEN : *Droit aux soins et rationnement: approche d'une définition des soins nécessaires*, Berne 2002, p. 80 ss.

<sup>139</sup> LACHMANN / MEUTTER différencient entre les transplantations destinées à sauver la vie et celles destinées à améliorer la qualité de vie et rejettent l'application du *Solidarmodell* pour la première catégorie; cf. ROLF LACHMANN / NORBERT MEUTTER : *Medizinische Gerechtigkeit - Patientenauswahl in der Transplantationsmedizin*, Munich 1997, p. 236.

<sup>140</sup> GABRIELLE STEFFEN : *Droit aux soins et rationnement: approche d'une définition des soins nécessaires*, Berne 2002, p. 38-39, avec référence à un arrêt du *Bundesverfassungsgericht* du 5 mars 1997 traitant de cette question, cf. *Medizinrecht* 1997, p. 318-319.

<sup>141</sup> Décision *Powell c. Royaume-Uni*, Requête n° 45305/99, décision du 4 mai 2000.

Au risque de choquer, si nous nous en tenons strictement aux critères rappelés ci-dessus, la transplantation d'organes n'entre pas dans la catégorie des soins essentiels, telle que nous avons essayé de la définir, bénéficiant d'une protection absolue et ce, même si la vie du patient est souvent en jeu. L'article 12 Cst. constitue un droit justiciable, indépendant des ressources à disposition et ne peut dès lors constituer qu'un droit absolument minimal. Par contre, les soins autres que les soins essentiels bénéficient de la protection découlant de la combinaison de l'article 8 Cst et du but social formulé dans l'article 41 Cst. : le droit à l'égalité d'accès aux soins nécessaires.

D'ailleurs, indépendamment de la qualification de médecine de pointe ou non, d'acte relativement simple ou non, et des conséquences financières, il ne peut matériellement pas y avoir de droit justiciable à la transplantation qui serait indépendant des ressources à disposition (*in casu*, des organes à disposition).

SCHOTT ne prend pas clairement position au sujet de la protection de l'article 12 Cst. en matière de transplantations, mais il rappelle plus généralement que ce droit empêche que la personne doive subir sa maladie d'une manière contraire à la dignité humaine<sup>142</sup>.

Concernant un requérant d'asile menacé d'expulsion, mais atteint de SIDA et recevant une trithérapie en Suisse, le Tribunal fédéral a admis que si le renvoi pouvait avoir de graves conséquences pour la santé du requérant, voire pour sa vie, ce dernier pouvait être exempté des mesures de limitation. Par contre, le seul fait d'obtenir des prestations meilleures en Suisse que dans son pays d'origine ne suffirait pas<sup>143</sup>. A notre avis, cet arrêt n'introduit pas un véritable droit justiciable aux soins qui irait au-delà des soins essentiels. Il n'entraîne pas un droit justiciable à recevoir des soins particuliers en Suisse, mais simplement de rester provisoirement dans ce pays, ce qui lui permet ensuite d'obtenir des soins.

Puisque, selon notre raisonnement, les transplantations n'entrent pas dans le champ de protection absolue du droit aux soins essentiels découlant de l'article 12 Cst., la question qui nous préoccupe ici doit être essentiellement examinée à la lumière de l'article 8 Cst., c'est-à-dire de l'égalité d'accès aux soins<sup>144</sup>, comme nous l'avons déjà fait (cf. 8.4).

## 12 Pratique dans deux autres pays

### 12.1 Choix

Une étude comparative des grands systèmes de transplantation existant dans le monde dépasserait largement le cadre de notre mandat. C'est pourquoi nous avons choisi de nous concentrer sur deux pays qui nous semblent particulièrement intéressants pour les raisons suivantes :

- les Pays-Bas, parce qu'ils ont fait de premières expériences avec un registre central des donneurs (la création d'un tel registre serait nécessaire pour l'introduction du modèle basé sur la motivation) et tirent en ce moment les leçons de ces expériences ;
- Singapour, parce que la législation de ce pays contient déjà le critère du choix préalable.

<sup>142</sup> MARKUS SCHOTT : *Patientenauswahl und Organallokation*, Bâle 2001, p 119.

<sup>143</sup> ATF 128 II 210.

<sup>144</sup> Voir aussi ROLF SCHÖNING : *Rechtliche Aspekte der Organtransplantation*, Zurich 1996, p. 262.

## 12.2 Pays-Bas

La loi sur le don d'organes est entrée en vigueur en 1996<sup>145</sup>. La principale innovation qui nous intéresse ici consiste en la création de formulaires d'enregistrement du choix relatif au don d'organes. Le formulaire est envoyé de manière systématique à toutes les personnes ayant atteint 18 ans. Ce choix est ensuite enregistré dans un registre des donneurs qui peut être consulté vingt-quatre heures sur vingt-quatre par un médecin (article 10 de la loi). Par ailleurs, c'est le système du consentement élargi qui a été choisi, c'est-à-dire avec la possibilité, en l'absence de choix du donneur lui-même, que les proches prennent la décision. On notera encore que les mineurs capables d'estimer leurs intérêts de manière raisonnable peuvent consentir au don d'organes dès l'âge de 12 ans (article 9 al. 1 de la loi).

En 1998, les formulaires ont commencé à être envoyés de manière systématique. Au cours de cette même année, seuls 37% des personnes ont répondu. Parmi ces réponses, 54% étaient positives, 34% négatives et 12% des personnes laissaient le soin de prendre la décision à leurs proches. Depuis, le score des réponses positives n'a jamais dépassé la moitié.

Le ministère responsable constate que la loi n'a pas conduit à une augmentation significative du nombre des donneurs et que les listes d'attente sont semblables à celles des années précédentes<sup>146</sup>. Les mesures prises ou imminentes sont l'information à la population, la création de postes de fonctionnaires du don d'organes dans les hôpitaux, la modification de la loi afin d'éviter que des donneurs potentiels restent non repérés, ainsi que des expertises relatives au mode de consentement. Il n'est pas question d'introduire un critère du choix préalable. Un rapport intermédiaire d'évaluation de la loi vient d'être présenté au parlement<sup>147</sup>.

Concernant les critères d'attribution des organes, rappelons que les Pays-Bas sont reliés à Eurotransplant. L'article 18 al. 3 de la loi précise qu'aucun autre critère ne peut être pris en considération que celui de la compatibilité du sang et des tissus, de l'urgence médicale, d'autres circonstances liées à l'état de l'organe (transport) et, en dernier ressort, mais seulement si les autres critères n'ont pas donné de résultat satisfaisant, le délai d'attente.

## 12.3 Singapour

Ce pays a introduit depuis 1987 le critère du choix préalable en matière de don d'organes dans la loi sur la transplantation qui règle la transplantation de reins prélevés sur des personnes décédées accidentellement<sup>148</sup>. Ce pays a choisi d'accorder une priorité aux personnes n'ayant pas refusé, en s'inscrivant dans un registre public, d'être donneurs:

*Section 12 (1) sub a: "In the selection of a proposed recipient of any organ removed, a person who has not registered any objection.... shall have priority over a person who has registered any objection".*

<sup>145</sup> Wet van 24 mei 1996, houdende regelen omtrent het ter beschikking stellen van organen (Wet op de orgaandonatie), Staatsblad 1996 370.

<sup>146</sup> Information du ministère de la santé, du bien-être et du sport (VWS) du 27 juin 2003, peut être consulté sur <http://www.minvws.nl>.

<sup>147</sup> Evaluatie orgaandonatie, Tweede kamer, vergaderjaar 2002-2003, 28 140, nr. 12; Interim-rapportage tweede evaluatie Wet op de orgaandonatie, juin 2003.

<sup>148</sup> Human Organ Transplant Act 1987, sur <http://www.lawtown.gov.sg>.

Le refus d'être donneur n'est pas définitif et peut-être retiré. Par contre, afin d'éviter que la personne en attente de transplantation ne retire vite son refus, un délai de carence de deux ans est prévu<sup>149</sup>.

La loi n'est pas applicable notamment aux personnes de moins de 21 ans, aux personnes de plus de 60 ans, aux personnes souffrant d'un handicap mental et aux musulmans. La religion de ces derniers ne permet pas un système de consentement présumé. Ces personnes ne sont toutefois pas exclues du don d'organes, mais tombent sous le régime d'une autre loi qui règle la transplantation de tous les dons d'organes, pas seulement en cas de mort accidentelle, et nécessite le consentement explicite<sup>150</sup>.

Concernant l'analyse des effets de la loi sur la transplantation, il faut mentionner deux éléments :

- un nombre relativement petit d'oppositions a été enregistré; il est toutefois difficile de distinguer l'aspect "motivation" de l'aspect "paresse" lié au système d'opposition<sup>151</sup> ;
- la liste d'attente continue de croître, même en matière de transplantation rénale qui bénéficie de la loi prévoyant le consentement présumé de toute personne non inscrite dans le registre des oppositions, avec priorité donnée aux personnes n'ayant pas formulé d'opposition<sup>152</sup>.

Le département de la santé a proposé récemment d'élargir le champ d'application de la loi sur la transplantation à d'autres organes et de ne pas en limiter l'application aux seuls cas de décès accidentels.

### **13 Appréciation des auteurs dans la doctrine juridique suisse**

Les questions qui se posent par rapport au critère du choix préalable n'ont été évoquées en droit suisse qu'à partir de la deuxième moitié des années nonante. Ceci explique pourquoi peu d'auteurs ont pris position à ce sujet jusqu'à présent.

SCHOTT estime qu'un critère relatif au choix de la personne en matière de don d'organes n'est pas compatible avec la Constitution fédérale<sup>153</sup>. En ce qui concerne l'égalité de traitement, il pense qu'une différenciation faite par rapport au choix d'être donneur ou non n'est pas admissible, puisqu'il s'agit d'un comportement antérieur qui ne peut être considéré comme un motif de fait sérieux justifiant une inégalité de traitement, particulièrement lorsqu'il s'agit d'égalité des chances dans des domaines aussi centraux que la vie et la santé. Il rejette l'argument selon lequel le critère est en lien étroit avec l'objet même (la transplantation), en avançant qu'il faudrait alors favoriser également d'autres personnes qui contribuent à la bonne marche du système, par exemple par un don financier. L'auteur estime en outre qu'un tel critère n'est compatible ni avec l'article 12 Cst., ni avec l'article 7 Cst. parce qu'il repose sur une idée de mérite social incompatible avec la dignité humaine. Finalement, SCHOTT pense que le noyau intangible des droits à l'autodétermination et à la

<sup>149</sup> Plus de détails au sujet de ce système dans HERMANN C. KÜHN : *Die Motivationslösung*, Berlin 1998, p. 55 ss.

<sup>150</sup> Medical (Therapy, Education and Research) Act 1972, sur <http://lawtown.sg>.

<sup>151</sup> HERMANN C. KÜHN : *Die Motivationslösung*, Berlin 1998, p. 191.

<sup>152</sup> MINISTRY OF HEALTH : *Proposed Amendments to the Human Organ Transplant Act*, 2003, p. 5.

<sup>153</sup> MARKUS SCHOTT : *Patientenauswahl und Organallokation*, Bâle 2001, p. 351 ss.

liberté de croyance serait atteint<sup>154</sup>. Plus généralement, citant un auteur de droit pénal, il estime qu'une loi basée sur l'échange serait en quelque sorte l'équivalent de la réintroduction de la loi du talion.

SCHÖNING ne se prononce que sur le modèle-club proposé par Kliemt et estime qu'un tel critère est contraire au principe de justice<sup>155</sup>.

DUMOULIN / GUILLOD écrivent, en se basant sur SCHOTT, qu'un tel critère est contraire à la Constitution fédérale et notamment au principe de l'égalité de traitement, à la dignité humaine, à la liberté personnelle et à la liberté de conscience et de croyance, sans toutefois développer l'argumentation<sup>156</sup>.

---

<sup>154</sup> Il s'appuie sur THOMAS GUTMANN / WALTER LAND : *Ethische und rechtliche Fragen der Organverteilung: Stand der Debatte*, in : *Praxis der Nierentransplantation*, Lengerich/Berlin 1997 (voir aussi THOMAS GUTMANN / WALTER LAND : *Ethische und rechtliche Fragen der Organverteilung : Der Stand der Debatte*, in : *Organtransplantation*, Würzburg 2000, p. 102 ss.) ; ROLF LACHMANN / NORBERT MEUTER : *Medizinische Gerechtigkeit: Patientenauswahl in der Transplantationsmedizin*, München 1997.

<sup>155</sup> ROLF SCHÖNING : *Rechtliche Aspekte der Organtransplantation*, Zurich 1996, p. 269.

<sup>156</sup> JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN / OLIVIER GUILLOD, *L'organisation administrative des transplantations en Suisse*, projet FNS n° 4046-058646 (à paraître).

## 14 Conclusions

A l'issue de cet examen des diverses problématiques de droit constitutionnel soulevées par l'introduction éventuelle d'un critère d'attribution des organes fondé sur le choix préalable d'être donneur, nous parvenons à des conclusions nuancées qui ne sauraient être prises comme des réponses définitives aux questions posées. En effet, très peu d'auteurs se sont pour le moment prononcés spécifiquement sur ces questions et les écrits doctrinaux sur les libertés personnelles, notamment sur l'article 8 al. 2 Cst., révèlent certaines divergences de vues. La pesée des différents éléments à prendre en considération dans cette problématique est très délicate et est susceptible de varier d'un juriste à l'autre, de même que dans le temps. Elle dépend largement aussi du poids qui serait en définitive donné au critère du choix préalable.

Nos principales conclusions sont les suivantes :

1. La désignation du receveur ou des receveurs (par exemple d'un club de receveurs) relève du droit à l'autodétermination (article 10 al. 2 Cst.). Des restrictions au droit de désigner le(s) receveur(s) peuvent être admises, aux conditions posées par l'article 36 Cst. Interdire la désignation d'un cercle de receveurs (« clubs ») constitue une atteinte légère à ce droit, admissible au regard de l'art. 36 Cst. En revanche, interdire la désignation nominative d'un proche comme receveur constitue une restriction grave du droit à l'autodétermination, qui ne satisfait pas au principe de proportionnalité.
2. L'obligation faite aux citoyens de se prononcer sur le don d'organes, par exemple en s'inscrivant dans un registre, constitue une atteinte grave au droit à l'autodétermination (article 10 al. 2 Cst.). En l'état actuel, cette atteinte ne répondrait pas aux exigences de l'art. 36 Cst., spécialement du principe de proportionnalité. D'une part, il est douteux, sur la base de l'état actuel des connaissances, que cette mesure soit apte à atteindre son but de réduire la pénurie d'organes. D'autre part, la nécessité d'une telle mesure pour augmenter le nombre d'organes disponibles n'est pas démontrée, notamment en regard d'autres mesures (campagnes d'information ou de sensibilisation par exemple) ne portant pas d'atteinte aux libertés personnelles.
3. L'acte juridique de donner ses organes après son décès est entaché de nullité s'il est contraire aux mœurs. La désignation discriminatoire du receveur d'organes devrait être considérée comme contraire aux mœurs. Il pourrait en aller de même du non-respect du caractère altruiste du don d'organes.
4. Le principe de l'égalité de traitement (article 8 al. 1 Cst.) n'exclut pas totalement le critère du choix préalable, à condition d'en démontrer l'efficacité par rapport au nombre d'organes disponibles. Vu les doutes à ce sujet, l'exclusion des personnes ayant refusé d'être donneurs ou la priorité absolue accordée à celles qui ont accepté de l'être ne constitueraient pas des mesures acceptables. En revanche, la prise en compte pondérée du choix préalable, par exemple dans un système global d'attribution de points, serait envisageable au regard de l'article 8 al. 1 Cst.
5. Le critère du choix préalable doit être examiné avec une attention particulière du point de vue de l'interdiction des discriminations (article 8 al. 2 Cst.). Les personnes qui n'acceptent pas de donner leurs organes ne constituent pas un groupe discriminé ou dénigré dans le passé. C'est en fonction de l'authenticité et de la profondeur de

leurs convictions que l'on peut déterminer si leur attitude est un élément non modifiable de leur identité et si elles bénéficient de la protection contre les discriminations.

6. Si le critère du choix préalable était introduit en Suisse, la prohibition de discriminer (article 8 al. 2 Cst.) imposerait qu'une réserve soit faite en faveur des personnes qui ne peuvent être donneurs en raison de déficiences physiques ou psychiques et en faveur des adeptes de certaines religions qui interdisent ou restreignent le don d'organes.
7. S'agissant des personnes ne voulant pas être donneur pour d'autres raisons, un système qui accorderait une priorité ou un avantage substantiel aux donneurs s'ils avaient eux-même besoin d'un organe pourrait aboutir progressivement à faire des non-donneurs un groupe stigmatisé. En ce sens, seul un système qui accorderait au critère du choix préalable un rôle subsidiaire serait compatible avec l'article 8 al. 2 Cst. Par ailleurs, il faudrait veiller à ce que l'application du critère du choix préalable n'aboutisse pas à une société où il ne ferait pas bon vivre pour les personnes refusant le don d'organes (*Anpassungszwang*).
8. Le droit à la liberté de conscience et de croyance (article 15 Cst.) appuie les conclusions déduites de l'examen de l'article 8 al. 2 Cst. Il faudrait encore examiner plus en détail les véritables prescriptions de certaines religions quant aux transplantations d'organes.
9. Les transplantations d'organes n'entrent pas dans le champ de protection absolue du droit aux soins essentiels découlant de l'article 12 Cst. C'est pourquoi l'admissibilité du critère du choix préalable doit être essentiellement examinée à la lumière de l'article 8 Cst. (égalité d'accès aux soins).
10. Pour être compatible avec les droits constitutionnels et notamment afin de respecter le principe de la proportionnalité, l'efficacité du critère du choix préalable devrait être établie. Par efficacité, nous entendons son effet sur l'accroissement du nombre de donneurs et, par conséquent, sur l'accroissement du nombre d'organes disponibles. Cet effet n'est pour le moment pas démontré. Il faudrait également examiner s'il n'existe pas d'autres mesures moins restrictives des libertés individuelles qui permettraient d'atteindre le même objectif, avec la même efficacité. A ce titre, il serait intéressant de savoir ce qui a conduit au nombre plus élevé de donneurs dans le canton du Tessin et dans certains pays comme l'Espagne, sans utiliser le critère du choix préalable.
11. En résumé, si son efficacité était prouvée, le critère du choix préalable ne serait pas exclu d'emblée du point de vue constitutionnel, mais sa prise en compte devrait être pondérée avec d'autres critères. L'exclusion des personnes refusant d'être donneur, la priorité absolue accordée à celles qui ont accepté de l'être et le modèle "club" ne seraient pas compatibles avec les principes constitutionnels.

1	Introduction .....	2
<b>1.1</b>	Rappel du mandat.....	2
<b>1.2</b>	Plan du présent rapport .....	3
2	L'article 119a Cst. ....	3
3	Résumé des propositions, en particulier de Blankart / Kirchner / Thiel.....	4
4	Quelques mots sur les ressources insuffisantes .....	6
5	La place de l'article 8 Cst. dans l'attribution de ressources insuffisantes .....	8
6	Critères d'attribution d'organes .....	8
<b>6.1</b>	En général.....	8
6.1.1	Projet de loi sur les transplantations .....	8
6.1.2	Protocole additionnel à la Convention de biomédecine .....	9
6.1.3	Pratique Eurotransplant .....	10
6.1.4	Pratique SwissTransplant .....	10
<b>6.2</b>	Le critère du choix de la personne en matière de don d'organes .....	11
6.2.1	Choix préalable et mérite .....	11
6.2.2	Différents degrés .....	12
6.2.3	Facteurs correctifs .....	13
7	Droit à l'autodétermination (art. 10 Cst.) .....	13
<b>7.1</b>	Introduction .....	13
<b>7.2</b>	Le droit de décider, notamment le droit de déterminer le receveur .....	14
<b>7.3</b>	Le droit de ne pas décider .....	17
<b>7.4</b>	L'acte de donner ses organes.....	17
<b>7.5</b>	Conclusion intermédiaire .....	19
8	Le principe de l'égalité de traitement .....	19
<b>8.1</b>	En général.....	19
<b>8.2</b>	Examen <i>ex ante</i> ou <i>ex post</i> ? .....	20
<b>8.3</b>	Quelques exemples tirés de la jurisprudence et de la doctrine .....	21
<b>8.4</b>	Droit à l'égalité d'accès aux soins .....	23
<b>8.5</b>	Conclusion intermédiaire .....	24
9	La prohibition de discriminer .....	25
<b>9.1</b>	Contenu .....	25
<b>9.2</b>	But.....	26
<b>9.3</b>	Examen de l'énumération de l'article 8 al. 2 Cst. ....	26
<b>9.4</b>	Critères non énumérés dans l'article 8 al. 2 Cst. ....	28
<b>9.5</b>	Conclusion intermédiaire .....	30
10	La liberté de conscience et de croyance .....	30
11	L'article 12 Cst. : les soins essentiels .....	32
12	Pratique dans deux autres pays .....	33
<b>12.1</b>	Choix .....	33
<b>12.2</b>	Pays-Bas .....	34
<b>12.3</b>	Singapour .....	34
13	Appréciation des auteurs dans la doctrine juridique suisse.....	35
14	Conclusions .....	37