

Mesures médicales préliminaires en vue d'un prélèvement d'organes

**Avis de droit sur des questions en rapport avec
la loi fédérale sur la transplantation**

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

Mélanie Mader
doctorante en droit

Mars 2010

Table des matières

1. INTRODUCTION.....	4
1.1. MANDAT	4
1.2. PLAN.....	4
2. MESURES MEDICALES PRELIMINAIRES.....	6
2.1. NOTION ET DELIMITATION	6
2.2. CONSTATATION DU DECES	7
2.3. DONNEUR POTENTIEL A CŒUR BATTANT	8
2.3.1. <i>Généralités</i>	8
2.3.2. <i>Aspects temporels</i>	8
2.3.3. <i>Nature des mesures médicales préliminaires</i>	10
2.3.4. <i>But et nécessité des mesures médicales préliminaires</i>	11
2.3.5. <i>Conséquences des mesures médicales préliminaires</i>	13
2.4. DONNEUR POTENTIEL A CŒUR NON BATTANT	13
2.4.1. <i>Généralités</i>	13
2.4.2. <i>Catégories de donneurs à cœur non battant</i>	14
2.4.3. <i>Aspects temporels</i>	15
2.4.4. <i>Nature des mesures médicales préliminaires</i>	16
2.4.5. <i>But et nécessité des mesures médicales préliminaires</i>	17
2.4.6. <i>Conséquences des mesures médicales préliminaires</i>	17
2.5. CONCLUSION	18
3. CONSENTEMENT AU PRELEVEMENT D'ORGANES SUR UNE PERSONNE DECEDEE	21
3.1. MODELE DU CONSENTEMENT AU SENS LARGE	21
3.2. INFORMATION PUBLIQUE ET PERSONNELLE	21
3.3. ÉTENDUE DU CONSENTEMENT	22
3.4. CONCLUSION	25
4. CONSENTEMENT AUX MESURES MEDICALES PRELIMINAIRES.....	26
4.1. GENERALITES	26
4.2. BASES LEGALES.....	26
4.3. CARACTERISTIQUES.....	27
4.3.1. <i>Forme du consentement</i>	27
4.3.2. <i>Contenu de l'information</i>	29
4.3.3. <i>Délai de réflexion</i>	30
4.4. DONNEUR POTENTIEL CAPABLE DE DISCERNEMENT	30
4.5. DONNEUR POTENTIEL INCAPABLE DE DISCERNEMENT	32
4.5.1. <i>Question de la représentation</i>	32
4.5.2. <i>Processus de décision</i>	33
4.5.2.1. Représentant légal	34
4.5.2.2. Directives anticipées	35
4.5.2.3. Personne de confiance.....	36
4.5.2.4. Proches	36
4.5.3. <i>Volonté présumée du donneur potentiel</i>	38
4.5.4. <i>Intérêt objectif</i>	41
4.5.4.1. Interprétation stricte.....	41
4.5.4.2. Interprétation libérale.....	44
4.5.5. <i>Questions particulières</i>	47
4.5.5.1. Absence du représentant légal ou des proches	47
4.5.5.2. Possibilité de contacter l'autorité tutélaire	49
4.5.5.3. Pertinence du consentement hypothétique	50
4.5.6. <i>Modifications apportées par la révision du Code civil</i>	51
4.5.6.1. Directives anticipées et représentant thérapeutique.....	52

4.5.6.2.	Représentation dans le domaine médical.....	54
4.5.6.3.	Nouvelles mesures et nouvelles autorités	56
4.5.7.	Conclusion	57
4.5.7.1.	En droit actuel	57
4.5.7.2.	Selon le nouveau droit de la protection de l'adulte	60
5.	AUTRES MOTIFS JUSTIFICATIFS EN FAVEUR DES MESURES MEDICALES	
	PRELIMINAIRES	62
5.1.	LOI.....	62
5.2.	INTERET PREPONDERANT	63
6.	MOMENT DE LA DEMANDE AUX PROCHES.....	66
7.	RECOMMANDATIONS DE <i>LEGE FERENDA</i>.....	71
7.1.	INFORMATION DE LA POPULATION.....	71
7.2.	ARTICLE 8 LTX	72
7.3.	ARTICLE 10 LTX	73
7.4.	LEGISLATION D'EXECUTION	74
8.	CONCLUSIONS.....	76
	ANNEXE.....	83
	BIBLIOGRAPHIE	84

1. Introduction

1.1. Mandat

L'Office fédéral de la santé publique (cité: OFSP) souhaite obtenir un certain nombre de clarifications juridiques sur des points importants concernant l'application de la Loi fédérale du 8 octobre 2004 sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules (cité: loi sur la transplantation ou LTx), entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2007.¹

Partant du document élaboré par l'OFSP et intitulé «*Rechtsgutachten zu Fragen im Zusammenhang mit der Organentnahme bei verstorbenen Personen und vorbereitenden medizinischen Massnahmen (Art. 8 und 10 Transplantationsgesetz, TxG)*», les deux auteurs ont élaboré un avis de droit sur les quatre questions suivantes:

1. Est-ce que le consentement d'une personne au don de ses organes peut être interprété comme englobant un consentement aux mesures médicales prises avant son décès pour garantir la qualité des organes à prélever?
2. Est-ce qu'un tiers (représentant légal ou autre personne habilitée) peut consentir à ces mesures médicales au nom de la personne qui ne s'est pas exprimée?
3. Est-ce que la demande aux proches, prévue à l'article 8 al. 2 et 3 de la loi sur la transplantation, ne peut intervenir qu'après la mort de la personne ou peut-elle déjà intervenir avant?
4. Quelles sont les recommandations qui en découlent dans une perspective *de lege ferenda*?

Compte tenu des importantes modifications introduites dans le Code civil² par la réforme du 19 décembre 2008 relative au droit de la protection de l'adulte,³ les questions ont été examinées à la fois sous l'angle du droit positif et du droit futur, qui entrera probablement en vigueur en 2012 ou 2013.

1.2. Plan

Le présent avis de droit sur des questions en rapport avec la loi sur la transplantation commence par définir la notion de mesures médicales préliminaires (ch. 2.1) et par rappeler les deux manières admissibles de constater le décès chez un donneur d'organes potentiel (ch. 2.2). Il expose ensuite, d'un point de vue médical, la nature, le but, la nécessité et les conséquences des mesures médicales préliminaires, tant à l'égard d'un

¹ RS 810.2, RO 2007 1935.

² Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210, RO 24 245; cité: CC).

³ FF 2009 139.

donneur potentiel à cœur battant (ch. 2.3) que d'un donneur potentiel à cœur non battant (ch. 2.4).

Sur la base de l'état de fait médical ainsi précisé, le présent avis de droit aborde alors les questions juridiques. Il expose dans un premier temps le système légal du consentement au don d'organes et approfondit la question de l'étendue du consentement (ch. 3). Il se penche ensuite en détail sur la question du consentement aux mesures médicales préliminaires prises en vue d'un prélèvement d'organes (ch. 4). À ce sujet, il évoque d'abord les bases légales applicables (ch. 4.2) et répond aux questions relatives au contenu de l'information à fournir ainsi qu'à la forme du consentement (ch. 4.3). Il analyse ensuite aussi bien la situation du donneur potentiel capable de discernement (ch. 4.4) que celle du donneur potentiel incapable de discernement (ch. 4.5). C'est dans ce contexte qu'il traite également des modifications substantielles du processus décisionnel pour une personne incapable de discernement introduites par la révision du Code civil du 19 décembre 2008. Le présent avis se consacre ensuite brièvement à la question de savoir s'il existe des motifs justificatifs autres que le consentement de la personne concernée en faveur des mesures médicales préliminaires (ch. 5).

Avant de présenter quelques recommandations *de lege ferenda* (ch. 7), l'avis de droit se penche encore sur la question du moment de la demande de consentement adressée aux proches (ch. 6). Enfin, il se termine par une série de conclusions (ch. 8).

2. Mesures médicales préliminaires

2.1. Notion et délimitation

Notion - Dans le cadre du présent avis de droit, et conformément à l'article 10 al. 1 LTx, les mesures médicales préliminaires («*vorbereitende medizinische Massnahmen*», «*provvedimenti medici preparatori*») sont définies comme des mesures médicales

- exclusivement **destinées à la préservation** des organes, des tissus ou des cellules, et qui sont
- prises **avant la constatation du décès** du donneur potentiel.

Ces mesures sont appelées également mesures médicales préparatoires. Il est parfois fait référence en outre à la notion de «conditionnement médical» du donneur potentiel en vue d'un prélèvement d'organes.⁴ La littérature anglophone parle en général de «*pre-mortem transplantation optimizing interventions*».⁵

Les directives de l'Académie suisse des sciences médicales (citée: ASSM) concernant les problèmes éthiques aux soins intensifs, du 3 juin 1999, précisent dans une certaine mesure la notion en affirmant que «*[d]ans le cas où une mort cérébrale apparaît comme inéluctable et dans l'intérêt du receveur, il est admis de mettre en œuvre un minimum de mesures destinées à préserver les organes (par ex. examens diagnostiques, administration de médicaments vaso-actifs) jusqu'à leur prélèvement définitif*».⁶

Délimitation - Il existe différentes catégories de mesures d'ordre médical qui peuvent être effectuées avant le décès du donneur potentiel. Il est important de distinguer à cet égard les mesures médicales préliminaires, dont le but consiste uniquement à **conserver les organes**, et les mesures dont le but est d'**évaluer l'aptitude au don du donneur potentiel**, c'est-à-dire les analyses sérologiques et immunologiques.

Sans décrire concrètement les mesures médicales préliminaires, l'article 10 al. 1 LTx prescrit que «*les mesures médicales qui ont pour but exclusif la conservation des organes, des tissus ou des cellules ne peuvent être prises, avant le décès du donneur, qu'avec le consentement libre et éclairé de ce dernier*». Le deuxième alinéa de l'article 10 LTx interdit en outre de prendre des mesures qui «*accélèrent la survenance du décès du patient*» ou qui «*peuvent faire tomber le donneur dans un état végétatif durable*».

En ce qui concerne en revanche les mesures relatives à l'évaluation de l'aptitude au don, l'article 30 al. 1 LTx prévoit une obligation de «*quiconque prélève ou transplante des organes*» d'examiner l'aptitude du donneur. En outre, l'article 31 al. 1 LTx oblige les mêmes personnes à s'assurer que les organes, tissus ou cellules «*ont été testés afin de détecter la présence*

⁴ DEPARTEMENT FEDERAL DE L'INTERIEUR, *Rapport explicatif sur l'avant-projet*, p. 42.

⁵ DOWNIE/RAJOTTE/SHEA, p. 458.

⁶ ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, *Soins intensifs*, p. 5 ch. 2.1.

d'agents pathogènes ou d'indices d'une telle présence». L'Ordonnance du 16 mars 2007 sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules d'origine humaine (citée: OTx)⁷ définit en détail les analyses à effectuer et impose au médecin responsable une obligation d'effectuer ces analyses (art. 23 et annexe 5 de l'OTx).⁸

2.2. Constatation du décès

Selon l'article 9 al. 1 LTx, une personne est décédée lorsque les fonctions du cerveau, y compris du tronc cérébral, ont subi un arrêt irréversible. L'article 7 OTx prévoit que le décès doit être constaté conformément à l'annexe 1, ch. 1, qui correspond aux directives médico-éthiques de l'ASSM relatives au diagnostic de la mort dans le contexte de la transplantation d'organes, dans leur version du 24 mai 2005.

Lesdites directives de l'ASSM définissent deux procédures permettant de constater l'arrêt irréversible des fonctions du cerveau:⁹ un être humain est considéré comme mort lorsqu'il est en état de défaillance complète et irréversible du cerveau et du tronc cérébral (constatation de la mort par lésion cérébrale primaire; donneur à cœur battant) ou lorsqu'il est en état d'arrêt cardiaque irréversible (constatation de la mort en cas d'arrêt cardio-circulatoire persistant; donneur à cœur non battant). Là aussi, la mort survient après la défaillance complète et irréversible du cerveau, mais cette défaillance est due à un manque d'oxygène causé par l'interruption de la circulation sanguine.

La mort cérébrale intervient dès lors suite à une lésion directe du cerveau (mort cérébrale primaire) ou suite à d'une défaillance cardio-circulatoire irréversible entraînant l'arrêt complet des fonctions cérébrales (mort cérébrale secondaire). Le prélèvement d'organes après une mort cérébrale primaire implique un diagnostic de mort étalé dans le temps, avec deux évaluations cliniques à un intervalle de six heures en général.¹⁰ D'un point de vue juridique, le moment de la mort correspond au moment de la deuxième évaluation. Le prélèvement d'organes après une mort cérébrale secondaire se déroule différemment puisque le constat de mort par arrêt cardio-circulatoire est établi après un arrêt cardiaque ininterrompu de dix minutes, sous observation médicale, avec arrêt circulatoire complet.¹¹

Comme les mesures médicales préliminaires varient selon la catégorie de donneurs concernée, il est important de distinguer entre les mesures médicales préliminaires prises chez le donneur potentiel à cœur battant et les mesures médicales préliminaires prises chez le donneur potentiel à cœur non battant.

⁷ RS 810.211; RO 2007 1961.

⁸ Le raisonnement juridique applicable aux analyses sérologiques et immunologiques sera présenté au ch. 5.1.

⁹ ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, *Diagnostic de la mort*, p. 6 ss ch. 2 et 3.

¹⁰ ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, *Diagnostic de la mort*, p. 6 s. ch. 2.

¹¹ ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, *Diagnostic de la mort*, p. 9 ch. 3.2.

2.3. Donneur potentiel à cœur battant

2.3.1. Généralités

Les donneurs à cœur battant constituent actuellement la principale source d'organes pour la médecine de transplantation en Suisse.¹² La transplantation d'organes provenant d'un donneur à cœur battant est avantageuse pour deux raisons. D'une part, tous les organes peuvent potentiellement être prélevés, et leur qualité est assurée du fait que la perfusion sanguine n'est pas interrompue jusqu'au moment du prélèvement.

La plupart des patients dans les unités de soins intensifs ne décèdent pas pendant qu'ils se trouvent sous traitement intensif.¹³ Au contraire, lorsque l'état de santé du patient devient désespéré, l'interruption des mesures thérapeutiques est décidée pour cause de mauvais pronostic. Une enquête à l'hôpital universitaire de Berne (hôpital de l'île) en 2007 a démontré par exemple que 91% des patients décèdent après l'abandon des mesures thérapeutiques.¹⁴ Chez des patients atteints d'une grave lésion cérébrale, les mesures thérapeutiques sont ainsi interrompues avant même que la mort cérébrale primaire ne soit survenue. Ces patients meurent ensuite dans des délais assez brefs (qui se comptent en heures ou éventuellement en jours).¹⁵

Tout patient dont le pronostic cérébral est sans espoir constitue un donneur potentiel d'organes. Il faut noter toutefois que la destruction cérébrale supprime la commande centrale de la respiration,¹⁶ ainsi que la régulation de l'homéostasie (c'est-à-dire l'équilibre de fonctionnement) circulatoire, thermique et endocrinienne.¹⁷ Pour qu'un tel donneur potentiel puisse devenir un donneur effectif, des «*mesures médicales préliminaires et [des] examens de laboratoire sont nécessaires, et cela, avant même la survenue, voire la confirmation de la mort cérébrale*». ¹⁸ Par exemple, comme ces patients ne présentent plus de respiration spontanée, l'activité cardiaque et la circulation sanguine ne continuent de fonctionner que pour autant que l'oxygénation soit assurée de manière artificielle. De façon générale, les mesures médicales préliminaires visent ainsi à compenser les fonctions du corps perdues suite à une lésion cérébrale grave.

2.3.2. Aspects temporels

Les mesures médicales préliminaires sont prises entre le moment de l'interruption des mesures thérapeutiques chez le donneur potentiel et le moment du prélèvement des organes à des fins de transplantation. Plus précisément, il est possible de distinguer entre les mesures qui sont prises entre l'interruption des mesures thérapeutiques et le premier constat de mort

¹² BEYELER/WÄLCHLI-BHEND/MARTI *et al.*, p. 899.

¹³ PARKER/SHEMIE, p. 401.

¹⁴ REGLI/SPESCHA/PETER, p. 7.

¹⁵ REGLI/SPESCHA/PETER, p. 7.

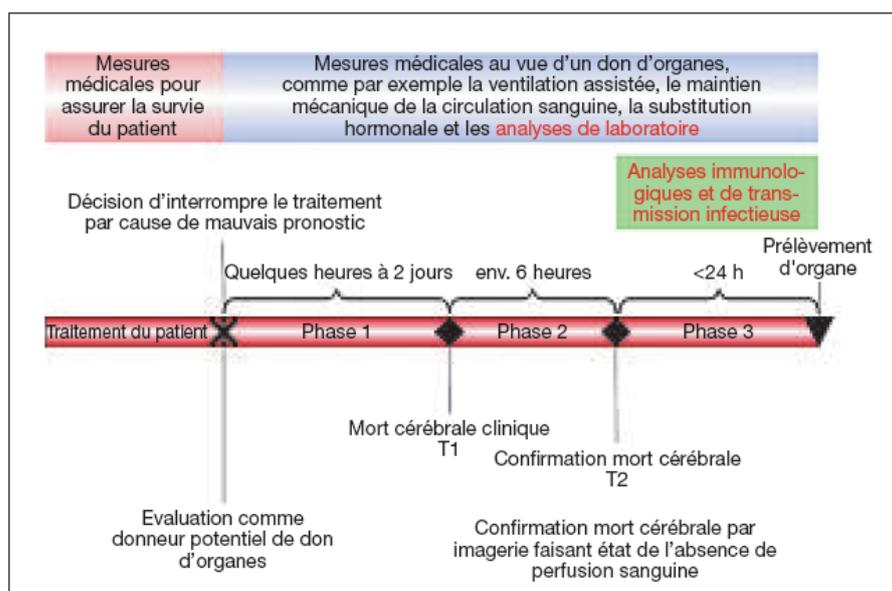
¹⁶ Cela explique l'arrêt de la respiration spontanée.

¹⁷ BOULARD/GUIOT/POTTECHER, *et al.*, p. 837.

¹⁸ REGLI/SPESCHA/PETER, p. 7.

cérébrale (T1), et les mesures qui sont prises pendant la phase de confirmation de la mort cérébrale (entre T1 et T2).

Selon les recommandations pour la prise en charge des donneurs potentiels d'organes adultes à cœur battant de la Société Suisse de Médecine Intensive (citée: SSMI) par exemple, le traitement du donneur d'organes commence à partir du moment où son décès a été constaté. Les recommandations précisent toutefois que les mesures médicales proposées pour le traitement *post mortem* du donneur potentiel devraient déjà être appliquées *pre mortem*, en tant que «*good clinical practice*».¹⁹



Source.²⁰

Après l'arrêt des mesures thérapeutiques, prises dans l'intérêt direct du patient, certaines fonctions biologiques sont artificiellement maintenues par ventilation mécanique et stimulation de la circulation sanguine, en vue d'un prélèvement d'organes. À l'hôpital de l'Île à Berne, le délai entre l'interruption des mesures thérapeutiques en faveur du patient et le premier diagnostic de la mort cérébrale primaire varie de quelques heures jusqu'à 48 heures au maximum.²¹ Si, à l'issue de ce délai, le patient n'a pas atteint un état de mort cérébrale primaire, toute mesure de maintien de la vie (la respiration artificielle notamment) est arrêtée. Si la mort cérébrale a pu être constatée, certaines fonctions comme la respiration et la circulation ainsi que la perfusion des organes continuent d'être maintenues artificiellement jusqu'au prélèvement des organes.

¹⁹ SOCIÉTÉ SUISSE DE MÉDECINE INTENSIVE, p. 6. «Le «traitement du donneur» commence après que la mort cérébrale a été constatée. Il convient de souligner que les «bonnes pratiques» concernant la prise en charge d'un patient en neuro-réanimation sont maintenues jusqu'au constat de la mort cérébrale. Notons qu'un traitement adéquat proche de ces recommandations selon le «good clinical practice» devrait déjà avoir commencé pour cette catégorie de patients».

²⁰ REGLI/SPESCHA/PETER, p. 7.

²¹ REGLI/SPESCHA/PETER, p. 7.

C'est surtout pendant la phase de confirmation de la mort cérébrale primaire (entre T1 et T2) que les mesures médicales préliminaires sont cruciales. Selon BRUNO REGLI *et al.*, «*la mort cérébrale marque le début de dommages fonctionnels et structurels des tissus qui sont liés aux altérations hémodynamiques, à des processus de coagulopathies systémiques ou locales d'installation rapide, ainsi qu'à des troubles d'échanges gazeux, une hypothermie ou des déséquilibres ioniques*». ²² Les recommandations de la SSMI contiennent ainsi tout un éventail de mesures et d'examen de laboratoire permettant d'évaluer et de préserver les fonctions des organes jusqu'au prélèvement.

2.3.3. Nature des mesures médicales préliminaires

Sans entrer dans le détail des nombreuses mesures abordées par les recommandations de la SSMI, ²³ on peut dire que les principales mesures prises *pre mortem* dans l'optique de préserver la qualité des organes se résument aux trois suivantes: la continuation de la **respiration artificielle**; l'administration de médicaments tendant à conserver la fonction hémodynamique, c'est-à-dire la circulation sanguine (**médicaments vasoactifs**); l'administration d'un **traitement hormonal**. ²⁴

Ventilation artificielle - Les patients en état de mort cérébrale primaire, ou dans un état la précédant de peu, ne présentent plus de respiration spontanée. Par contre, l'activité cardiaque et, de ce fait, la circulation sanguine continuent à fonctionner si l'oxygénation par une ventilation artificielle est assurée. ²⁵

Médicaments vasoactifs - L'administration *pre mortem* de médicaments vasoactifs, par exemple un vasodilatateur (relâchement des vaisseaux sanguins) comme la phentolamine ou un vasopresseur (constriction des vaisseaux sanguins), permet de réguler l'hémodynamique, c'est-à-dire les propriétés du flux sanguin. ²⁶

Traitement hormonal - La mort cérébrale primaire a des implications au niveau des hormones également (anomalies hormonales et métaboliques profondes). ²⁷ L'arrêt de la production de l'hormone antidiurétique par exemple entraîne rapidement une hypernatrémie sévère (insuffisance d'apport hydrique qui aboutit à une déshydratation). ²⁸ Certaines études montrent que la substitution hormonale contribue à la stabilité hémodynamique chez le donneur potentiel. ²⁹

²² REGLI/SPESCHA/PETER, p. 7.

²³ Les directives de la SSMI font référence aux éléments qui doivent être surveillés chez le donneur potentiel à cœur battant: gestion du volume circulant; hémodynamique; température corporelle; diabète insipide; sodium; autres électrolytes comme K, Ca, Mg, Phosphate; glycémie; hémoglobine; plaquettes; troubles de la coagulation; corticoïdes; traitement antibiotique; nutrition; ventilation mécanique.

²⁴ REGLI/SPESCHA/PETER, p. 7. Pour une analyse détaillée des mesures médicales préliminaires envisageables chez le donneur potentiel à cœur battant, cf. WOOD/BECKER/McCARTNEY, *et al.*, p. 2730 ss.

²⁵ DOWNIE/RAJOTTE/SHEA, p. 459.

²⁶ BOULARD/GUIOT/POTTECHER, *et al.*, p. 839.

²⁷ GUIOT/CHEISSON/DELABRANCHE, *et al.*, p. 150.

²⁸ REGLI/SPESCHA/PETER, p. 8.

²⁹ BOULARD/GUIOT/POTTECHER, *et al.*, p. 839.

Pour évaluer en permanence l'état du donneur potentiel et dans le but de détecter un éventuel déséquilibre de l'hémodynamique qui risque de réduire la perfusion sanguine des organes, un certain nombre d'**analyses de laboratoire** sont nécessaires, concernant les électrolytes, les gaz sanguins, le glucose, les lactates et d'autres paramètres.³⁰ Ces analyses de laboratoire permettent de déterminer le dosage des mesures médicales préliminaires à administrer au donneur potentiel.

Il y a finalement certaines **analyses médicales de type sérologique et immunologique**, impliquant des prises de sang et de tissu.³¹ Ces examens de laboratoire permettent d'une part de tester le donneur potentiel par rapport à la présence de maladies infectieuses, d'autre part d'évaluer la compatibilité sanguine et tissulaire avec des receveurs potentiels. Les articles 30 et 31 LTx ainsi que l'article 23 OTx établissent une **obligation d'effectuer des tests** afin d'établir l'aptitude au don de tout donneur potentiel. L'annexe 5 de l'OTx règle en détail les analyses qui doivent être effectuées et les exigences auxquelles doivent satisfaire les tests effectués. Comme le prélèvement d'organes sur un donneur à cœur battant n'est pas soumis à des contraintes de temps, les analyses immunologiques et sérologiques peuvent en principe être réalisées **après** le diagnostic de la mort cérébrale primaire.

2.3.4. But et nécessité des mesures médicales préliminaires

En bref, après l'arrêt des mesures thérapeutiques, le soutien mécanique du patient est maintenu et certaines autres mesures médicales préliminaires sont prises, d'une part, pour que l'état du patient puisse **évoluer vers une mort cérébrale primaire** et, d'autre part, pour **garantir la qualité des organes** jusqu'à leur prélèvement.

Il convient toutefois de s'interroger sur le caractère nécessaire des mesures médicales préliminaires, dans la perspective d'un prélèvement d'organes ultérieur. En l'état des connaissances, on peut dire que, sans l'instauration de mesures médicales préliminaires après l'arrêt des mesures thérapeutiques, un prélèvement d'organes est quasiment exclu chez un donneur à cœur battant.

Premièrement, la ventilation artificielle avant la constatation de la mort cérébrale primaire, jusqu'au prélèvement des organes, est indispensable.³² Comme les donneurs potentiels à cœur battant ne présentent plus de respiration spontanée, l'absence d'une ventilation mécanique impliquerait que l'activité cardiaque et, par conséquent, la circulation ne pourraient pas être maintenues. Il serait ainsi impossible que le patient atteigne un état de mort

³⁰ REGLI/SPESCHA/PETER, p. 8. Les directives de la SSMI prévoient des recommandations détaillées sur les paramètres à surveiller dans le cadre de la prise en charge des donneurs potentiels à cœur battant. Cf. SOCIÉTÉ SUISSE DE MÉDECINE INTENSIVE, p. 16, 17 et 19.

³¹ Les directives de la SSMI prévoient des recommandations détaillées sur les paramètres à vérifier chez des donneurs potentiels à cœur battant en vue d'un prélèvement d'organes. Cf. SOCIÉTÉ SUISSE DE MÉDECINE INTENSIVE, p. 20.

³² Sur le rôle de la respiration artificielle dans le cadre de la recherche sur des personnes décédées, cf. l'art. 36 du projet de loi ainsi que le Message LRH, p. 7343.

cérébrale primaire ou que la constatation de la mort cérébrale puisse avoir lieu dans les délais prévus. C'est dans ce contexte d'ailleurs que certains auteurs utilisent la notion de «*elective ventilation*», qui est définie comme «*artificial ventilation being applied to the patient, not to treat the underlying brain damage, but solely to allow the situation to progress to brain stem death in the hope of subsequent solid organ donation*». ³³

Deuxièmement, la défaillance circulatoire constitue un phénomène fréquent chez les patients se trouvant en état de mort cérébrale primaire, ou peu avant. ³⁴ Les médicaments vasoactifs ainsi que certaines hormones sont administrés dans le but de maintenir le donneur potentiel dans un état stable, en assurant la perfusion sanguine des organes et en préservant ainsi leur qualité. Dans ce sens, ces mesures médicales préliminaires sont décisives pour le succès de la transplantation d'organes. ³⁵ Selon les directives de la SSMI, les médicaments vasoactifs doivent toutefois être utilisés au dosage le plus faible possible. ³⁶ BRUNO REGLI *et al.* insistent sur le fait que «*[s]ans mesures médicales adaptées nécessitant certains examens spécifiques (dosage des électrolytes ...), le prélèvement d'organes bénéfiques au receveur ne sera pas réalisable après la confirmation de la mort cérébrale*». ³⁷ JOHN D. ROSENDALE *et al.* constatent de leur côté que «*profound pathophysiological devastation associated with the sequelae of brain death [...] is of such magnitude that, in spite of conventional cardiopulmonary support, as many as 25% of potential donors may have a loss of perfusion to their organs, making them unsuitable for transplant before the organs can be retrieved*». ³⁸ Il s'ensuit que les mesures médicales préliminaires permettent d'assurer le prélèvement d'organes chez un nombre important de donneurs potentiels. La prise de mesures médicales préliminaires influence d'ailleurs non seulement la qualité et le bon fonctionnement des organes après la transplantation, mais également le nombre d'organes prélevables. ³⁹ Aussi, le succès de la transplantation d'organes ultérieure semble dépendre dans une large mesure du fait que les mesures médicales, dont le but est de stabiliser l'état du donneur, soient déjà prises avant la constatation de l'état de mort cérébrale primaire. ⁴⁰

Troisièmement, les analyses de laboratoire se révèlent indispensables afin d'optimiser la prise en charge du donneur potentiel en vue d'un prélèvement d'organes. ⁴¹

Quatrièmement, les analyses médicales de type sérologique et immunologique ne sont pas prises dans le but de conserver les organes. Elles sont toutefois indispensables pour garantir la sécurité de la transplantation ultérieure et pour protéger le receveur potentiel.

³³ BROWNE/GILLETT/TWEEDDALE, p. 43.

³⁴ GUIOT/CHEISSON/DELABRANCHE, *et al.*, p. 154.

³⁵ REGLI/SPESCHA/PETER, p. 8.

³⁶ SOCIÉTÉ SUISSE DE MÉDECINE INTENSIVE, p. 7.

³⁷ REGLI/SPESCHA/PETER, p. 8.

³⁸ ROSENDALE/CHABALEWSKI/MCBRIDE, *et al.*, p. 761. Cf. également SALIM/VELMAHOS/BROWN, *et al.*, p. 991 ss; ROSENDALE/MYRON KAUFFMAN/MCBRIDE, *et al.*, p. 482 ss.

³⁹ GUIOT/CHEISSON/DELABRANCHE, *et al.*, p. 149.

⁴⁰ SALIM/MARTIN/BROWN, *et al.*, p. 429.

⁴¹ GUIOT/CHEISSON/DELABRANCHE, *et al.*, p. 151.

2.3.5. Conséquences des mesures médicales préliminaires

Pour apprécier pleinement la situation du point de vue juridique, il faut encore éclaircir les conséquences des mesures médicales préliminaires sur un donneur potentiel à cœur battant. A cet égard, trois éléments doivent être mis en relief.

Tout d'abord, la ventilation artificielle est en général neutre par rapport à la situation du donneur potentiel. Il existe toutefois un risque mineur que le patient se stabilise et que la respiration et la circulation continuent ensuite à fonctionner même en l'absence de soutien mécanique.⁴² Dans cette hypothèse, le patient n'atteint pas un état de mort cérébrale primaire permettant un prélèvement d'organes, mais il se retrouve dans un état végétatif persistant.⁴³

En deuxième lieu, l'administration de médicaments vasoactifs et le traitement hormonal ne présentent aucun bénéfice direct pour le patient. Ces mesures médicales maintiennent cependant la vie «somatique» de l'organisme du donneur potentiel. Elles ne sont donc pas nuisibles pour le donneur, au contraire puisqu'elles contrecarrent le processus naturel de survenance de la mort. En l'absence de telles mesures médicales, un nombre important de patients en voie d'atteindre un état de mort cérébrale primaire succomberaient à une défaillance multiviscérale ou à un collapsus cardio-vasculaire.⁴⁴

Enfin, tout en impliquant une légère atteinte à l'intégrité physique du donneur potentiel, les analyses médicales de type sérologique et immunologique n'entraînent en principe pas de risques ni de conséquences dommageables pour ce dernier.

2.4. Donneur potentiel à cœur non battant

2.4.1. Généralités

Le prélèvement d'organes sur des donneurs à cœur non battant (donneurs à cœur arrêté; «*non-heart-beating-donors*») n'est pas une nouveauté. Historiquement, les premières transplantations d'organes ont eu lieu grâce à des donneurs de ce type. La pratique a toutefois été abandonnée par la suite en raison de moins bons résultats en comparaison avec des transplantations d'organes provenant de donneurs à cœur battant. C'est pourquoi le prélèvement d'organes après un arrêt cardio-circulatoire est généralement limité aux reins, et éventuellement au foie. Tant d'un point de vue qualitatif que quantitatif, les donneurs à cœur battant sont ainsi préférables.

⁴² PARKER/SHEMIE, p. 400.

⁴³ DOWNIE/RAJOTTE/SHEA, p. 461.

⁴⁴ DUBOSE/SALIM, p. 369.

En raison de la pénurie croissante d'organes disponibles pour la transplantation, le prélèvement d'organes provenant de donneurs à cœur non battant a été reconsidéré ces dernières années. Des améliorations du point de vue de la prise en charge des donneurs potentiels ont permis de combler les déficits qualitatifs.⁴⁵ De plus, le nombre de patients qui décèdent suite à un arrêt cardio-circulatoire après interruption des mesures de maintien de la vie est significativement plus élevé que le nombre de patients qui évoluent vers un état de mort cérébrale primaire. En effet, «*[m]ost patients that expire never progress to brain death before cardiac arrest. Organ donation following cardiac death (DCD) is an option that can allow such patients and their families to pursue organ donation*». ⁴⁶

En Suisse, le prélèvement d'organes sur des donneurs à cœur non battant a été pratiqué à Genève et à Zurich jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle LTx. En raison d'un manque de certitude au sein de la communauté médicale sur la signification exacte de la LTx depuis son entrée en vigueur, ce type de prélèvement n'est actuellement plus pratiqué en Suisse.⁴⁷

2.4.2. Catégories de donneurs à cœur non battant

Selon les **critères de Maastricht**, il existe plusieurs catégories de donneurs à cœur non battant:⁴⁸

- patient arrivé à l'hôpital en état d'arrêt cardio-circulatoire (catégorie I: décès avant l'arrivée à l'hôpital);
- arrêt cardiaque survenu en présence des secours et échec des mesures de réanimation (catégorie II: échec de réanimation);
- arrêt cardiaque irréversible survenu après l'arrêt programmé des soins (catégorie III: arrêt cardiaque programmé ou escompté);
- arrêt cardio-circulatoire chez des patients avec diagnostic de mort cérébrale primaire) (catégorie IV: arrêt cardiaque après mort cérébrale primaire).

Les catégories I et II concernent principalement des patients qui subissent un arrêt cardiaque en dehors d'un hôpital et qui sont amenés aux urgences pour réanimation (arrêt cardiaque non contrôlé).

La catégorie III concerne des patients qui se trouvent sur une station pour soins intensifs. Il s'agit de personnes qui sont atteintes d'une lésion cérébrale grave, mais chez lesquelles tous les critères techniques de la mort cérébrale primaire ne peuvent pas être satisfaits.⁴⁹ La survie de ces patients repose sur des traitements de maintien de la vie, comme la ventilation mécanique,

⁴⁵ ANTOINEA/BRUNB/TENAILLONA, *et al.*, p. 7 ss.

⁴⁶ MAGLIOCCA/MAGEE/ROWE, *et al.*, p. 1095.

⁴⁷ BEYELER/WÄLCHLI-BHEND/MARTI, *et al.*, p. 899.

⁴⁸ DEPARTEMENT FEDERAL DE L'INTERIEUR, *Rapport explicatif sur l'avant-projet*, p. 41.

⁴⁹ Les diagnostics souvent rencontrés pour cette catégorie de patients incluent toutes les lésions neurologiques majeures (traumatisme, tumeur primaire, ischémie, hémorragie) ainsi que les diverses insuffisances organiques sévères compromettant la qualité de vie du patient, mais qui n'évolueront pas vers un état de mort cérébrale primaire.

l'apport d'une concentration d'oxygène élevée ou des médicaments pour soutenir la tension artérielle.⁵⁰ Ces patients présentent une fonction cardiaque normale tant qu'ils sont reliés à une machine. Cependant, si le médecin et les proches s'entendent pour abandonner les traitements de maintien de la vie, le soutien mécanique au patient (la ventilation artificielle principalement) est arrêté. Dans les minutes ou les heures qui suivent cet arrêt, le patient meurt suite à un arrêt cardiaque (arrêt cardiaque dit contrôlé). Son décès est alors constaté en fonction des critères de la mort après arrêt cardio-circulatoire.⁵¹ C'est uniquement lorsque l'arrêt cardiaque intervient dans les 60 minutes qui suivent l'interruption des mesures de maintien de la vie qu'un prélèvement d'organes peut être envisagé.⁵² Au-delà de 60 minutes, le risque de dommage plus important aux organes s'oppose à un prélèvement.

2.4.3. Aspects temporels

En ce qui concerne les mesures médicales préliminaires, il faut faire une différence entre les patients des catégories I et II d'une part, et les patients de la catégorie III d'autre part. Les patients des catégories I et II sont déjà décédés au moment où ils arrivent à l'hôpital ou alors ils décèdent aux urgences après l'échec de la réanimation. Certaines mesures médicales en vue d'un prélèvement d'organes peuvent tout de même être prises pour conserver les organes. En pareille hypothèse, la LTx et l'OTx prévoient du reste une solution claire: même en l'absence d'un consentement du donneur, de telles mesures peuvent être prises pendant 72 heures **après le décès** du donneur potentiel, le temps de connaître la décision des proches (art. 10 al. 3 LTx et art. 8 OTx).

En pratique, la question des mesures médicales préliminaires touche donc principalement les donneurs potentiels de la catégorie III.⁵³ Pour ces patients, la décision d'arrêter les traitements de maintien de la vie n'est pas prise dans l'urgence, et l'administration de certains médicaments favorables à un prélèvement d'organes ultérieur peut intervenir **avant de débrancher les machines**. Des mesures médicales préliminaires peuvent être prises également dans la **période entre l'interruption des traitements de maintien de la vie et la constatation du décès**.

Il faut noter finalement que, dans le cadre d'un arrêt cardiaque contrôlé, le temps écoulé entre le moment de la constatation de la mort et le moment du prélèvement des organes doit être aussi court que possible. En effet, comme les organes ne sont plus irrigués chez une personne ayant subi un arrêt cardiaque irréversible, ils se détériorent rapidement.

⁵⁰ CONSEIL D'ETHIQUE CLINIQUE DES HOPITAUX UNIVERSITAIRES DE GENEVE, p. 2.

⁵¹ Cf. ch. 2.4.

⁵² CONSEIL D'ETHIQUE CLINIQUE DES HOPITAUX UNIVERSITAIRES DE GENEVE, p. 3 s.

⁵³ BEYELER/WÄLCHLI-BHEND/MARTI, *et al.*, p. 900.

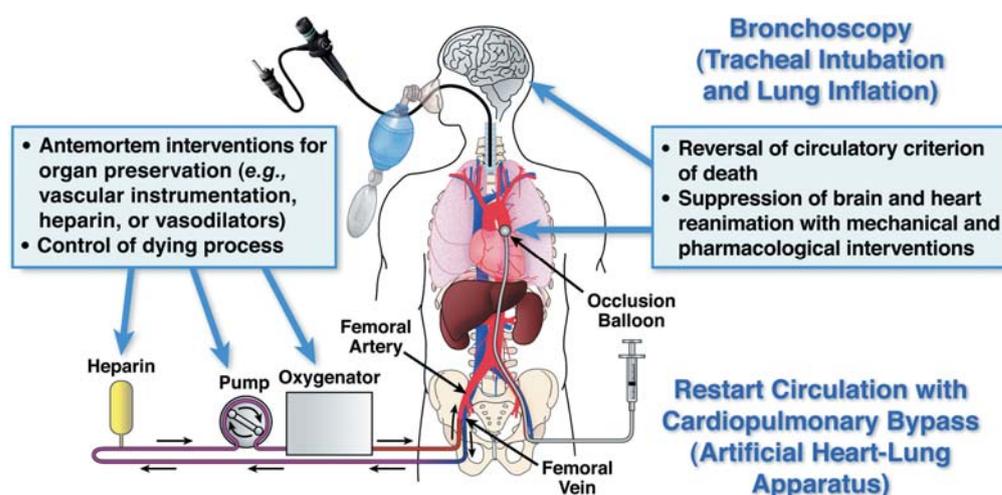
2.4.4. Nature des mesures médicales préliminaires

Les mesures *pre mortem* prises dans l'optique de préserver la qualité des organes sont en général l'administration d'un **anticoagulant** (comme l'héparine), d'un **vasodilatateur** (comme la phentolamine) et l'installation d'un **accès vasculaire** pour l'administration du liquide de refroidissement.⁵⁴

Anticoagulant - L'administration *pre mortem* d'un anticoagulant comme l'héparine permet d'éviter des troubles de la coagulation (formation de caillots). Elle sert ainsi à prévenir l'obstruction thrombotique des vaisseaux qui peut survenir après l'arrêt de la circulation sanguine.

Vasodilatateur - L'administration *pre mortem* d'un vasodilatateur (relaxant des vaisseaux sanguins) comme la phentolamine permet d'augmenter le débit sanguin dans les organes.

Canule artérielle - L'installation d'une canule artérielle avant le décès du patient permet de réduire le temps écoulé entre la constatation du décès et la perfusion des organes par un liquide refroidissant, ce qui optimise la viabilité des organes à prélever. Il est toutefois possible d'attendre la constatation du décès avant de procéder à la canulation artérielle en vue de la perfusion des organes avec un liquide de refroidissement.



Source.⁵⁵

Il y a finalement certaines **analyses médicales de type sérologique et immunologique** impliquant des prises de sang et de tissu.⁵⁶ Ces examens permettent de tester le donneur potentiel par rapport à la présence de

⁵⁴ DOWNIE/RAJOTTE/SHEA, p. 460.

⁵⁵ VERHEIJDE/RADY/MCGREGOR, p. 3.

⁵⁶ Les directives de la SSMI prévoient des recommandations détaillées sur les paramètres à vérifier chez des donneurs potentiels à cœur battant en vue d'un prélèvement d'organes. Cf. SOCIÉTÉ SUISSE DE MÉDECINE INTENSIVE, p. 20.

maladies infectieuses ainsi que d'évaluer la compatibilité sanguine et tissulaire avec des receveurs potentiels. Les articles 30 et 31 LTx ainsi que l'article 23 OTx établissent une **obligation d'effectuer des tests** afin d'établir l'aptitude au don de tout donneur potentiel. L'annexe 5 de l'OTx règle en détail les analyses qui doivent être effectuées et les exigences auxquelles doivent satisfaire les tests effectués. Comme le prélèvement d'organes sur un donneur à cœur non battant se déroule dans une certaine urgence, les analyses immunologiques et sérologiques sont de préférence faites **avant** l'arrêt des mesures de maintien de la vie, c'est-à-dire avant l'arrêt cardiaque contrôlé.

2.4.5. But et nécessité des mesures médicales préliminaires

Dans le cadre d'un prélèvement d'organes sur un donneur à cœur non battant, les mesures médicales prises avant l'arrêt des mesures de maintien de la vie, ou dans la période entre l'interruption des traitements de maintien de la vie et la constatation du décès, visent à **réduire le temps d'ischémie chaude** (installation d'une canule artérielle) et à **garantir la qualité des organes** par l'administration de certains médicaments anticoagulants et vasodilatateurs.

Il convient ici encore de s'interroger sur le caractère nécessaire des mesures médicales préliminaires, dans la perspective d'un prélèvement d'organes ultérieur.

Tout d'abord, l'administration de médicaments anticoagulants et vasodilatateurs sert à assurer la viabilité des organes, en diminuant le risque que des lésions ischémiques et thrombotiques surviennent. L'administration d'un anticoagulant semble être étroitement liée à la réussite de la transplantation ultérieure. Sans cette intervention, la possibilité d'un prélèvement d'organes à des fins de transplantation serait sérieusement compromise. Il n'en va en revanche pas de même de l'administration des médicaments vasodilatateurs.

Ensuite, l'installation d'une canule artérielle *pre mortem* facilite le prélèvement d'organes, sans toutefois que l'on puisse affirmer qu'elle est indispensable à la réussite de ce prélèvement.

Enfin, les analyses médicales de type sérologique et immunologique ne sont pas prises dans le but de conserver les organes. Elles sont cependant indispensables pour garantir la sécurité de la transplantation ultérieure et pour protéger le receveur potentiel.

2.4.6. Conséquences des mesures médicales préliminaires

Pour apprécier pleinement la situation du point de vue juridique, il faut aussi éclaircir les conséquences des mesures médicales préliminaires sur un

donneur potentiel à cœur non battant. Trois considérations paraissent importantes à ce sujet.

Premièrement, l'administration de médicaments anticoagulants et vasodilatateurs ne présente aucun bénéfice direct pour le patient. Dans certaines circonstances, elle peut au contraire accélérer la survenance du décès du patient. Les anticoagulants entraînent un risque de saignements dans certains cas.⁵⁷ Ils sont toutefois jugés moins dangereux pour le patient que les vasodilatateurs. En effet, ces derniers baissent la tension artérielle, ce qui peut se révéler dangereux pour des patients se trouvant inévitablement déjà dans un état critique.⁵⁸

Deuxièmement, l'installation d'une canule artérielle *pre mortem* n'apporte pas non plus le moindre bénéfice au patient. Elle peut s'avérer potentiellement douloureuse ou désagréable pour le patient.

Ces deux considérations expliquent pourquoi le protocole de projet-pilote pour le don d'organes après décès cardio-circulatoire de Québec-Transplant, à titre d'exemple, admet l'administration au patient d'un anticoagulant, tout en interdisant celle d'un vasodilatateur de même que l'installation d'une canule artérielle *pre mortem*.⁵⁹

Troisièmement, les analyses médicales de type sérologique et immunologique n'entraînent en général pas de risques pour le patient/donneur potentiel, mais impliquent une atteinte légère à son intégrité physique.

2.5. Conclusion

Les mesures médicales préliminaires sont définies comme des mesures qui sont exclusivement destinées à la **préservation** des organes et qui sont prises **avant la constatation du décès** du donneur potentiel. De telles mesures concernent les donneurs potentiels à cœur battant et les donneurs potentiels à cœur non battant de la catégorie III de la classification de Maastricht (arrêt cardiaque programmé après interruption des mesures de maintien de la vie). Pour les donneurs potentiels à cœur non battant des catégories I et II de la classification de Maastricht, il s'agit en revanche de mesures prises après le décès.

Les mesures médicales préliminaires peuvent être résumées de la façon suivante:

Donneur à cœur battant:

- Soutien mécanique de la respiration (ventilation artificielle): indispensable au prélèvement;

⁵⁷ DOWNIE/RAJOTTE/SHEA, p. 461; BELL, p. 179.

⁵⁸ DOWNIE/RAJOTTE/SHEA, p. 461; BELL, p. 179.

⁵⁹ Cf. annexe 1. Il en va de même pour l'ensemble du Canada. Cf. CONSEIL CANADIEN POUR LE DON ET LA TRANSPLANTATION, p. 6 s.

- Médicaments vasoactifs: assurer la qualité des organes;
- Traitement hormonal: assurer la qualité des organes;
- Analyses de laboratoire: déterminer le dosage des mesures médicales nécessaires pour la prise en charge du donneur potentiel;
- Analyses médicales de type sérologique et immunologique: évaluer l'admissibilité du donneur (présence de maladies infectieuses, etc.) et déceler les caractéristiques tissulaires dans le but de connaître la compatibilité avec des receveurs potentiels.

Donneur à cœur non battant:

- Pas de soutien mécanique de la respiration;
- Anticoagulant: assurer la qualité des organes;
- Vasodilatateur: assurer la qualité des organes;
- Installation d'une canulation artérielle en vue de la perfusion de liquide de refroidissement: réduire le temps d'ischémie chaude;
- Analyses médicales de type sérologique et immunologique: évaluer l'admissibilité du donneur (présence de maladies infectieuses, etc.) et déceler les caractéristiques tissulaires dans le but de connaître la compatibilité avec des receveurs potentiels.

Pour les donneurs potentiels à cœur non battant, les mesures médicales préliminaires se présentent en général sous la forme d'une administration **unique** d'un médicament avant l'arrêt des mesures de maintien de la vie, ou dans la période entre l'interruption des traitements de maintien de la vie et la constatation du décès. Pour les donneurs potentiels à cœur battant, les mesures médicales préliminaires constituent au contraire un traitement **continu**, médicamenteux et autre, à partir du moment de l'abandon des mesures thérapeutiques, pendant le processus de diagnostic de la mort cérébrale primaire et jusqu'au prélèvement des organes. Ce traitement continu permet de maintenir les fonctions vitales du donneur potentiel à cœur battant.⁶⁰

Il paraît important de relever que les mesures médicales préliminaires sont effectuées sur une **personne vivante**, qu'il s'agisse d'un donneur potentiel à cœur battant ou d'un donneur potentiel à cœur non battant de la catégorie III de la classification de Maastricht. Ces mesures se distinguent ainsi très clairement de la situation du prélèvement d'organes *post mortem*, même s'il existe une connexion indéniable entre les deux situations. En effet, le prélèvement d'organes se trouve dans la suite logique des mesures médicales préliminaires prises avant le décès du donneur potentiel, et le succès de la transplantation ultérieure dépend de la présence de ces mesures.

⁶⁰

Cf. dans le contexte de la recherche, Message LRH, p. 7343.

À la différence des interventions médicales pratiquées sur une personne vivante qui sont généralement prises dans son intérêt, les mesures médicales préliminaires présentent la **particularité** qu'elles ne sont pas entreprises dans l'intérêt du patient/donneur potentiel. Elles peuvent en outre impliquer certains risques pour ce dernier.

Il faut enfin souligner le contexte dans lequel les mesures médicales préliminaires sont prises. Il s'agit de patients non pas en voie de guérison, mais qui se trouvent en toute fin de vie. Indépendamment des mesures médicales préliminaires, les soins administrés à ces patients ne se situent plus dans une perspective thérapeutique, mais palliative, dans le sens notamment de leur éviter des souffrances inutiles. Il en découle que la décision relative à la prise de mesures médicales préliminaires ne constitue pas une décision entre la vie et la mort, mais plutôt une décision entre deux manières de laisser la vie s'éteindre chez ces patients. Dans cette mesure, l'appréciation de la situation peut se fonder sur des considérations analogues à celles qui sont généralement retenues dans les hypothèses de suspension d'un traitement en fin de vie.

3. Consentement au prélèvement d'organes sur une personne décédée

3.1. Modèle du consentement au sens large

Avant d'examiner la question du consentement aux mesures médicales préliminaires, il est important d'aborder brièvement le consentement au prélèvement d'organes sur une personne décédée.

En Suisse, l'article 8 LTx instaure le modèle du *consentement au sens large* pour le prélèvement d'organes sur des personnes décédées.⁶¹ Sa teneur exacte est la suivante:

Art. 8 Conditions requises pour le prélèvement

¹ Des organes, des tissus ou des cellules peuvent être prélevés sur une personne décédée si:

- a. elle a consenti, avant son décès, à un tel prélèvement;
- b. le décès a été constaté.

² En l'absence de tout document attestant le consentement ou le refus de la personne décédée, il est demandé aux proches s'ils ont connaissance d'une déclaration de don.

³ Si les proches n'ont pas connaissance d'une telle déclaration, un prélèvement d'organes, de tissus ou de cellules ne peut être effectué que s'ils y consentent. En prenant leur décision, ils doivent respecter la volonté présumée de la personne décédée.

⁴ Si la personne décédée n'a pas de proches ou qu'il n'est pas possible de se mettre en rapport avec eux, il est interdit de procéder à un prélèvement.

⁵ La volonté de la personne décédée prime celle des proches.

⁶ S'il est prouvé que la personne décédée a délégué à une personne de confiance la compétence de prendre une décision concernant un prélèvement d'organes, de tissus ou de cellules, cette dernière agit en lieu et place des proches.

⁷ Toute personne âgée de 16 ans est habilitée à faire une déclaration de don.

⁸ Le Conseil fédéral définit le cercle des proches.

Un prélèvement d'organes sur une personne décédée est donc autorisé selon l'article 8 LTx si le donneur y a consenti de son vivant (al. 1) ou, en l'absence de toute prise de position du donneur de son vivant, si ses proches (al. 3), ou la personne de confiance qu'il a désignée (al. 6), ont donné leur accord. La disposition légale précise en outre expressément que la volonté émise de son vivant par le donneur «*prime celle des proches*» (al. 5).

3.2. Information publique et personnelle

Toute personne, avant de consentir à un don d'organes *post mortem*, doit disposer de l'information nécessaire pour prendre une décision en toute connaissance de cause. Le rôle de l'information dans le cadre du don *post*

⁶¹ Message concernant la loi sur la transplantation, p. 136 s.

mortem est particulier en ce sens que la mort cérébrale, primaire ou secondaire, pouvant donner lieu à un prélèvement constitue un événement imprévisible et souvent inattendu. Il arrive donc rarement que le médecin puisse informer son patient (et donneur potentiel) par rapport à un éventuel prélèvement d'organes.

Cette situation rend spécialement importante la diffusion dans toute la population d'une information générale sur la réglementation et la pratique de la médecine de transplantation, notamment les conditions de prélèvement, d'attribution et de transplantation d'organes, ainsi que sur la possibilité de faire don de ses organes (art. 61 LTx).⁶² Depuis l'entrée en vigueur de la LTx, l'information générale de la population est principalement assurée par les campagnes d'information de l'OFSP. Cette **information publique** permet d'admettre un consentement éclairé au prélèvement d'organes *post mortem* par tout donneur potentiel.

L'**information** est en revanche **personnelle** dans l'hypothèse où un patient se trouve en fin de vie et souhaite, en connaissance de sa situation, être informé sur le don d'organes. L'information est personnelle également lorsque la personne décédée ne s'était pas exprimée de son vivant et que la question du prélèvement d'organes est posée à ses proches afin d'obtenir leur consentement. Dans cette dernière hypothèse, le médecin désigné, ou le coordinateur de transplantation le cas échéant, informe et assiste les proches pendant le processus de constatation de la mort cérébrale jusqu'à un éventuel prélèvement d'organes. La personne responsable fournit aux proches des informations complètes sur le moment de la mort; elle doit aussi aborder la question du don d'organes dans un cadre approprié.⁶³

3.3. Étendue du consentement

Le consentement au don d'organes, au moyen d'une carte de donneur par exemple, équivaut à un consentement pour une intervention *post mortem*. Toute personne qui consent à donner ses organes souhaite évidemment que ces derniers profitent, après son propre décès, à un patient en ayant besoin. Il en découle à notre avis que le consentement au don d'organes *post mortem* englobe toutes les mesures médicales nécessaires, ou même simplement favorables, au prélèvement d'organes, une fois que le décès a été constaté.⁶⁴

La LTx précise d'ailleurs que, même en l'absence de consentement préalable au don d'organes, de telles mesures peuvent être prises pendant les 72 heures qui suivent le décès, le temps de contacter les proches. Selon le rapport explicatif sur l'avant-projet relatif à une loi fédérale sur la transplantation, «*[u]n tel procédé apparaît justifié du fait que ces mesures sont prises après le décès dûment constaté du patient et qu'elles ne peuvent ainsi plus lui causer de préjudice*». ⁶⁵ Il faut bien évidemment intégrer dans la

⁶² DEVAUD, p. 261.

⁶³ ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, *Diagnostic de la mort*, p. 10 ch. 4.

⁶⁴ Dans le même sens, DEPARTEMENT FEDERAL DE L'INTERIEUR, *Rapport explicatif sur l'avant-projet*, p. 45. Cf. également CONSEIL CANADIEN POUR LE DON ET LA TRANSPLANTATION, p. 7.

⁶⁵ DEPARTEMENT FEDERAL DE L'INTERIEUR, *Rapport explicatif sur l'avant-projet*, p. 92.

pesée des intérêts en présence l'intérêt éminent, voire vital, du receveur à recevoir un organe.⁶⁶

Si le consentement au don d'organes implique le consentement aux mesures nécessaires au prélèvement prises **après le décès**, il n'en va pas de même en ce qui concerne les mesures prises **avant le décès**.

Les directives médico-éthiques de l'ASSM relatives au diagnostic de la mort dans le contexte de la transplantation d'organes, du 24 mai 2005, se limitent à affirmer que «/s/ *le consentement au don d'organes n'inclut pas le consentement aux mesures permettant de préparer le prélèvement, celles-ci ne peuvent être pratiquées qu'après le diagnostic de la mort*».⁶⁷ Elles ne tranchent donc pas la question de savoir si le consentement au don d'organes peut inclure implicitement un consentement aux mesures médicales préliminaires.

Certains éthiciens ont en revanche essayé d'apporter une réponse à l'admissibilité d'un consentement implicite. ALISTER BROWNE *et al.* proposent l'**argumentation éthique** suivante quant à l'étendue du consentement au don d'organes.⁶⁸ Selon ces auteurs, consentir à la mesure X peut englober un consentement à la mesure Y dans seulement deux hypothèses. Premièrement, il s'agit de la situation où il peut être présumé que le patient comprend le fait que consentir à X implique consentir à Y. À titre d'exemple, une personne qui consent au don d'organes *post mortem* peut être présumée consentir à l'acte chirurgical nécessaire pour prélever les organes. Comme la majorité de la population n'a jamais entendu parler de mesures médicales préliminaires nécessaires pour conserver les organes d'un donneur potentiel, cette première hypothèse ne nous est d'aucune utilité. Deuxièmement, il s'agit de la situation où le patient ne sait peut-être pas que consentir à X implique consentir à Y, mais que Y est nécessaire pour réaliser X et que Y ne pose pas de risque particulier pour le patient. À titre d'exemple, c'est sous cette deuxième hypothèse que les prises de sang et de tissu nécessaires pour les analyses immunologiques et sérologiques en vue d'un prélèvement pourraient se justifier. En ce qui concerne les autres mesures médicales préliminaires, présentant certains risques pour le donneur potentiel, cette deuxième hypothèse ne permet pas non plus sans autre d'affirmer qu'elles sont couvertes par le consentement au don d'organes.

Pour déterminer si le consentement au don d'organes *post mortem* peut constituer en même temps un consentement implicite aux mesures médicales préliminaires prises avant le décès, il faut examiner comment la LTx aborde la question.

À la différence du prélèvement d'organes, qui représente une intervention pratiquée sur une personne décédée (art. 8 LTx), les mesures médicales préliminaires constituent une intervention médicale sur une personne vivante. Pour de telles mesures prises avant le décès du donneur potentiel,

⁶⁶ DEPARTEMENT FEDERAL DE L'INTERIEUR, *Rapport explicatif sur l'avant-projet*, p. 46.

⁶⁷ ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, *Diagnostic de la mort*, p. 12 ch. 5.

⁶⁸ BROWNE/GILLET/TWEEDDALE, p. 42 ss.

l'article 10 al. 1 LTx exige un «*consentement libre et éclairé*» de ce dernier. L'articulation des articles 8 et 10 LTx, la mention expresse des mesures médicales préliminaires ainsi que la lettre de l'article 10 al. 1 LTx, en particulier la formulation «*les mesures [...] ne peuvent être prises [...] qu'avec le consentement libre et éclairé*»⁶⁹ semblent bien indiquer la **nécessité d'un consentement spécifique** donné à ces mesures. Cela exclut par conséquent la possibilité de déduire un consentement implicite aux mesures médicales préliminaires de l'accord donné au prélèvement d'organes après le décès.

Cette interprétation rejoint en outre celle qui ressort des directives médico-éthiques de l'ASSM relatives au diagnostic de la mort dans le contexte de la transplantation d'organes du 24 mai 2005. Selon ces directives, les mesures médicales exclusivement destinées à la préservation des organes «*ne peuvent être pratiquées avant le décès du donneur que si celui-ci a été dûment informé et y a librement consenti*».⁷⁰ Les mêmes directives précisent ailleurs que «*les examens et les mesures préparatoires à un prélèvement d'organes [...] peuvent être pratiqués avant le diagnostic de la mort s'il existe une preuve du consentement explicite du patient préalablement informé*».⁷¹

Il s'ensuit que toute mesure médicale préliminaire prise en vue d'un prélèvement d'organes nécessite un consentement libre et éclairé, en principe de la personne concernée. Certains auteurs utilisent la notion de «*consentement spécifique*» dans ce contexte.⁷² L'article 10 al. 1 LTx reprend ainsi la logique ordinaire du consentement à un traitement médical pratiqué sur une personne vivante.⁷³

Le fait que la loi exige expressément le consentement du donneur à ces mesures exclut à notre avis d'interpréter le consentement explicite au don d'organes *post mortem* comme un consentement global qui inclurait un accord implicite aux mesures médicales préliminaires prises avant le décès.⁷⁴ En outre, l'information de la population dans le domaine de la transplantation d'organes n'inclut pour le moment pas des informations sur les mesures médicales préliminaires. Rien n'est connu en général dans la population sur les mesures médicales nécessaires pour préserver les organes en vue d'un prélèvement. Cette situation empêche donc de soutenir l'argument que le consentement au don d'organes, par exemple au moyen d'une carte de donneur, porterait de manière implicite aussi sur les mesures médicales préliminaires nécessaires.⁷⁵

⁶⁹ La formulation des textes allemand et italien mène à la même conclusion: «*Medizinische Massnahmen (...) dürfen (...) nur vorgenommen werden, wenn diese [die spendende Person] umfassend informiert worden ist und frei zugestimmt hat*»; «*Provvedimenti medici (...) possono essere adottati (...) soltanto se questi ne è stato informato esaurientemente e ha dato il proprio consenso liberamente*».

⁷⁰ ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, *Diagnostic de la mort*, p. 12 ch. 5.

⁷¹ ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, *Diagnostic de la mort*, p. 11 ch. 4.

⁷² MANAI, p. 470. Cf. également CONSEIL CANADIEN POUR LE DON ET LA TRANSPLANTATION, p. 7.

⁷³ Cf. le procès-verbal de la séance de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats du 19 février 2004.

⁷⁴ Cf. le procès-verbal de la séance de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats du 19 février 2004.

⁷⁵ Du même avis, DEPARTEMENT FEDERAL DE L'INTERIEUR, *Rapport explicatif sur l'avant-projet*, p. 45.

D'autre part, admettre un consentement tacite aux mesures médicales préliminaires est également impossible. Un tel consentement est simplement donné dans une autre forme qu'un consentement exprès: il suffit que le comportement de la personne permette de déduire sans hésitation sa volonté (consentement par actes concluants). Mais il présuppose que l'information sur l'objet du consentement ait préalablement été donnée. Dans son Message relatif à la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine du 11 septembre 2002, le Conseil fédéral insistait sur le fait que «*le consentement tacite ne peut être admis que si la personne concernée est informée de manière adéquate. C'est à cette seule condition que son absence d'opposition peut être considérée comme un consentement tacite*».⁷⁶

3.4. Conclusion

Les mesures médicales relatives au conditionnement du donneur potentiel avant sa mort ne sont pas couvertes par un consentement préalable au don d'organes *post mortem*, principalement pour les raisons suivantes: premièrement, le consentement au don d'organes est un consentement à des interventions qui ont lieu sur le corps *post mortem*; deuxièmement, la solution adoptée par la LTx fait très clairement une différence entre le consentement au don d'organes (art. 8 LTx) et le consentement aux mesures médicales préliminaires (art. 10 LTx), ce qui interdit de prétendre que le premier englobe implicitement le second; troisièmement, l'information de la population sur les mesures médicales préliminaires est actuellement inexistante. En résumé, il faut absolument un consentement donné spécifiquement aux mesures médicales préliminaires.

Par ailleurs, pour admettre un éventuel consentement tacite aux mesures médicales préliminaires, il faudrait que la personne donnant son consentement ait reçu toutes les informations pertinentes (nature et modalités, but, effets, risques et autres désavantages) sur ces mesures.

Telle est la situation en l'état actuel des choses: le consentement au don d'organes ne s'étend pas aux mesures médicales préliminaires. En ce qui concerne la possibilité d'adapter les campagnes d'information de l'OFSP, pour y inclure éventuellement des informations sur les mesures médicales préliminaires, nous renvoyons au ch. 7 de cet avis sur les propositions *de lege ferenda*. Il en va de même en ce qui concerne d'éventuelles modifications du contenu de la carte de donneur de *Swisstransplant*.

Etant arrivés à la conclusion que les mesures médicales préliminaires nécessitent un consentement spécifique, nous allons maintenant analyser en détail le régime juridique applicable à ces mesures.

⁷⁶ Message relatif à la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine, p. 6877. De même, CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif à la CDHB*, par. 37.

4. Consentement aux mesures médicales préliminaires

4.1. Généralités

À la différence du consentement pour le prélèvement d'organes sur une personne décédée, qui est une intervention qui a lieu *post mortem*, le consentement aux mesures médicales préliminaires se rapporte à des interventions sur une personne vivante. Les mesures médicales préliminaires se distinguent toutefois sur un point important des interventions ordinaires sur une personne vivante dans le domaine médical: il s'agit de mesures qui ne sont pas prises dans l'intérêt de la personne vivante concernée, c'est-à-dire le donneur potentiel, et qui peuvent impliquer certains risques pour ce dernier.

Juridiquement, le consentement constitue le motif justificatif de l'intervention médicale qui, de par sa nature, implique que le médecin porte atteinte à l'intégrité physique du patient.⁷⁷ Le consentement en tant que motif justificatif d'une atteinte à l'intégrité physique du patient ne déploie ses effets que s'il est libre et éclairé. Le consentement est libre lorsqu'il est exempt de pression, de contrainte et de tromperie. Il est éclairé lorsque la personne concernée donne son consentement en toute connaissance de cause, après avoir reçu l'information pertinente. En l'absence de consentement valable du patient, un traitement médical est donc en principe illicite.⁷⁸

4.2. Bases légales

Tout traitement médical nécessite en principe le consentement libre et éclairé de la personne concernée. L'article 5 de la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine (cité: CDHB)⁷⁹ prévoit qu'une «*intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé*». Le rapport explicatif à la CDHB précise que la notion d'intervention est conçue de façon large, comprenant tout acte médical, quel que soit son but.⁸⁰ Il paraît intéressant de mentionner que le Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine, signé et ratifié par la Suisse, ne fait aucune référence à la question des mesures médicales préliminaires.⁸¹

En droit interne, l'exigence du consentement découle de la liberté personnelle en droit public (art. 10 Cst.)⁸² et de la protection de la personnalité en droit

⁷⁷ MANAÏ, p. 31.

⁷⁸ JOSSEN, p. 51; DEVAUD, p. 199 s.; GUILLOD, *Consentement éclairé*, p. 39 ss. Sont réservés les cas d'urgence vitale, cf. ch. 4.5.5.1.

⁷⁹ Convention du 4 avril 1997 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, STCE 164 (RS 0.810.2, RO 2008 5137). Cf. <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/164.htm> (consulté le 5.07.2010). La Suisse a ratifié la CDHB le 24 juillet 2008. La Convention est entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} novembre 2008.

⁸⁰ CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif à la CDHB*, par. 34.

⁸¹ Protocole additionnel du 24 janvier 2002 à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine, STCE 186 (RS 0.810.22, RO 2010 867). Cf. <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/186.htm> (consulté le 5.07.2010). La Suisse a ratifié le Protocole additionnel le 10 novembre 2009. Le Protocole est entré en vigueur le 1^{er} mars 2010.

⁸² Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101, RO 1999 2556; cité: Cst.).

privé (art. 28 CC).⁸³ Plus spécifiquement, l'article 10 al. 1 LTx prévoit l'exigence du consentement du donneur potentiel pour des mesures prises **avant le décès** et dont le but est de conserver les organes en vue d'un prélèvement.

Nous tenons à rappeler que la LTx et l'OTx donnent une réponse claire pour les mesures médicales nécessaires en vue d'un prélèvement d'organes prises **après le décès**. En l'absence de consentement par le donneur potentiel lui-même,⁸⁴ les mesures médicales préliminaires peuvent être prises pendant 72 heures après le décès, le temps de contacter les proches (art. 10 al. 3 LTx et art. 8 OTx).

À titre de règle émanant du milieu privé, les directives médico-éthiques de l'ASSM relatives au diagnostic de la mort dans le contexte de la transplantation d'organes, du 24 mai 2005, prévoient que «*les mesures médicales exclusivement destinées à la préservation des organes, des tissus ou des cellules ne peuvent être pratiquées avant le décès du donneur que si celui-ci a été dûment informé et y a librement consenti*».⁸⁵

4.3. Caractéristiques

4.3.1. Forme du consentement

Le consentement à un traitement médical n'est en principe pas soumis à des exigences de forme particulières.⁸⁶ Il en va de même pour les mesures médicales préliminaires en vue d'un prélèvement d'organes. Comme l'article 10 LTx ne prévoit aucune exigence particulière de forme, le principe général de la liberté de la forme s'applique.

Le consentement aux mesures médicales préliminaires peut dès lors être donné de façon **expresse** ou de manière **tacite** (ou implicite).⁸⁷ Le consentement exprès («*ausdrückliche Zustimmung*») peut être donné par écrit ou par oral. On parle de consentement tacite («*konkludente Zustimmung*») lorsque le comportement de la personne concernée permet de déduire sa volonté de consentir. Un comportement purement passif ne peut d'ailleurs pas constituer un consentement tacite. Il faut un certain degré de comportement actif.⁸⁸ Que le consentement soit exprès ou tacite, il ne peut être valablement donné que lorsque la personne qui l'exprime est capable de discernement.⁸⁹

Les mesures médicales préliminaires sont ainsi soumises à la règle de la liberté de la forme du consentement. Il faut noter toutefois que les directives médico-éthiques de l'ASSM relatives au diagnostic de la mort dans le

⁸³ HAAS, p. 30 ss.

⁸⁴ Il faut rappeler ici qu'un consentement préalable au don d'organes n'englobe pas un consentement aux mesures médicales préliminaires.

⁸⁵ ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, *Diagnostic de la mort*, p. 12 ch. 5.

⁸⁶ GUILLOD, *Consentement éclairé*, p. 53.

⁸⁷ JOSSEN, p. 217; HAAS, p. 69 ss. La CDHB utilise la notion d'implicite au lieu de tacite.

⁸⁸ JOSSEN, p. 219 s.; HAAS, p. 76 s.

⁸⁹ HAAS, p. 325.

contexte de la transplantation d'organes, du 24 mai 2005, se montrent plus strictes à cet égard, puisqu'elles exigent un consentement « explicite » (dans le sens d'un consentement spécifique) du donneur potentiel.⁹⁰ La liberté quant à la forme du consentement s'applique en outre indépendamment de la question de savoir qui exprime le consentement: il peut s'agir aussi bien du patient capable de discernement lui-même que d'une personne habilitée à le représenter s'il est incapable de discernement.⁹¹

Il paraît important de noter que la distinction entre un consentement exprès et un consentement tacite n'influence en rien le contenu de l'information à fournir. Que le consentement soit exprès ou tacite, il n'est valable que si la personne concernée a été informée de manière adéquate.⁹²

La doctrine distingue en général entre les actes médicaux courants et les actes médicaux importants, qui entraînent certains risques.⁹³ Pour cette deuxième catégorie d'actes médicaux, un consentement exprès du patient s'impose. Pour des actes médicaux courants par contre, un consentement tacite peut être suffisant.⁹⁴ Dans tous les cas, le médecin supporte le fardeau de la preuve en ce qui concerne le consentement.⁹⁵ C'est pourquoi la forme écrite du consentement s'est généralisée en milieu hospitalier, du moins pour les interventions lourdes. Comme les mesures médicales préliminaires en vue d'un prélèvement d'organes ne sont pas prises dans l'intérêt du donneur potentiel, mais dans le but de préserver ses organes, et que ces mesures présentent un caractère invasif, un consentement exprès, de préférence par écrit pour des raisons de preuve, paraît hautement recommandable.⁹⁶

À la différence des notions de consentement exprès ou tacite, qui décrivent la forme dans laquelle le consentement est exprimé, la notion de consentement présumé («*mutmassliche Zustimmung*»), découlant de la volonté présumée («*mutmasslicher Wille*») du patient, ne concerne pas le mode d'expression du consentement. La notion de consentement présumé résulte de la situation personnelle du patient. Elle entre en jeu lorsqu'une personne, en l'espèce le donneur potentiel, est incapable de discernement, en raison d'une lésion cérébrale grave par exemple. Nous reviendrons sur la notion de volonté présumée plus loin.⁹⁷ Pour la volonté présumée, c'est d'ailleurs également le médecin qui supporte le fardeau de la preuve.⁹⁸

⁹⁰ ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, *Diagnostic de la mort*, p. 11 ch. 4.

⁹¹ Dans son message concernant la révision du Code civil suisse, le Conseil fédéral constate que «[l]a décision du représentant quant aux soins n'est soumise à aucune forme. Elle peut dès lors résulter d'actes concluants». Cf. Message concernant la révision du code civil suisse, p. 6670.

⁹² Message relatif à la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine, p. 6877.

⁹³ GUILLOD, *Consentement éclairé*, p. 53.

⁹⁴ La doctrine admet en général que pour des interventions mineures, diagnostiques et peu invasives comme une prise de sang par exemple, un consentement tacite est entièrement suffisant en pratique. Cf. par exemple JOSSEN, p. 219; KUHN/POLEDNA, p. 213.

⁹⁵ KUHN/POLEDNA, p. 217 ss. Cf. également ATF 133 III 121, 129.

⁹⁶ OLIVIER GUILLOD retient dans ce contexte qu' «[u]n écrit peut [...] s'ajouter avec profit au dialogue, en particulier pour les interventions qui sont dénuées de but thérapeutique direct». Cf. GUILLOD, *Consentement éclairé*, p. 58 s.

⁹⁷ Cf. ch. 4.5.3.

⁹⁸ HAAS, p. 323.

4.3.2. Contenu de l'information

En lien avec la question des mesures médicales préliminaires en vue d'un prélèvement d'organes, il faut réfléchir également au contenu de l'information à fournir au donneur potentiel pour obtenir un consentement éclairé. La jurisprudence du Tribunal fédéral délimite le contenu de l'information à transmettre par le médecin. La personne concernée ne peut consentir valablement que lorsqu'elle a reçu toutes les informations importantes, en particulier sur le diagnostic et le pronostic, les motifs des mesures, leur but, leurs répercussions et leurs risques.⁹⁹ En outre, le médecin doit communiquer l'information «*en termes clairs, intelligibles et aussi complets que possible*».¹⁰⁰

Comme il s'agit en l'espèce de mesures qui sont prises non pas dans l'intérêt du donneur potentiel, mais dans le but de conserver les organes, il paraît indispensable d'intégrer à l'information des explications vulgarisées sur les aspects techniques de la préservation des organes et sur la nécessité des mesures médicales préliminaires pour la réussite de la transplantation ultérieure. Pour reprendre l'idée avancée par un organisme canadien, les destinataires de l'information «*doivent comprendre comment chaque intervention pourrait augmenter les chances de succès du don après le décès*».¹⁰¹

Autrement dit, l'information à fournir au donneur potentiel pour obtenir un consentement éclairé concernant des mesures médicales préliminaires doit inclure des explications sur la nature de ces mesures. Pour le **donneur potentiel à cœur battant**, l'information doit englober des explications sur (a) les appareils de support mécanique, (b) les traitements médicamenteux, (c) les analyses de laboratoire et (d) les analyses médicales de type sérologique et immunologique. Pour le **donneur potentiel à cœur non battant**, l'information doit englober des explications sur (a) les traitements médicamenteux, (b) l'installation d'une canulation artérielle et (c) les analyses médicales de type sérologique et immunologique.

En plus des éclaircissements sur la nature des mesures médicales préliminaires, l'information doit contenir également des explications sur le but et la nécessité de ces mesures, ainsi que sur leurs conséquences. Pour davantage de détails, nous renvoyons aux développements présentés sous les ch. 2.3 et 2.4 du présent avis de droit.

Il est important de noter dans ce contexte que le contenu de l'information relative aux mesures médicales préliminaires doit être le même, qu'il s'agisse d'un donneur potentiel capable de discernement ou d'un donneur incapable de discernement (art. 5 et 6 ch. 4 CDHB).¹⁰² Dans la seconde hypothèse, l'information est simplement destinée au proche ou à la personne de confiance du donneur potentiel.

⁹⁹ ATF 133 III 121, 129. Cf. également MANAÏ, p. 82 ss; CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif à la CDHB*, par. 35.

¹⁰⁰ ATF 133 III 121, 129.

¹⁰¹ CONSEIL CANADIEN POUR LE DON ET LA TRANSPLANTATION, p. 7.

¹⁰² CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif à la CDHB*, par. 47.

Un dernier aspect reste à soulever. L'information relative à une interruption des mesures de maintien de la vie doit être clairement séparée, et donnée préalablement à l'information relative aux mesures médicales préliminaires en vue d'un prélèvement d'organes. Nous reviendrons plus loin sur l'importance de distinguer les différentes étapes menant à un prélèvement d'organes sur un donneur décédé.¹⁰³

4.3.3. Délai de réflexion

Le consentement éclairé du patient doit être donné librement. Pour garantir cette liberté de décision, le patient a droit à une information claire et complète, fournie suffisamment à l'avance pour que, selon les mots du Tribunal fédéral, «*il puisse prendre en toute sérénité sa décision*».¹⁰⁴ Le délai de réflexion dépend en général de l'importance d'une intervention, quant à sa nature, ses risques et ses conséquences. Pour une opération sans gravité particulière, le délai de réflexion peut se limiter à un jour selon le Tribunal fédéral. Lorsque l'intervention est lourde ou présente des risques importants, le temps à laisser au patient pour se décider doit en revanche atteindre trois jours au moins.¹⁰⁵

Dans le contexte du don d'organes entre vifs, l'article 9 al. 3 OTx impose aux médecins chargés du prélèvement d'accorder au donneur vivant «*un délai de réflexion raisonnable pour décider s'il donne son consentement ou non*». L'article 16 al. 3 du projet de loi relative à la recherche sur l'être humain prévoit également qu'un délai de réflexion raisonnable doit être accordé à la personne concernée avant qu'elle ne se prononce sur sa participation à un projet de recherche.

Un délai de réflexion raisonnable doit donc aussi être respecté, tant en ce qui concerne le donneur potentiel que ses proches. Compte tenu des circonstances particulières de la situation du don d'organes *post mortem*, un délai de quelques heures au moins nous semble approprié à cet égard, sans aller jusqu'au délai d'un jour préconisé par le Tribunal fédéral pour les opérations de peu de gravité.

4.4. Donneur potentiel capable de discernement

Le droit de consentir à un acte médical est un droit strictement personnel au sens de l'article 19 al. 2 CC.¹⁰⁶ Il en découle qu'un **mineur** et une **personne interdite** capables de discernement ont la faculté de donner eux-mêmes un tel consentement. Ils peuvent donc décider personnellement aussi des mesures médicales préliminaires.

¹⁰³ Cf. ch. 6.

¹⁰⁴ Arrêt 4P.265/2002 du Tribunal fédéral du 28 avril 2003, c. 5.2. L'affirmation du Tribunal fédéral concerne une «*intervention particulièrement délicate quant à son exécution ou à ses conséquences*».

¹⁰⁵ Arrêt 4P.265/2002 du Tribunal fédéral du 28 avril 2003, c. 5.2. Sur cette notion de délai de réflexion, cf. aussi MANAÏ, p. 67 s.

¹⁰⁶ ATF 134 II 235, 237; 114 Ia 350, 362.

Le consentement aux mesures médicales préliminaires doit ainsi être donné par le donneur potentiel dès lors qu'il est capable de discernement. Est capable de discernement, selon l'article 16 du Code civil, «*toute personne qui n'est pas dépourvue de la faculté d'agir raisonnablement à cause de son jeune âge, ou qui n'en est pas privée par suite de maladie mentale, de faiblesse d'esprit, d'ivresse ou d'autres causes semblables*».

Dans les rares hypothèses où un donneur potentiel est conscient et capable de discernement, les mesures médicales préliminaires peuvent être entamées lorsqu'il a donné son consentement, ce qui implique que l'information telle qu'elle a été décrite ci-dessus lui a été préalablement fournie.¹⁰⁷ L'information sur les mesures médicales préliminaires et le consentement y relatif doivent intervenir avant l'arrêt des mesures de maintien de la vie.

Quelle que soit la nature des mesures médicales préliminaires, le donneur potentiel capable de discernement doit y consentir. Certaines mesures médicales préliminaires peuvent accélérer le décès ou impliquer certains désagréments pour le donneur potentiel. Il faut dès lors examiner de plus près si le donneur potentiel capable de discernement peut valablement consentir à des mesures médicales qui ne sont pas prises dans son intérêt objectif.

Les conflits entre la volonté et l'intérêt objectif du patient ne sont pas rares en médecine. Donner de son vivant un rein, de la moelle, une partie de son foie ou simplement du sang, participer à une expérimentation médicale, demander une stérilisation, refuser une transfusion de sang en sont quelques exemples. Dans toutes ces situations, la volonté du patient se révèle déterminante. Compte tenu de l'importance accordée aujourd'hui au droit à l'autodétermination, il est désormais admis que la volonté du patient capable de discernement doit être respectée même si cette volonté va à l'encontre de ses intérêts objectifs.¹⁰⁸

À cet égard, on pourrait aussi tirer un certain parallèle avec l'euthanasie passive et l'euthanasie active indirecte. Pour ces deux actes, comme pour les mesures médicales préliminaires, l'intention première des médecins ne consiste pas à tuer le patient. En ce qui concerne l'**euthanasie passive**, on renonce à la mise en œuvre de mesures de maintien de la vie ou on les interrompt, en général en raison du caractère proche ou irrémédiable de la mort. Dans le cadre de l'**euthanasie active indirecte**, des substances (par exemple de la morphine) sont administrées pour soulager des souffrances, dont les effets secondaires sont susceptibles de réduire la durée de la survie. Le fait que le décès puisse ainsi survenir prématurément est accepté. Ces deux formes d'euthanasie ne sont pas expressément réglées par le Code pénal,¹⁰⁹ mais elles sont considérées comme admises.¹¹⁰

¹⁰⁷ Cf. ch. 4.3.2. Du même avis, DEPARTEMENT FEDERAL DE L'INTERIEUR, *Rapport explicatif sur l'avant-projet*, p. 91.

¹⁰⁸ MANAÏ, p. 45; ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, *Autodétermination*, p. 3 ch. 1.

¹⁰⁹ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0; RO 54 781).

¹¹⁰ STRATENWERTH/WOHLERS, *ad art. 114 CP*, p. 360 N 2.

La prise de **mesures médicales préliminaires** en vue d'un prélèvement d'organes se distingue à première vue de l'euthanasie passive ou active indirecte puisqu'elles servent un intérêt extérieur au patient, celui de préserver les organes en vue d'un prélèvement ultérieur. Les trois situations peuvent tout de même être réduites à un **dénominateur commun**: le fait de respecter la volonté valablement exprimée par un patient capable de discernement concernant le sort de son corps. Il s'ensuit que, même si l'on admet que les mesures médicales préliminaires sont contraires aux intérêts objectifs du donneur potentiel, la volonté émise par ce dernier alors qu'il est capable de discernement doit être pleinement respectée.¹¹¹ C'est bien le consentement du donneur potentiel qui peut justifier le fait de l'exposer à un certain risque qui n'est pas pris dans son intérêt direct.

4.5. Donneur potentiel incapable de discernement

4.5.1. Question de la représentation

Dans la majorité des cas, le donneur potentiel se trouve en état d'inconscience dans une unité de soins intensifs. Il est par conséquent incapable de discernement. Lorsqu'un patient ne possède pas la capacité de discernement, le consentement à son traitement médical doit être donné par une personne habilitée à décider à sa place. En effet, le droit de consentir à une intervention médicale constitue un **droit strictement personnel relatif** qui peut, en tant que tel, être exercé par représentation.¹¹²

Nous avons évoqué auparavant la situation **après le décès**.¹¹³ Pour la situation **avant le décès**, l'article 10 al. 1 LTx prévoit que le donneur doit consentir aux mesures médicales qui visent à conserver les organes. Par contre, la LTx et la réglementation d'exécution restent muettes quant à l'hypothèse d'un donneur potentiel incapable de discernement. Dans son message concernant la loi sur la transplantation, le Conseil fédéral part de l'idée qu'une représentation est exclue en ce qui concerne les mesures médicales préliminaires: «*un consentement donné par les proches ou le représentant légal n'entre pas en ligne de compte dans de tels cas, puisque ces personnes ne peuvent consentir qu'à des mesures correspondant à l'intérêt objectif du patient*». ¹¹⁴

Nous ne partageons absolument pas cet avis qui n'est du reste guère conciliable, d'un point de vue systématique notamment, avec l'état actuel du droit suisse. Le Conseil fédéral appuie son affirmation sur un passage d'un arrêt du Tribunal fédéral qui ne constitue qu'un *obiter dictum* et dont l'analyse montre qu'il est plus nuancé que la position absolutiste que le Conseil fédéral veut y voir. Le Tribunal fédéral mentionne en effet dans cet arrêt que le représentant doit «*tenir compte des vœux*»¹¹⁵ émis par le patient avant qu'il ne soit privé de son discernement. Il illustre en outre son propos en disant

¹¹¹ DEVAUD, p. 113.

¹¹² ATF 114 Ia 350, 362. Cf. également MANAI, p. 188.

¹¹³ Cf. ch. 2.4.3.

¹¹⁴ Message concernant la loi sur la transplantation, p. 139 s.

¹¹⁵ ATF 114 Ia 350, 363.

que le représentant ne peut pas accepter «*une expérimentation scientifique*» ou «*une intervention mutilante ou de nature à porter une atteinte grave à son intégrité physique*»¹¹⁶. Les mesures médicales préliminaires dont il est question ici ne sont pas comparables aux exemples donnés par le Tribunal fédéral.

Comme pour toute décision médicale concernant un patient incapable de discernement, c'est le régime ordinaire de la décision par substitution qui doit intervenir. L'article 10 al. 1 LTx ne donne aucun indice quant à une exception ou une dérogation à la règle générale selon laquelle le consentement à un acte médical peut être recueilli auprès du représentant du patient. La lettre de l'article 10 al. 1 LTx ne s'oppose pas à ce que les mesures médicales visées soient acceptées par un représentant du donneur potentiel.

Il faut noter en outre que dans d'autres domaines médicaux où il s'agit de prendre des mesures qui ne servent pas l'intérêt thérapeutique de la personne incapable de discernement concernée (le prélèvement de tissus et de cellules sur une personne vivante,¹¹⁷ la recherche,¹¹⁸ la stérilisation¹¹⁹ ou certaines analyses génétiques¹²⁰ par exemple), la représentation n'est pas exclue. La décision d'accepter des mesures médicales préliminaires en vue d'un prélèvement d'organes ne constitue dès lors pas l'exercice d'un droit strictement personnel absolu excluant toute représentation. Les mesures ne constituant pas une atteinte grave à l'intégrité corporelle du donneur potentiel, il n'est en outre pas interdit à son représentant de les accepter, d'autant plus que cela va dans le sens de la volonté exprimée de donner ses organes.

4.5.2. Processus de décision

Une personne incapable de discernement n'est pas en mesure d'exprimer un consentement valable à des mesures médicales préliminaires. Elle peut cependant avoir pris une décision de manière anticipée dans un document écrit (directive anticipée). En outre, selon la situation du donneur potentiel incapable de discernement concerné, différentes personnes peuvent détenir un pouvoir de décider en son nom.

Le processus décisionnel mérite ainsi une attention particulière. Le médecin compétent ou le personnel soignant doivent vérifier si le donneur potentiel a rédigé des directives anticipées ou s'il a désigné une personne de confiance et, dans la négative, s'il dispose d'un représentant légal. Il n'est pas rare qu'il n'existe ni directives anticipées, ni représentant thérapeutique et qu'aucun représentant légal n'ait été désigné. Dans ces situations, le droit cantonal reconnaît parfois un droit des proches d'être consultés, voire leur accorde un véritable pouvoir de décision. Dans tous les cas, il faut rechercher des

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ Art. 13 al. 2 LTx.

¹¹⁸ Art. 23 du projet de loi fédérale du 21 octobre 2009 relative à la recherche sur l'être humain, FF 2009, p. 7377-7400.

¹¹⁹ Art. 7 de la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur les conditions et la procédure régissant la stérilisation de personnes (RS 211.111.1; RO 2005 2499).

¹²⁰ Art. 10 al. 2 de la loi fédérale du 8 octobre 2004 sur l'analyse génétique humaine (RS 810.12; RO 2007 635).

informations sur les convictions et les comportements antérieurs du donneur potentiel afin de pouvoir établir sa volonté présumée.¹²¹ À cet égard, une attention particulière doit être portée aux discussions avec les proches et d'éventuelles autres personnes (par exemple le médecin de famille).¹²²

Nous présentons successivement dans les prochains paragraphes les différentes solutions envisageables en droit positif lorsqu'un donneur potentiel est incapable de discernement: décision du représentant légal, directives anticipées, décision de la personne de confiance (appelée également représentant thérapeutique), rôle des proches.

4.5.2.1. Représentant légal

Lorsque le donneur potentiel incapable de discernement est un mineur ou une personne interdite, c'est le représentant légal qui dispose d'un pouvoir décisionnel. Ont qualité de représentant légal la ou les personnes qui détiennent un pouvoir général de représentation, fondé sur une disposition légale. Le(s) détenteur(s) de l'autorité parentale sont les représentants légaux de leurs enfants mineurs (art. 304 CC), tandis que le tuteur est le représentant légal du pupille (art. 407 CC), que ce dernier soit mineur mais pas sous autorité parentale (art. 368 CC) ou qu'il soit majeur (art. 369 ss CC).¹²³

Lorsqu'un patient incapable de discernement a un représentant légal, ce dernier exerce les droits du patient. Le représentant légal doit se déterminer selon l'intérêt objectif du patient et, le cas échéant, en tenant compte de la volonté exprimée par ce dernier avant son incapacité.

En effet, il est important de faire une différence entre le donneur potentiel qui n'a jamais été capable de discernement (incapacité originaire) et le donneur potentiel qui a perdu la capacité de discernement dont il était doté auparavant (incapacité ultérieure).¹²⁴ Lorsqu'il s'agit d'une incapacité ultérieure, le représentant légal doit prendre en compte la **volonté présumée** de la personne, tandis qu'en cas d'incapacité originaire, il doit faire respecter plus strictement l'**intérêt objectif** de la personne. Une personne atteinte d'une incapacité originaire n'a jamais eu de volonté propre; il n'est donc pas possible de dégager sa volonté présumée.¹²⁵

¹²¹ Cf. par exemple l'art. 23c de la loi vaudoise sur la santé publique du 29 mai 1985 (RSV 800.01): «*En l'absence de directives anticipées ou de représentant thérapeutique, le professionnel de la santé doit obtenir l'accord du représentant légal ou, à défaut, recueillir l'avis de ses proches après leur avoir fourni les informations nécessaires*».

¹²² ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, *Autodétermination*, p. 5 ch. 2.2.

¹²³ Il faut rappeler toutefois qu'un mineur et une personne interdite capables de discernement décident personnellement d'un traitement médical (art. 19 al. 2 CC).

¹²⁴ Sur la distinction, cf. DEVAUD, p. 120 s.

¹²⁵ JOSSEN, p. 51 s.; ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, *Autodétermination*, p. 16.

4.5.2.2. Directives anticipées

Dans la majorité des cas, un patient admis aux soins intensifs et incapable de discernement du fait d'une lésion cérébrale par exemple, ne dispose pas de représentant légal. Il se peut toutefois qu'il ait rédigé des directives anticipées auparavant. Les directives anticipées sont définies comme une déclaration écrite par laquelle une personne capable de discernement au moment de sa rédaction indique, au cas où elle viendrait à perdre postérieurement cette capacité, quel traitement et quelle prise en charge elle accepte ou refuse dans une situation médicale déterminée.¹²⁶

La validité et la portée juridique des directives anticipées ne sont actuellement pas réglées par le droit fédéral,¹²⁷ à la différence de plusieurs réglementations cantonales, spécialement en Suisse romande. Pour certains auteurs, les directives anticipées ne constituent qu'un indice de la volonté de leur auteur, important mais non déterminant au moment d'établir la **volonté présumée** d'un patient incapable de discernement.¹²⁸ D'autres auteurs considèrent au contraire les directives anticipées comme une expression de la **volonté réelle et actuelle** du patient concerné, dont le respect est impératif.¹²⁹ Les législateurs romands se sont tous ralliés à cette seconde conception.¹³⁰

La pertinence des directives anticipées dépend largement de la précision et de la clarté de leur contenu, du décalage temporel entre le moment où elles ont été rédigées et le moment où une décision doit être prise pour un patient incapable de discernement ainsi que de l'état des connaissances du patient au moment où il a rédigé les directives anticipées.¹³¹

Même si les directives anticipées traitent très souvent des questions de fin de vie, il paraît peu probable qu'elles abordent la question des mesures médicales préliminaires en vue d'un prélèvement d'organes. Une carte de donneur d'organe constitue d'ailleurs une forme particulière de directive anticipée. Mais, comme nous l'avons déjà mentionné, le niveau de connaissances de la population quant à l'existence de ces mesures prises en vue d'un prélèvement d'organes est quasiment nul. Il s'ensuit que si le donneur potentiel incapable de discernement s'est simplement exprimé en faveur du don d'organes dans des directives anticipées, on ne peut pas en déduire un consentement valable de sa part aux mesures médicales préliminaires.

¹²⁶ ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, *Autodétermination*, p. 17.

¹²⁷ Le nouveau droit fédéral de la protection de l'adulte comble cette lacune. Cf. ch. 4.5.6.

¹²⁸ BUCHER, p. 111 N 512. C'est également la solution minimale adoptée par l'art. 9 CDHB qui permet cependant aux droits nationaux de donner une valeur contraignante aux directives. Sur la controverse en général, cf. JOSSEN, p. 190 ss; ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, *Autodétermination*, p. 10 ss.

¹²⁹ DEVAUD, p. 51.

¹³⁰ Art. 48 de la loi genevoise sur la santé du 7 avril 2006 (RSG K 1 03); art. 23b de la loi vaudoise sur la santé publique du 29 mai 1985 (RSV 800.01); art. 25a de la loi neuchâteloise de santé du 6 février 1995 (RSN 800.1); art. 25 de la loi valaisanne sur la santé du 14 février 2008 (RSVa 800.1).

¹³¹ DEVAUD, p. 50 s.

4.5.2.3. Personne de confiance

En plus d'exprimer un refus ou une acceptation de certains soins, les directives anticipées peuvent également désigner une personne de confiance ou un représentant thérapeutique habilité à décider à la place de l'auteur des directives si ce dernier devait perdre sa capacité de discernement.

La LTx a repris cette possibilité dans le contexte du prélèvement d'organes sur une personne décédée. En vertu de l'article 8 al. 6 LTx, le donneur peut désigner une personne de confiance. Celle-ci agit alors en lieu et place des proches et détient le pouvoir d'autoriser ou de refuser le prélèvement d'organes sur la personne décédée. Elle doit, cependant, prouver que la personne décédée lui a confié cette compétence décisionnelle.¹³²

Vu le lien intrinsèquement étroit entre les mesures médicales préliminaires et le prélèvement d'organes, il paraît cohérent d'affirmer que si le donneur potentiel a désigné une personne de confiance pour prendre une décision concernant un prélèvement d'organes *post mortem*, cette personne peut décider également des mesures médicales préliminaires, selon la **volonté présumée** du donneur potentiel.

4.5.2.4. Proches

La question de savoir qui peut consentir pour un donneur potentiel incapable de discernement qui n'a **pas de représentant** légal est actuellement complexe car le droit fédéral ne fournit pas de réponse très claire. Il s'agit dans la plupart des cas de patients qui se trouvent dans une incapacité de fait, suite à un accident leur ayant causé par exemple des lésions cérébrales graves, et qui ne peuvent par conséquent plus se former une volonté ni la communiquer.

En vertu de l'article 8 al. 3 LTx, les proches disposent d'un pouvoir décisionnel quant à la question d'un prélèvement d'organes *post mortem* lorsque le donneur ne s'est pas prononcé de son vivant. En vertu de l'article 3 OTx, constituent des personnes proches du donneur le conjoint, le partenaire enregistré ou la personne ayant mené de fait une vie de couple avec la personne décédée (let. a), les enfants, les parents, les frères et sœurs (let. b), les grands-parents et les petits-enfants (let. c) ainsi que les autres personnes qui entretenaient des liens étroits avec la personne décédée (let. d).¹³³

La situation est cependant différente avant le décès du donneur potentiel, au moment où des mesures médicales préliminaires doivent être entamées afin qu'un prélèvement ultérieur puisse être effectué dans de bonnes conditions. Selon le droit fédéral actuellement en vigueur, les proches d'un patient n'ont **aucun pouvoir de représentation** en ce qui concerne les décisions relatives au traitement médical de ce patient.¹³⁴ En d'autres termes, les proches ne

¹³² Message concernant la loi sur la transplantation, p. 136.

¹³³ L'art. 3 OTx reprend les principes établis par un arrêt du Tribunal fédéral. Cf. ATF 101 II 177, 193.

¹³⁴ DEVAUD, p. 129; HAAS, p. 320.

constituent pas des personnes habilitées à décider à la place du patient incapable de discernement et ils ne peuvent donc pas consentir à un acte médical le concernant.¹³⁵

Le droit fédéral actuel ne répond pas expressément à la question de savoir à qui appartient la faculté de prendre les décisions concernant le traitement médical d'un patient incapable de discernement qui ne dispose pas d'un représentant légal. Si l'on suit une logique formaliste, il faudrait, en vertu de l'article 392 CC, que l'autorité tutélaire nomme un curateur de représentation au patient et lui confie la mission de décider des soins. Pour des raisons pratiques, il a aussi été proposé que le médecin puisse alors décider en s'inspirant des règles sur la gestion d'affaires, qui commandent au gérant de tenir compte des intérêts et des intentions présumables du maître (art. 419 CO).

Dans un arrêt qui remonte à plus de vingt ans, le Tribunal fédéral avait évoqué le **rôle des proches** d'un patient incapable de discernement. Il avait jugé que *«[l']égalité de traitement entre les incapables de discernement pourvus d'un représentant légal et ceux qui ne le sont pas, par exemple les majeurs qui se trouvent dans un état comateux, sera sauvegardée si l'on admet que le médecin doit dans la seconde hypothèse prendre l'avis des proches ou des familiers»*.¹³⁶ Cette jurisprudence semblait indiquer que le rôle des proches ne consistait qu'à fournir au médecin un avis de caractère consultatif, du fait qu'il s'agit des personnes les mieux placées pour connaître les intentions et la volonté présumable du patient.¹³⁷ Mais elle demeurait dans l'idée, autrefois répandue, que c'est le médecin qui demeure l'ultime responsable de la décision.¹³⁸

Le manque de réponse claire du droit fédéral a amené les cantons à légiférer en la matière, mais en ordre dispersé puisqu'ils ont adopté des solutions très variables. Dans l'attente du futur droit fédéral de la protection de l'adulte qui apportera enfin des solutions uniformes à la question,¹³⁹ il faut se référer dans chaque cas d'espèce au droit cantonal pertinent que l'on trouve d'habitude dans la législation sanitaire (spécialement les lois sur la santé). De manière schématique, on peut dire que les législateurs cantonaux ont attribué le pouvoir de décision soit au médecin seul, soit aux membres de la famille ou aux proches¹⁴⁰, soit encore à la personne de confiance désignée par le patient.¹⁴¹ Pour le moment, le rôle des proches dépend ainsi très largement de la législation sanitaire cantonale.

Il faut souligner cependant que la solution consistant à octroyer le pouvoir de décision au médecin n'est pas compatible avec l'article 6 ch. 3 CDHB qui exige que toute intervention soit alors effectuée avec *«l'autorisation de son [le*

¹³⁵ MANAI, p. 191.

¹³⁶ ATF 114 Ia 350, 364.

¹³⁷ GUILLOD, *Consentement éclairé*, p. 180.

¹³⁸ MANAI, p. 195. Le Tribunal fédéral n'a jamais véritablement réexaminé la question.

¹³⁹ Cf. ch. 4.5.6.

¹⁴⁰ Le point de savoir si cette solution doit être jugée conforme ou non au droit fédéral n'a jamais été tranchée par la jurisprudence.

¹⁴¹ MARTENET/DEVAUD, p. 276.

patient] *représentant, d'une autorité ou d'une personne ou instance désignée par la loi*». C'est la raison pour laquelle, lors de la ratification de la CDHB en 2008, la Suisse a émis une réserve concernant cet article, permettant aux cantons ayant adopté une réglementation s'écartant de l'article 6 ch. 3 CDHB de conserver celle-ci jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle législation fédérale régissant la protection de l'adulte.¹⁴²

Il découle de ce qui précède la situation paradoxale qu'en droit positif, la LTx accorde aux proches un **pouvoir décisionnel** concernant le prélèvement d'organes **après la mort**, mais que les mêmes personnes n'ont pas de pouvoir décisionnel **avant la mort** du donneur potentiel, à moins que le droit cantonal ne le leur confère expressément. Les proches jouent néanmoins un rôle essentiel dans la recherche de la volonté présumable du donneur potentiel. En outre, comme ils peuvent décider après le décès, il faut naturellement les consulter aussi avant le décès au sujet des mesures médicales préliminaires, dans le but d'obtenir leur assentiment. C'est d'autant plus nécessaire qu'il existe un lien intrinsèquement étroit entre ces mesures et le prélèvement d'organes. Autrement dit, comme la décision quant à un prélèvement d'organes se situe dans la suite logique d'une décision sur la prise de mesures médicales préliminaires, une coordination entre les deux consentements est indispensable.

4.5.3. Volonté présumée du donneur potentiel

Il ressort du paragraphe précédent que lorsqu'un donneur potentiel est incapable de discernement, c'est principalement sa volonté présumable qui doit être recherchée pour justifier une décision (des proches ou du médecin) de prendre d'éventuelles mesures médicales préliminaires. La recherche de la volonté présumable du donneur potentiel s'impose du fait qu'il n'est pas en mesure de recevoir une information ni d'exprimer un consentement.

Nous tenons à préciser que, d'un point de vue théorique, la notion de volonté présumée détient deux rôles différents. Elle est, d'une part, un élément qui doit guider le consentement explicite ou tacite du représentant légal ou de la personne de confiance du donneur incapable de discernement habilités à le représenter. Par contre, lorsque le donneur potentiel incapable de discernement ne dispose ni d'un représentant légal ni d'une personne de confiance habilitée à le représenter, la volonté présumée sert à établir le consentement présumé du donneur potentiel.¹⁴³ En effet, le consentement présumé, découlant de la volonté présumée du donneur potentiel incapable de discernement, tend à remplacer un consentement explicite ou tacite.¹⁴⁴

¹⁴² Cf. l'Arrêté fédéral du 20 mars 2008 portant approbation de la CDHB, FF 2008 2125.

¹⁴³ HAAS, p. 314.

¹⁴⁴ Certaines conditions doivent être respectées pour qu'un consentement présumé puisse remplacer un consentement explicite ou tacite. Le consentement présumé a toujours un caractère subsidiaire, c'est-à-dire il n'intervient que lorsqu'il est impossible ou vain d'obtenir un consentement explicite ou tacite de la personne concernée ou de son représentant légal. C'est normalement le cas d'une personne atteinte d'une lésion cérébrale grave, qui ne va pas récupérer la capacité de discernement avant sa mort, mais qui n'a pas de représentant légal du fait qu'elle possédait cette capacité avant l'incident qui a provoqué la lésion cérébrale. Aussi, la volonté (subjective) présumée de la personne concernée doit être connue. C'est là où les proches interviennent pour aider à déterminer la volonté présumée. Cf. HAAS, p. 318 s.

Cette distinction théorique est toutefois sans incidence pratique, le mode d'établissement de la volonté présumée étant le même pour les deux hypothèses. En outre, il faut noter que la distinction tombera avec l'entrée en vigueur de la révision du droit de la protection de l'adulte, qui règle la question de la représentation dans le domaine médical.¹⁴⁵

Lorsqu'il s'agit d'un patient qui a toujours été incapable de discernement, ou lorsque la volonté présumée ne peut pas être établie faute d'indices, il faut déterminer l'intérêt objectif du donneur potentiel. Nous reviendrons à la notion de l'intérêt objectif par la suite.¹⁴⁶

L'article 8 al. 3 LTx fait une référence explicite à la volonté présumée de la personne décédée, qui doit guider la décision des proches quant à la question d'un éventuel prélèvement.¹⁴⁷ Par analogie, il paraît cohérent de soutenir que les proches, voire le représentant légal ou la personne de confiance, doivent se laisser guider par la volonté présumée du donneur potentiel incapable de discernement en ce qui concerne les mesures médicales préliminaires prises avant son décès.

La volonté présumée correspond à la volonté que le donneur potentiel exprimerait vraisemblablement s'il était encore capable de discernement.¹⁴⁸ La question délicate consiste à déterminer quels sont les **éléments** qui permettent d'établir la volonté présumée d'un donneur potentiel.¹⁴⁹

Tout d'abord, il s'agit d'établir la volonté concrète et individuelle de la personne concernée dans les circonstances qui se présentent. La volonté théorique d'une personne objective et raisonnable n'est donc pas déterminante.¹⁵⁰ Pour établir la volonté présumée d'un donneur potentiel, il faut se demander quelle serait sa décision quant à la prise de mesures médicales préliminaires s'il était en mesure de s'exprimer lui-même.¹⁵¹ Ensuite, il faut tenir compte des intérêts, des besoins et des valeurs individuels du donneur potentiel. À cet égard, un certain nombre d'indices peuvent s'avérer utiles: déclarations antérieures (directives anticipées); choix de valeurs (éthiques, politiques, idéologiques ou religieuses) apparents dans divers comportements passés; souhaits, circonstances de vie et opinions qui peuvent avoir une influence sur la décision à prendre dans la situation concrète; indices biographiques; déclarations faites par les proches.

Pour établir la volonté présumée, il faut ainsi tenir compte des préférences du patient, de ses comportements antérieurs, de sa volonté et de ses intentions, qui peuvent découler de son mode de vie, de ses convictions, de ses idées et de ses réactions.¹⁵² Les directives de l'ASSM se réfèrent à la «*[l]a manière*

¹⁴⁵ Cf. ch. 4.5.6.

¹⁴⁶ Cf. ch. 4.5.4.

¹⁴⁷ Il en va de même de l'art. 379 CC, inséré par la révision du droit de la protection de l'adulte. Cette disposition prévoit qu'en cas d'urgence, «*le médecin administre les soins médicaux conformément à la volonté présumée et aux intérêts de la personne incapable de discernement*».

¹⁴⁸ JOSSEN, p. 51; HAAS, p. 314.

¹⁴⁹ HAAS, p. 319 ss.

¹⁵⁰ HAAS, p. 319.

¹⁵¹ ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, *Autodétermination*, p. 19.

¹⁵² DEVAUD, p. 129.

dont [le patient] a pensé et agi durant sa vie, ainsi que ses préférences»¹⁵³ et aux «déclarations faites antérieurement et autres indices biographiques».¹⁵⁴ Le poids de la biographie personnelle souligne l'importance d'impliquer les proches dans le processus de décision.

L'équipe médicale a besoin des proches pour dégager la volonté présumée du patient. Le médecin ne peut pas sauter l'étape de déterminer la volonté présumée du donneur potentiel à l'aide de discussions avec les proches. Il n'y a en général pas d'urgence à interrompre les traitements de maintien de la vie chez un donneur potentiel. Le médecin peut et doit attendre d'avoir pu contacter les proches et discuté avec eux. Il ne pourrait pas justifier de renoncer à parler aux proches en invoquant un soi-disant devoir d'agir dans l'intérêt bien compris du donneur potentiel puisque les mesures médicales préliminaires ne sont pas d'ordre thérapeutique et ne servent en principe justement pas l'intérêt du patient. Comme nous verrons encore par la suite, la notion d'intérêt bien compris du donneur potentiel ne plaide *a priori* pas en faveur de la prise de mesures médicales préliminaires en vue d'un prélèvement d'organes.¹⁵⁵

Il reste à déterminer quel est le degré d'intensité ou de vraisemblance que doit revêtir la volonté présumée du donneur potentiel pour qu'elle puisse être retenue comme pertinente. Une réponse générale et abstraite à cette question n'est cependant pas possible. Il est cependant indispensable que la présomption d'une certaine volonté puisse se rattacher à des éléments suffisamment parlants tirés de la biographie personnelle du donneur potentiel. Ainsi, selon RAPHAËL HAAS, «*muss der (subjektive) mutmassliche Wille der betroffenen Person klare Anhaltspunkte dafür geben, dass sie diesen Eingriff tatsächlich will*» (mise en évidence ajoutée).¹⁵⁶ Lorsque les éléments à disposition permettent réellement d'établir une volonté présumée du donneur potentiel incapable de discernement d'accepter les mesures médicales préliminaires envisagées, de telles mesures peuvent alors être prises de manière licite.

Quelle que soit la **nature** des mesures médicales préliminaires, la volonté présumée doit les couvrir. À cet égard, il est envisageable que la volonté présumée de la personne concernée diffère de ses intérêts objectifs.¹⁵⁷ Dans cette hypothèse, le respect du droit à l'autodétermination exige de respecter la volonté présumée du donneur potentiel au détriment de ses intérêts objectifs, tant que des éléments essentiels de la protection de sa personnalité ne sont pas en cause.¹⁵⁸ On doit considérer alors que les proches qui aident à faire respecter la volonté présumée du donneur potentiel agissent aussi dans l'intérêt de ce dernier, certes pas dans le sens de son intérêt thérapeutique objectif, mais dans le sens de son intérêt à ce que ses convictions personnelles soient respectées au-delà de sa perte de discernement. Il s'ensuit que, même si certaines mesures médicales

¹⁵³ ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, *Atteintes cérébrales extrêmes de longue durée*, p. 5.

¹⁵⁴ ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, *Fin de vie*, p. 7.

¹⁵⁵ Cf. ch. 4.5.4.

¹⁵⁶ HAAS, p. 319.

¹⁵⁷ HAAS, p. 328.

¹⁵⁸ Pour une telle argumentation, cf. CONSEIL CANADIEN POUR LE DON ET LA TRANSPLANTATION, p. 7.

préliminaires peuvent impliquer certains désagrèments pour le donneur potentiel, elles peuvent être prises, au nom du respect qui est dû à la volonté (présumée) et aux souhaits du patient, exprimés à ses proches par exemple. Pour le reste, nous renvoyons au raisonnement suivi pour le donneur potentiel capable de discernement.¹⁵⁹

En conclusion, des mesures médicales préliminaires en vue d'un prélèvement d'organes peuvent être effectuées sur un donneur potentiel incapable de discernement lorsque sa volonté présumée en faveur de telles mesures peut être établie. Les proches d'un donneur potentiel incapable de discernement, ou le cas échéant son représentant légal, jouent un rôle essentiel dans la démarche d'établir la volonté présumée puis de la faire respecter.

4.5.4. Intérêt objectif

4.5.4.1. Interprétation stricte

La prise de mesures médicales préliminaires n'offre aucun bénéfice direct pour le patient et comporte au surplus certains risques. Comme nous l'avons vu (ch. 4.4 et 4.5.3), lorsqu'un patient est capable de discernement ou lorsque la volonté présumée d'un patient incapable de discernement est connue, un consentement en faveur de telles mesures médicales préliminaires peut être donné de manière juridiquement valable. La volonté, explicite ou tacite pour le donneur potentiel capable de discernement, et présumée pour le donneur incapable de discernement, a priorité par rapport à l'intérêt objectif ou bien compris de la personne concernée.

Lorsque, par contre, la volonté présumée d'un patient ne peut pas être établie, ou lorsqu'un patient a toujours été incapable de discernement, la situation se présente différemment. Le patient qui n'a jamais possédé une capacité de discernement n'a, à aucun moment, pu exprimer une volonté dont le droit devrait tenir compte. Le représentant légal doit dès lors décider au nom du donneur potentiel en principe uniquement selon l'intérêt objectif de ce dernier. Quand la volonté présumée ne peut pas être établie, parce que les proches n'ont par exemple aucune connaissance de la position du donneur potentiel par rapport à la prise de mesures médicales préliminaires, le représentant légal doit décider, puis le médecin agir dans l'intérêt objectif du patient.¹⁶⁰

La **notion d'intérêt objectif** du patient ne se laisse pas définir aisément. Dans le domaine des traitements médicaux, on admet en principe que la préservation de la vie et la protection ou l'amélioration de la santé correspondent à l'intérêt objectif du patient.¹⁶¹ En vertu de l'article 6 ch. 1 CDHB, «*une intervention ne peut être effectuée sur une personne n'ayant pas la capacité de consentir, que pour son bénéfice direct*».¹⁶²

¹⁵⁹ Cf. ch. 4.4.

¹⁶⁰ MANAI, p. 195; ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, *Autodétermination*, p. 5 ch. 2.3.

¹⁶¹ HAAS, p. 322.

¹⁶² En vertu du ch. 3 de la même disposition, «*[l]orsque, selon la loi, un majeur n'a pas, en raison d'un handicap mental, d'une maladie ou pour un motif similaire, la capacité de consentir à une intervention, celle-ci ne peut*

Dans un arrêt datant de 1988, le Tribunal fédéral s'est prononcé sur la notion d'intérêt objectif du patient.¹⁶³ Il a retenu que:

*«[s]’agissant des interventions médicales, le consentement de la personne intéressée est requis comme du [sic] fait justificatif permettant de restreindre, in casu, la portée du principe de l'intangibilité du corps humain déduit de la liberté personnelle, et cela dans les limites de l'art. 27 al. 2 CC. Contrairement à l'opinion du recourant, la doctrine admet qu'on se trouve en présence d'un droit strictement personnel relatif et que, si le patient est incapable de discernement, le consentement libre et éclairé doit être recueilli auprès de son représentant légal s'il en existe un [...]. Celui-ci doit se déterminer exclusivement en fonction des intérêts du patient, ce qui est une notion essentiellement objective. Il doit, dans sa décision, tenir compte des vœux qui peuvent avoir été émis par ce dernier avant qu'il ne soit privé de son discernement. Il ne saurait de toute façon consentir à livrer son protégé à une expérimentation scientifique, voire à une intervention mutilante ou de nature à porter une atteinte grave à son intégrité physique».*¹⁶⁴

Plusieurs éléments peuvent être déduits de cet arrêt du Tribunal fédéral. Premièrement, lorsqu'une personne est incapable de discernement, le représentant légal, s'il y en a un, peut consentir à des mesures médicales à sa place. Ce faisant, le représentant légal doit tenir compte de la volonté présumée du patient si elle est connue. En l'absence de volonté présumée, le représentant légal doit respecter l'intérêt du patient. Deuxièmement, l'intérêt du patient est une «*notion essentiellement objective*», en ce sens qu'un traitement doit en principe être administré dans un but bienfaisant (restaurer la santé, soulager les douleurs, prévenir une maladie, etc.) pour le patient. Troisièmement, le Tribunal fédéral tempère son affirmation en précisant qu'une personne incapable de discernement ne saurait en tout cas pas être soumise à une expérimentation scientifique, une intervention mutilante ou une intervention qui porte une atteinte grave à son intégrité physique.

À quel point cette jurisprudence, loin d'être récente, est-elle pertinente dans le contexte des mesures médicales préliminaires qui pourraient être administrées à une personne incapable de discernement en vue d'un prélèvement d'organes? Les mesures médicales préliminaires se distinguent des exemples évoqués par le Tribunal fédéral, dans la mesure où elles ne constituent ni une expérimentation scientifique, ni une intervention mutilante ou une intervention qui porte une atteinte grave à l'intégrité physique du donneur potentiel. En même temps, il faut certainement reconnaître que

être effectuée sans l'autorisation de son représentant, d'une autorité ou d'une personne ou instance désignée par la loi. La personne concernée doit dans la mesure du possible être associée à la procédure d'autorisation». La Suisse a toutefois émis une réserve concernant le chiffre 3 de cette disposition, dans le but de permettre aux cantons ayant une réglementation divergente de conserver celle-ci jusqu'à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions légales régissant la protection de l'adulte.

¹⁶³

ATF 114 Ia 350.

¹⁶⁴

ATF 114 Ia 350, 362 s.

l'intérêt objectif du patient qui - selon le Tribunal fédéral - doit guider le consentement du représentant légal, et la décision du médecin lorsque la personne incapable de discernement n'a pas de représentant légal, va à l'encontre des mesures médicales préliminaires. Le seul but de ces mesures consiste à conserver les organes en vue d'un prélèvement d'organes, sans avoir un effet bienfaisant sur le donneur potentiel. Il paraît difficile de faire coïncider un tel but et de telles conséquences avec une interprétation stricte de l'intérêt objectif du donneur potentiel. Le Conseil fédéral adopte d'ailleurs dans le message relatif à la LTx cette interprétation très stricte de l'intérêt objectif en affirmant, de manière à notre avis trop simpliste, que *«seule une mesure médicale poursuivant un but thérapeutique concret correspond à l'intérêt du patient»*.¹⁶⁵

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'intérêt objectif du patient doit être interprété de façon stricte. Il en découle que le représentant légal, ou la personne de confiance le cas échéant, ne peut pas consentir à des mesures qui ne sont pas dans l'intérêt direct du donneur potentiel. Il en va de même pour le médecin qui doit décider de la prise de mesures médicales préliminaires dans l'hypothèse où aucune personne n'est habilitée à représenter valablement le donneur potentiel incapable de discernement.

Dans la mesure où il faut agir dans l'intérêt objectif du donneur potentiel, le dénominateur commun que nous avons évoqué auparavant **entre les mesures médicales préliminaires et l'euthanasie passive et l'euthanasie active indirecte** perd de sa pertinence.¹⁶⁶ Lorsque la volonté présumée n'est pas connue, il n'y a aucune volonté à respecter et il faut agir selon l'intérêt objectif du patient. Il est possible d'administrer de la morphine à un patient incapable de discernement, même si sa volonté présumée n'est pas connue, puisque cette mesure médicale a un but bienfaisant, c'est-à-dire soulager les douleurs, et même si elle a, comme effet secondaire, d'accélérer la mort. Un tel raisonnement ne peut être soutenu pour les mesures médicales préliminaires. L'intention première des mesures médicales préliminaires n'est certes pas d'accélérer la mort; mais le but principal poursuivi ne consiste pas à soulager le patient, mais à conserver les organes en vue de leur prélèvement dans les meilleures conditions. Ce constat empêche d'utiliser pour les mesures médicales préliminaires une justification analogue à celle utilisée pour l'euthanasie active indirecte, à savoir le but principal servant l'intérêt du patient, en soulageant ses douleurs.

En résumé, lorsque des mesures médicales préliminaires sont envisagées pour un donneur potentiel dont la volonté présumée n'est pas connue, il n'y a ni une volonté, ni un but servant l'intérêt objectif de la personne concernée (comme le fait de soulager les souffrances) qui pourraient justifier leur administration.

En conclusion, comme les mesures médicales préliminaires n'apportent aucun bénéfice au patient, à part un éventuel respect de sa volonté, il paraît

¹⁶⁵ Message concernant la loi sur la transplantation, p. 140. De même, DEPARTEMENT FEDERAL DE L'INTERIEUR, *Rapport explicatif sur l'avant-projet*, p. 91.

¹⁶⁶ Cf. ch. 4.4.

impossible pour le représentant légal ou les proches d'y consentir lorsqu'ils ne disposent pas d'éléments suffisants pour présumer la volonté du patient. L'interprétation stricte de l'intérêt objectif du donneur potentiel s'arrête là: lorsque la volonté présumée du donneur potentiel incapable de discernement ne peut pas être établie, les mesures médicales préliminaires ne peuvent pas être entamées.

4.5.4.2. Interprétation libérale

Pourrait-on juridiquement soutenir la possibilité de prendre des mesures médicales préliminaires à l'égard d'un donneur potentiel dont la volonté présumée est inconnue? Une telle position, qui suppose de relativiser la notion d'intérêt objectif du donneur potentiel, pourrait s'appuyer sur plusieurs arguments que nous évoquons dans les paragraphes qui suivent.

Intérêt du donneur potentiel - Les donneurs potentiels constituent des patients qui ont dépassé le «*point de non-retour*». Il s'agit de patients en fin de vie, se trouvant dans une situation désespérée, et pour lesquels on ne peut dès lors plus poursuivre un intérêt thérapeutique. Autrement dit, dans le contexte particulier qui nous occupe, le patient ne peut plus échapper à la mort et récupérer la santé: il est destiné à mourir, un peu plus tôt ou un peu plus tard. Il ne fait dès lors plus de sens de vouloir définir l'intérêt objectif de tels patients par rapport à la sauvegarde de la vie ou à la restauration de la santé. L'analyse de l'intérêt «objectif» du donneur potentiel incapable de discernement, doit ainsi s'orienter non pas en fonction de raisonnements liés à un but thérapeutique, en vue d'une guérison, mais en fonction d'objectifs relevant bien davantage des soins palliatifs à prodiguer à un patient en fin de vie. L'intérêt objectif du donneur potentiel peut dès lors être décrit principalement comme l'intérêt de **mourir dans la dignité**.

Partant de cette interprétation de l'intérêt du donneur potentiel, nous pouvons affirmer que les mesures médicales préliminaires ne doivent certainement pas porter atteinte à l'intérêt du donneur potentiel de mourir dans la dignité. Il s'ensuit que les mesures médicales préliminaires qui ne portent pas préjudice au donneur potentiel, c'est-à-dire celles qui sont neutres par rapport à l'état du donneur, sont admissibles, même si elles ne correspondent pas à l'interprétation classique de l'intérêt du patient. Il faut rappeler dans ce contexte que l'arrêt du Tribunal fédéral mentionné auparavant paraît manquer de pertinence directe dans le contexte des mesures médicales préliminaires. Ces mesures ne constituent effectivement ni une expérimentation scientifique, ni une intervention mutilante ou une intervention qui porte une atteinte grave à l'intégrité physique du donneur potentiel. Il s'agit de mesures principalement neutres, qui ne portent pas atteinte au droit du donneur potentiel de mourir dans la dignité.

Jurisprudence dépassée - Au-delà du fait que l'arrêt du Tribunal fédéral de 1988 mentionné auparavant ne semble pas entièrement pertinent dans le contexte qui nous occupe, il faut noter également que cet arrêt est dépassé au regard de l'évolution législative intervenue depuis lors à plusieurs égards.

Une analyse de la législation récente adoptée dans le domaine médical montre que le consentement du représentant légal, voire des proches, est admis pour des mesures médicales qui ne servent pas l'intérêt direct de la personne incapable de discernement. Nous pouvons citer, à titre d'exemples, la loi fédérale sur les produits thérapeutiques (art. 55),¹⁶⁷ la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine (art. 10 al. 2),¹⁶⁸ la loi sur la transplantation (art. 13), la loi sur la stérilisation (art. 7)¹⁶⁹ et le très récent projet, du 21 octobre 2009, de loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain (art. 23).¹⁷⁰ Ces divers textes législatifs révèlent que **l'exigence d'agir uniquement dans l'intérêt objectif d'une personne incapable de discernement n'est pas absolue** dans le domaine médical.

Projet de loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain - Une brève analyse du projet de loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain nous permet de déduire certains éléments en ce qui concerne le consentement à des mesures médicales qui ne sont pas dans l'intérêt objectif de la personne incapable de discernement. Ce projet démontre que l'intérêt objectif de la personne incapable de discernement n'est pas toujours le seul critère déterminant. En effet, l'article 23 al. 2 du projet de loi permet de réaliser un projet de recherche sans bénéfice direct avec une personne adulte incapable de discernement lorsque les conditions suivantes sont cumulativement remplies:

- consentement de la personne concernée, antérieur à la perte de capacité et attesté par un document;
- en l'absence de document attestant le consentement, consentement écrit du représentant légal, d'une personne de confiance ou des proches;
- absence de signes ou de comportement de refus de la part de la personne concernée;
- risques et contraintes minimaux;¹⁷¹
- bénéfice escompté pour d'autres personnes.

Ces conditions peuvent être transposées à la situation du donneur d'organes potentiel incapable de discernement. Dans le contexte des mesures

¹⁶⁷ Loi fédérale du 15 décembre 2000 sur les médicaments et les dispositifs médicaux (loi sur les produits thérapeutiques, RS 812.21, RO 2001 2790).

¹⁶⁸ Loi fédérale du 8 octobre 2004 sur l'analyse génétique humaine (LAGH, RS 810.12, RO 2007 635).

¹⁶⁹ Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur les conditions et la procédure régissant la stérilisation de personnes (Loi sur la stérilisation, RS 211.111.1, RO 2005 2499).

¹⁷⁰ Cf. également l'art. 17 CDHB.

¹⁷¹ Sur cette notion, cf. SPRECHER, p. 196 s. Minimiser les risques implique notamment de chercher systématiquement toutes les alternatives disponibles permettant d'atteindre le but de conserver les organes et de choisir celle qui est la plus respectueuse envers le donneur potentiel. L'art. 17 ch. 2 let. ii CDHB se réfère d'ailleurs à la notion de risque minimal et de contrainte minimale en ce qui concerne la recherche sur des personnes incapables de discernement. Il faut noter que le message du Conseil fédéral sur le projet de loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain définit de façon stricte la notion de «risques et contraintes minimaux». Le Conseil fédéral entend par risques et contraintes minimaux «une altération insignifiante et passagère de l'état de santé (risque) et, à la rigueur, seulement des symptômes passagers et négligeables (contraintes). On peut penser ici à des collectes de données obtenues dans le cadre d'entretiens et d'observations, à des prélèvements de sang périphérique, de sang capillaire ou de liquide biologique sans actes invasifs (en particulier échantillons de salive et d'urine), à des frottis, à des examens par ultrasons ou à des électrocardiogrammes». Cf. Message LRH, p. 7328.

médicales préliminaires, et lorsque la volonté présumée du donneur potentiel incapable de discernement n'est pas connue, trois considérations deviendraient prioritaires: le consentement d'une tierce personne (représentant légal, personne de confiance ou proches), l'existence de risques et contraintes minimaux pour le donneur potentiel et le bénéficiaire escompté pour d'autres personnes. Nous verrons ci-dessous qu'une quatrième condition doit à notre avis être ajoutée à ce catalogue.

Conclusion - Si l'on veut ouvrir la porte à des mesures médicales préliminaires qui ne sont pas dans l'intérêt objectif direct du donneur potentiel incapable de discernement, dont les souhaits y relatifs ne sont pas connus, il faudrait respecter à notre avis les quatre conditions cumulatives qui suivent:

- les mesures médicales préliminaires sont indispensables pour le succès du prélèvement d'organes et de la transplantation ultérieure;
- les mesures médicales préliminaires présentent un risque et des contraintes minimaux pour le donneur potentiel;
- le représentant légal, la personne de confiance ou les proches du donneur potentiel ont donné leur consentement;
- les mesures présentent un bénéfice potentiel pour des personnes gravement malades en attente d'un organe. Cette condition constitue un prolongement de la première.

La condition du caractère indispensable de la mesure en vue d'un prélèvement d'organes et d'une transplantation ultérieure tient compte du contexte particulier dans lequel les mesures médicales préliminaires sont prises. Elle constitue une garantie supplémentaire pour le donneur potentiel. Il appartient aux médecins désireux d'appliquer les mesures médicales préliminaires d'établir le caractère indispensable de ces mesures, l'intensité minimale du risque et des contraintes qui leur sont associés, ainsi que le bénéfice pour d'autres personnes.

Les deux premières conditions permettent de faire une différence **selon la nature et les effets** de la mesure médicale préliminaire concernée.

Pour le donneur potentiel à cœur battant, le traitement médicamenteux (médicaments vasoactifs, traitement hormonal, etc.) maintient la vie somatique pour permettre au patient d'atteindre une mort cérébrale primaire. Ce traitement ne présente en principe aucun danger pour le donneur potentiel. En ce qui concerne la ventilation artificielle, elle n'est pas dangereuse *per se*. Le risque de tomber dans un état végétatif persistant dépend très fortement de la situation individuelle du patient concerné et de son état pathologique sous-jacent. Il appartient ainsi au médecin responsable d'évaluer les risques pour le donneur potentiel et de décider en fonction de sa situation individuelle.¹⁷²

¹⁷²

CONSEIL CANADIEN POUR LE DON ET LA TRANSPLANTATION, p. 7; PARKER/SHEMIE, p. 402.

Pour le donneur potentiel à cœur non battant, les deux premières conditions excluent l'administration de médicaments qui présentent un danger pour le donneur potentiel. Ici aussi, une évaluation du risque doit avoir lieu en fonction de la situation particulière de chaque donneur potentiel. Un anticoagulant ne peut par exemple pas être administré si le patient présente un saignement actif diagnostiqué ou présumé. Par contre, la canulation des vaisseaux *pre mortem* ne se justifie à notre avis en aucun cas, puisqu'elle n'est pas indispensable pour le prélèvement d'organes ultérieur.

4.5.5. Questions particulières

4.5.5.1. Absence du représentant légal ou des proches

Dans le contexte général des traitements médicaux, il est parfois impossible de contacter le représentant légal ou de trouver des indices concernant la volonté présumée du patient, par exemple lorsque celui-ci n'a pas de proches, lorsque ces derniers ne peuvent pas être contactés ou lorsque l'urgence de la situation ne laisse pas le temps de consulter des tierces personnes. Dans de telles situations, la décision du médecin traitant doit être prise en accord avec les **intérêts objectifs** («intérêts bien compris») du patient. Selon les directives médico-éthiques de l'ASSM relative à la prise en charge des patientes et patients en fin de vie du 25 novembre 2004, l'intérêt bien compris du patient est défini comme étant «*l'introduction de mesures médicales ou de soins qui semblent indiquées, et auxquelles un patient présumé raisonnable consentirait vraisemblablement, dans une telle situation*». ¹⁷³

Le même raisonnement s'applique-t-il pour les mesures médicales préliminaires? En d'autres termes, comment faut-il évaluer la question des mesures médicales préliminaires lorsque le donneur potentiel n'a pas de représentant légal ni de proches ou qu'il n'est pas possible de les contacter dans un délai utile? Le médecin peut-il alors invoquer l'intérêt bien compris du donneur potentiel pour procéder aux mesures médicales préliminaires?

Le concept de l'intérêt bien compris du patient paraît difficilement applicable dans le contexte des mesures médicales préliminaires en vue d'un prélèvement d'organes. Il paraît excessivement paternaliste de partir de l'idée qu'un patient raisonnable consentirait à de telles mesures. Il est loin d'être évident et unanimement admis qu'un patient raisonnable qui veut donner ses organes accepterait les mesures médicales préliminaires. Entamer des mesures médicales préliminaires et permettre ainsi un prélèvement d'organes est-ce vraiment un intérêt bien compris du patient?

Il paraît important de rappeler que l'hypothèse où le médecin peut agir selon l'intérêt bien compris du patient sans avoir consulté le représentant légal ou les proches se limite en général à des **situations d'urgence**. ¹⁷⁴ En vertu de

¹⁷³ ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, *Fin de vie*, p. 7.

¹⁷⁴ Cf. par exemple art. 23c al. 3 de la loi vaudoise sur la santé publique du 29 mai 1985 (RSV 800.01); art. 40 al. 2 de la loi bernoise sur la santé publique 2 décembre 1984 (RSB 811.01). Sur la notion d'urgence, cf. GUILLOD, *Consentement éclairé*, p. 178 ss.

l'article 8 CDHB, «*[l]orsqu'en raison d'une situation d'urgence le consentement approprié ne peut être obtenu, il pourra être procédé immédiatement à toute intervention médicalement indispensable pour le bénéfice de la santé de la personne concernée*».

Les mesures médicales préliminaires en vue d'un prélèvement d'organes peuvent-elles être comparées aux mesures thérapeutiques à prendre dans une situation d'urgence, pour sauver la vie du patient notamment?

Une telle comparaison nous paraît difficilement admissible. Non seulement ne voit-on pas très bien quelle est l'urgence de la situation pour le patient (à distinguer clairement de celle de trouver un organe compatible pour un receveur potentiel qui peut, lui, en avoir urgemment besoin) en ce qui concerne les mesures médicales préliminaires. Mais en outre, ces mesures ne constituent pas une intervention médicalement indispensable pour le bénéfice de la santé du donneur potentiel. Ces deux conditions n'étant pas remplies, on ne peut pas justifier que le médecin se base sur l'intérêt bien compris du donneur potentiel pour prendre des mesures médicales préliminaires en vue d'un prélèvement d'organes, sans avoir obtenu le consentement du représentant légal ou avoir consulté les proches.

Cette conclusion doit être maintenue même dans l'hypothèse où l'on retient une interprétation libérale de la notion de l'intérêt du donneur potentiel, telle que nous l'avons présentée auparavant.¹⁷⁵ En effet, l'interprétation libérale de l'intérêt du donneur potentiel présuppose le consentement du représentant légal ou des proches aux mesures médicales préliminaires. Elle présente de ce fait une légitimité bien plus significative que l'idée voulant que le médecin agisse dans l'intérêt bien compris du donneur potentiel en l'absence des proches ou du représentant légal.

Comme nous le verrons par la suite (ch. 4.5.5.3), la notion de consentement hypothétique n'apporte aucune aide à cet égard non plus. Le consentement hypothétique peut intervenir dans des situations où le médecin a violé son devoir d'information envers le patient, mais non pas son devoir d'obtenir un consentement tout court.

Dès l'instant où le médecin ne peut pas se baser sur l'intérêt bien compris du patient, comment faut-il résoudre la question des mesures médicales préliminaires à l'égard d'un donneur potentiel incapable de discernement et dont les proches ne peuvent pas être joints?

Deux approches possibles se présentent. Premièrement, la LTx adopte une position claire sur l'admissibilité d'un prélèvement d'organes lorsqu'il n'est pas possible de contacter les proches du donneur potentiel. En vertu de l'article 8 al. 4 LTx, «*[s]i la personne décédée n'a pas de proches ou qu'il n'est pas possible de se mettre en rapport avec eux, il est interdit de procéder à un prélèvement*». En l'absence de proches, un prélèvement d'organes ne peut donc pas être effectué. Ce raisonnement pourrait être appliqué par analogie

¹⁷⁵ Cf. ch. 4.5.4.2.

aux mesures médicales préliminaires; il conduirait à interdire ces mesures quand il n'est pas possible de contacter les proches.

Il faut noter toutefois que certains hôpitaux américains ont adopté une autre pratique dans ce domaine. Leur approche se résume de la façon suivante:¹⁷⁶ comme les mesures médicales préliminaires sont indispensables à un prélèvement d'organes ultérieur, la première approche empêcherait de respecter la volonté du donneur potentiel d'organes si celle-ci venait ultérieurement à être connue. Si les mesures médicales préliminaires ne sont pas entamées, une éventuelle volonté du patient d'être un donneur d'organes après sa mort ne peut plus être respectée. En ce sens, des mesures médicales préliminaires pourraient être prises dans l'attente de pouvoir contacter les proches, ce qui permettrait de respecter la volonté du patient de faire don de ses organes après son décès. Une fois que les proches ont pu être contactés, la question des mesures médicales préliminaires doit leur être soumise et en cas de réponse négative, ces dernières doivent être arrêtées aussitôt. Aussi, lorsqu'il s'avère que le donneur potentiel n'a pas de proches ou que l'impossibilité de les contacter se confirme, les mesures médicales préliminaires doivent être interrompues. Selon JOSEPH L. VERHEIJDE *et al.*, qui analysent la situation dans les hôpitaux américains, une telle approche permettrait de sauvegarder le plus possible une éventuelle volonté exprimée ou présumée du donneur.¹⁷⁷

À notre avis, cette deuxième approche n'est pas défendable en l'état actuel du droit suisse. Le législateur suisse a adopté une solution claire pour l'hypothèse où les proches ne peuvent pas être contactés: aucun prélèvement d'organes ne peut avoir lieu. Le même raisonnement doit logiquement s'appliquer en ce qui concerne les mesures médicales préliminaires en vue d'un tel prélèvement.

En bref, lorsque le représentant légal ou les proches d'un donneur potentiel incapable de discernement sont absents, le médecin ne peut pas prendre des mesures médicales préliminaires sur la base de l'intérêt bien compris du donneur potentiel. En analogie à l'article 8 al. 4 LTx, qui interdit tout prélèvement d'organes en cas d'absence des proches, aucune mesure médicale préliminaire ne peut être entamée lorsque le représentant légal ou les proches d'un donneur potentiel ne peuvent pas être joints.

4.5.5.2. Possibilité de contacter l'autorité tutélaire

Lorsque les proches du donneur potentiel ou son représentant légal ne peuvent pas être joints, ou lorsqu'ils s'opposent à la prise de mesures médicales préliminaires (situation de refus), on peut se demander si l'intervention de l'autorité tutélaire (ou, en droit futur, de l'autorité de protection de l'adulte) ne pourrait pas être sollicitée par les médecins.

¹⁷⁶ Pour plus de détails, cf. VERHEIJDE/RADY/MYCARTNEY, p. 1 ss.

¹⁷⁷ VERHEIJDE/RADY/MYCARTNEY, p. 4 ss.

Une telle possibilité nous paraît à vrai dire très douteuse. Elle est en effet normalement réservée aux situations dans lesquelles:

- le représentant légal (ou les proches) s'opposent à des mesures médicales bénéfiques pour le patient concerné incapable de discernement;
- la décision du représentant légal (ou des proches) met directement en danger le patient ou n'est pas conforme à ses intérêts objectifs.¹⁷⁸

En d'autres termes, la possibilité de contacter l'autorité tutélaire existe pour des situations conflictuelles, dans lesquelles la volonté exprimée par la personne habilitée à représenter le patient incapable de discernement se trouve en contrariété directe avec l'intérêt objectif du patient.¹⁷⁹ Un représentant légal refuse par exemple un geste médical salvateur et sans risque notable, comme lorsque des parents refusent une transfusion de sang vitale pour leur petit enfant. De telles situations se distinguent très clairement de la situation du donneur potentiel d'organes et des éventuelles mesures médicales préliminaires qui peuvent être prises pour conserver ses organes.

Il est évident que le refus des mesures médicales préliminaires en vue d'un prélèvement par le représentant légal ou les proches du donneur potentiel peut donner lieu à une situation conflictuelle. Mais ce conflit ne se noue pas entre la décision du représentant légal et l'intérêt de la personne incapable de discernement. Il n'est dès lors pas envisageable de saisir l'autorité tutélaire pour lui demander d'infléchir la décision prise par le représentant légal ou les proches qui ne contredit pas l'intérêt du patient.

Lorsque le représentant légal ou les proches s'opposent aux mesures médicales préliminaires, peu importe qu'ils se basent sur la volonté présumée ou sur l'intérêt objectif du donneur potentiel incapable de discernement, le médecin ne peut pas contacter l'autorité tutélaire ou, à l'avenir, l'autorité de protection de l'adulte. En l'absence de conflit portant sur l'intérêt thérapeutique du donneur potentiel, il n'existe aucune justification à faire intervenir l'autorité tutélaire.

4.5.5.3. Pertinence du consentement hypothétique

Le consentement hypothétique («*hypothetische Zustimmung*») doit être bien distingué du consentement présumé évoqué plus haut (ch. 4.5.3).

On parle de consentement présumé lorsqu'un patient, du fait d'une incapacité de fait (suite à un accident par exemple), ne peut plus exprimer sa volonté et ainsi son consentement quant à un traitement médical. Dans l'hypothèse du consentement présumé, le patient est dans un état qui l'empêche de recevoir une information quelle qu'elle soit. Ce sont alors des tiers qui tentent de reconstruire quelle aurait été sa volonté si le patient avait encore été en mesure de l'exprimer.

¹⁷⁸ DEVAUD, p. 124. Cf. par exemple l'art. 23c al. 2 de la loi vaudoise sur la santé publique.

¹⁷⁹ ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, *Autodétermination*, p. 6 ch. 3.

Le consentement hypothétique est une création jurisprudentielle, utilisée comme possible moyen libérateur pour le médecin qui a certes recueilli le consentement du patient à une intervention mais ne lui a pas donné toutes les informations qu'il devait lui transmettre¹⁸⁰ et que le patient était en état de recevoir.¹⁸¹ Le consentement du patient n'est alors pas complètement éclairé, ce qui est susceptible en principe d'engager la responsabilité du médecin. Ce dernier peut alors tenter de démontrer que, même s'il avait informé complètement le patient, ce dernier aurait accepté l'intervention médicale exactement de la même manière. Si le médecin parvient à établir ce que le Tribunal fédéral a appelé le consentement hypothétique du patient, il échappe alors à une éventuelle responsabilité civile.¹⁸²

On voit ainsi que l'hypothèse du consentement hypothétique ne peut pas trouver à s'appliquer dans le contexte du don d'organes et des mesures médicales préliminaires. En ce qui concerne le don d'organes, et plus particulièrement encore la prise de mesures médicales préliminaires, c'est justement l'absence de consentement qui est la situation la plus fréquente, du fait que le donneur potentiel se trouve dans la grande majorité des cas dans un état qui ne lui permet plus de recevoir l'information pertinente et de formuler sa volonté. Nous tenons à rappeler ici que le consentement au don d'organes **n'équivaut pas** à un consentement aux mesures médicales préliminaires.

En résumé, le consentement hypothétique s'applique à des situations où le patient a donné un consentement non éclairé, et non pas à des situations où la personne concernée n'est pas dans un état lui permettant de recevoir une information et de manifester sa volonté.

4.5.6. Modifications apportées par la révision du Code civil

La réforme du droit de la tutelle, rebaptisé droit de la protection de l'adulte (art. 360 ss CC), du 19 décembre 2008,¹⁸³ introduit des modifications substantielles dans les processus décisionnels concernant en particulier les soins à donner à des personnes incapables de discernement.

Nous avons vu (ch. 4.5.2) que le droit fédéral actuel ne répond pas de manière claire à la question de savoir qui est habilité à prendre des décisions au nom d'une personne incapable de discernement dans le domaine médical. C'est pourquoi la plupart des législateurs cantonaux ont apporté à cette question des réponses plus précises, mais variables, en général dans la législation sanitaire. La réforme du Code civil permet de combler les lacunes du droit fédéral et de mettre fin à la disparité des régimes cantonaux.

¹⁸⁰ HAAS, p. 331 ss; MANAI, p. 96 ss. Cf. également l'arrêt 4P.265/2002 du Tribunal fédéral du 28 avril 2003, c. 5.5.

¹⁸¹ JOSSEN, p. 155 ss.

¹⁸² BGE 133 III 121, 130; 119 II 456, 463; 117 Ib 197, 206 ss; 108 II 59, 63 s. Le consentement hypothétique a d'ailleurs été qualifié de moyen de défense à disposition du médecin, à titre de motif justificatif ou à titre de fait interruptif de la causalité. Cf. ATF 108 II 59, 64.

¹⁸³ FF 2009 139.

Les principales nouveautés de la réforme, dans la perspective du présent avis de droit, portent sur trois points:

- premièrement, la réforme introduit une série de mesures personnelles anticipées, laissées à la discrétion de chaque individu capable de discernement.¹⁸⁴ Ces mesures sont soit d'ordre général (mandat pour cause d'inaptitude, art. 360 à 369 CC futur), soit spécifiques au domaine médical (directives anticipées et désignation d'un représentant thérapeutique, art. 370 à 373 CC futur);
- deuxièmement, la réforme confère un pouvoir limité de représentation légale dans le domaine médical au conjoint, partenaire ou concubin d'une personne incapable de discernement, ainsi qu'à certains de ses proches parents (art. 377 à 381 CC futur);¹⁸⁵
- troisièmement, la réforme prévoit un nouveau catalogue de mesures d'assistance¹⁸⁶ et de nouvelles autorités chargées d'assurer la protection des personnes adultes vulnérables.¹⁸⁷

4.5.6.1. Directives anticipées et représentant thérapeutique

Le nouveau droit de la protection de l'adulte permet à toute personne capable de discernement de prendre un certain nombre de mesures pour l'hypothèse d'une éventuelle perte ultérieure de la capacité de discernement. En ce qui concerne le domaine médical, l'art. 370 al. 1 CC prévoit qu'une personne «*peut déterminer, dans des directives anticipées, les traitements médicaux auxquels elle consent ou non au cas où elle deviendrait incapable de discernement*». De plus, une personne capable de discernement peut «*désigner une personne physique qui sera appelée à s'entretenir avec le médecin sur les soins médicaux à lui administrer et à décider en son nom au cas où elle deviendrait incapable de discernement*» (art. 370 al. 2 CC). La même disposition légale permet à la personne concernée de donner des instructions à son «représentant thérapeutique».

Les directives anticipées permettent ainsi, d'une part, de **donner des instructions quant aux soins à administrer** et, d'autre part, de **désigner un représentant thérapeutique** habilité à prendre les décisions concernant les soins.

La **validité** des directives anticipées est soumise à une condition formelle (forme écrite) et à deux conditions matérielles générales: la capacité de discernement de l'auteur au moment de leur rédaction d'une part, la licéité et la conformité aux mœurs de leur contenu d'autre part. La prise de mesures médicales préliminaires en vue d'un prélèvement d'organes étant licite, une personne capable de discernement peut valablement consentir par avance à de telles mesures dans des directives anticipées écrites.

¹⁸⁴ Voir GUILLOD, *Droit des personnes*, p. 170 ss; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, p. 27 ss.

¹⁸⁵ Voir GUILLOD, *Droit des personnes*, p. 179 s.; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, p. 42 ss.

¹⁸⁶ Voir GUILLOD, *Droit des personnes*, p. 183 ss; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, p. 45 ss.

¹⁸⁷ Voir GUILLOD, *Droit des personnes*, p. 160 ss; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, p. 13 ss.

Lorsque les directives anticipées désignent un **représentant thérapeutique**, ce dernier peut demander au médecin toutes les informations nécessaires pour lui permettre de décider en connaissance de cause du traitement à administrer à la personne concernée, sans que le médecin puisse lui opposer le secret professionnel (art. 321 CP). Il en va évidemment de même en ce qui concerne les informations relatives aux mesures médicales préliminaires. Lorsque les directives anticipées désignent un représentant thérapeutique, le médecin doit obtenir son consentement pour tout traitement ou mesure médicale.¹⁸⁸

Comme nous l'avons vu (ch. 4.5.2.2), la portée des directives anticipées a fait l'objet d'un débat doctrinal nourri. Le législateur fédéral s'est finalement décidé en faveur du principe de la force contraignante des directives anticipées. En vertu de l'article 372 al. 2 CC, «*le médecin respecte les directives anticipées du patient*». Selon le Conseil fédéral, «*[l]a volonté exprimée de manière suffisamment claire dans les directives anticipées vaut consentement ou refus du traitement. Il n'est pas nécessaire de requérir le consentement du représentant légal de la personne incapable de discernement*».¹⁸⁹

Si une personne s'est exprimée de façon suffisamment claire dans une directive anticipée en faveur de mesures médicales préliminaires, cette volonté constitue donc un consentement valable qui doit être respecté par les professionnels de la santé. Nous tenons à rappeler encore une fois que le simple consentement au don d'organes contenu par hypothèse dans des directives anticipées n'implique en principe pas un consentement aux mesures médicales préliminaires.

Le principe de la **force obligatoire** des directives anticipées est tout de même soumis à trois exceptions (art. 372 al. 2 CC):

- premièrement, les directives anticipées ne peuvent pas avoir un contenu qui enfreint des dispositions légales (principe de la licéité). L'exception est sans pertinence en ce qui concerne les mesures médicales préliminaires;
- deuxièmement, il existe de sérieux doutes que les directives anticipées soient le produit d'une libre expression de la volonté de leur auteur. Cette exception paraît aussi manquer de pertinence pour le don d'organe car on voit mal qui aurait un intérêt à contraindre une personne à adopter une directive anticipée acceptant de donner des organes et acceptant des mesures médicales préliminaires;
- troisièmement, il existe des doutes sérieux que les directives anticipées correspondent réellement à la volonté présumée du patient dans la situation donnée. La personne qui signerait une carte de donneur d'organes et accepterait dans ses directives anticipées les

¹⁸⁸ Message concernant la révision du code civil suisse, p. 6665.

¹⁸⁹ Message concernant la révision du code civil suisse, p. 6666.

mesures médicales préliminaires agirait de manière cohérente. On voit mal dans ces circonstances que l'on puisse sérieusement soutenir que l'acceptation des mesures médicales préliminaires serait contraire à sa volonté présumée, car cela contredirait aussi dans une certaine mesure l'acceptation du don d'organes lui-même.

Enfin, **l'autorité de protection de l'adulte peut être sollicitée d'intervenir** par n'importe quel proche du patient dans trois hypothèses expressément mentionnées dans la loi (art. 373 CC):

- les directives anticipées du patient ne sont pas respectées par les professionnels de la santé;
- le respect des directives anticipées compromet ou risque de compromettre les intérêts du patient. Compte tenu de la primauté reconnue de la volonté expressément manifestée par la personne sur ses intérêts objectifs, il faudrait que des intérêts essentiels de la personne soient menacés par le respect des directives anticipées. Ce n'est manifestement pas le cas de directives qui se prononceraient pour ou contre des mesures médicales préliminaires. De même, un refus de la part du représentant thérapeutique de consentir à des mesures médicales préliminaires n'entrerait pas dans le genre d'hypothèses permettant à un proche du patient de solliciter l'intervention de l'autorité de protection de l'adulte;
- les directives anticipées n'expriment pas la libre volonté du patient. La notion recouvre celle qui a été évoquée au paragraphe précédent.

4.5.6.2. Représentation dans le domaine médical

La révision du Code civil du 19 décembre 2008 introduit un sous-chapitre consacré spécifiquement à la représentation dans le domaine médical (art. 377 à 381 CC). Ce sous-chapitre propose une réglementation unique, qu'il s'agisse d'un patient atteint d'une incapacité de discernement originaire ou subséquente. Ainsi, le rôle des proches d'une personne incapable de discernement dans le processus décisionnel concernant l'administration de soins se verra uniformisé au niveau fédéral. Par rapport à la plupart des solutions cantonales actuelles, la position des proches vis-à-vis de l'équipe médicale s'en trouvera renforcée, en ce sens que les proches (ou du moins certaines catégories d'entre eux) ne disposeront pas simplement d'un droit d'être entendus ou consultés, mais seront, de par la loi, habilités à représenter la personne incapable de discernement et à consentir ou non aux soins médicaux à lui prodiguer (art. 378 al. 1 CC). Les **proches** détiendront donc un véritable pouvoir décisionnel. Cette solution est entièrement compatible avec l'article 6 CDHB.

L'article 378 CC détermine en forme de cascade les personnes habilitées à consentir aux soins médicaux au nom du patient incapable de discernement. En l'absence d'une personne détenant un pouvoir de représentation privé ou conféré par l'autorité de protection de l'adulte, l'article 378 al. 1 ch. 3 à 7 CC

établit un ordre de priorité légale parmi les proches de la personne incapable de discernement qui «*lui fournissent une assistance personnelle régulière*». Le proche détenant en priorité le pouvoir de décider est le conjoint (ou le partenaire enregistré ou le concubin) faisant ménage commun ou fournissant une assistance régulière au patient. En l'absence de compagnon de vie, le pouvoir de décision appartiendra aux descendants du patient, à défaut à ses père et mère et à défaut encore à ses frères et sœurs. Lorsqu'il existe plusieurs proches de même rang (par exemple plusieurs descendants, ou plusieurs frères et sœurs), les professionnels de la santé pourront «*présumer que chacun d'eux agit avec le consentement des autres*» (art. 378 al. 2 CC).

En vertu de l'article 377 al. 1 CC, le médecin qui traite un patient incapable de discernement doit établir un plan de traitement en accord avec la personne habilitée à représenter le patient. Cette disposition obligera donc le médecin à identifier, parmi tous les proches, celui qui, en vertu de l'ordre de priorité fixé à l'article 378 CC, détient en première ligne le pouvoir de représenter le patient. Le médecin devra alors fournir à cette personne toutes les **informations** pertinentes sur son état de santé et sur les traitements disponibles (art. 377 al. 2 CC). Lorsqu'il s'agit d'un patient incapable de discernement dont la situation est désespérée et pour lequel la question d'un prélèvement d'organes *post mortem* se pose, l'information à fournir à la personne habilitée à représenter le patient doit englober également les renseignements relatifs aux mesures médicales préliminaires envisageables (nature, modalités, but, effets notamment).

Les proches qui détiennent un pouvoir de représentation dans le domaine médical doivent prendre les décisions au nom du patient incapable de discernement conformément à sa **volonté présumée** et à ses **intérêts** objectifs (art. 378 al. 3 CC), pour autant qu'il n'existe pas de directives anticipées connues. Il s'ensuit que, même si le nouveau droit de la protection de l'adulte apporte une clarification bienvenue du rôle des proches d'une personne incapable de discernement, les critères matériels de décision quant à l'administration d'un traitement médical restent les mêmes. Il s'agit d'une part de la volonté présumée de la personne concernée et, d'autre part, de son intérêt objectif.

En ce qui concerne le consentement à des mesures médicales préliminaires administrées au donneur potentiel en vue d'un prélèvement d'organes, le même raisonnement que celui décrit ci-dessus s'applique.¹⁹⁰ Lorsque le proche habilité à représenter le donneur potentiel peut établir la volonté présumée de ce dernier en faveur de telles mesures, il peut naturellement donner son consentement. En revanche, si le représentant thérapeutique n'arrive pas à établir une telle volonté présumée, il doit évaluer la situation selon l'intérêt objectif du donneur potentiel. En ce qui concerne la question de l'interprétation stricte ou libérale de la notion de l'intérêt du donneur potentiel, nous renvoyons aux considérations faites auparavant.¹⁹¹

¹⁹⁰ Cf. ch. 4.5.

¹⁹¹ Cf. ch. 4.5.4.

Toujours selon la réforme, en cas d'**urgence**, le médecin doit administrer les soins «*conformément à la volonté présumée et aux intérêts de la personne incapable de discernement*» (art. 379 CC). Comme nous l'avons vu ci-dessus, la notion d'urgence n'est en général pas pertinente dans le contexte d'un donneur potentiel chez lequel des mesures médicales préliminaires pourraient être entamées.¹⁹²

L'**autorité de protection de l'adulte** peut prendre les mesures appropriées, d'office ou à la demande du médecin ou d'une personne proche de la personne incapable de discernement, lorsque «*les intérêts de la personne incapable de discernement sont compromis ou risquent de l'être*» (art. 381 al. 2 ch. 3 CC). L'autorité peut aussi intervenir quand le représentant du patient ne peut pas être déterminé clairement au regard de l'article 378 CC et lorsque les proches de même rang ont des avis divergents. Comme relevé ci-dessus (ch. 4.5.5.2) pour le droit actuel, le contexte des mesures médicales préliminaires rend improbable l'existence d'une menace suffisamment importante contre les intérêts du patient pour justifier de solliciter l'intervention de l'autorité de protection de l'adulte. En cas de refus comme d'acceptation des mesures médicales préliminaires par un proche habilité à représenter le donneur potentiel incapable de discernement, il n'existe aucune menace suffisamment sérieuse pour le patient qui légitimerait une demande d'intervention de la part de l'autorité de protection de l'adulte.

4.5.6.3. Nouvelles mesures et nouvelles autorités

Le catalogue des mesures d'assistance et de protection de l'adulte prises par l'autorité a été complètement revu. Si la systématique est nouvelle, les bouleversements matériels restent limités.

L'interdiction sera remplacée par la curatelle de portée générale (futur art. 398 CC) qui produira les mêmes effets: la personne concernée sera de plein droit privée de l'exercice des droits civils, tout en conservant bien sûr l'exercice de ses droits strictement personnels si elle est capable de discernement; de son côté, le curateur de portée générale sera le représentant légal de la personne.

Les autres mesures tutélaires du droit actuel ne s'accompagnaient pas d'un pouvoir de représentation du mandataire tutélaire pour prendre des décisions dans le domaine médical, à l'exception du curateur de représentation (art. 392 CC actuel) nommé spécialement pour prendre une décision dans le domaine médical. En droit futur, il appartiendra à l'autorité de protection de l'adulte qui prend une mesure de décider dans chaque cas le pouvoir de représentation qu'elle confèrera au mandataire tutélaire. Il faudra donc, lorsque le patient est sous curatelle de représentation ou sous curatelle combinée (art. 394 et 397 CC futur), vérifier dans chaque cas d'espèce si le curateur est habilité à décider dans le domaine des soins.

¹⁹² Cf. ch. 4.5.5.1.

L'autorité de protection de l'adulte remplacera l'autorité tutélaire, tout en remplissant un rôle analogue. Dans une série d'hypothèses impliquant une mise en danger sérieuse de l'intérêt d'une personne, l'intervention de l'autorité de protection de l'adulte pourra être sollicitée par les personnes intéressées, à l'instar de ce qui existe aujourd'hui.

4.5.7. Conclusion

4.5.7.1. En droit actuel

Le consentement aux mesures médicales préliminaires en vue d'un prélèvement d'organes est indispensable. Ce consentement doit être donné sur la base d'une information adéquate. La forme du consentement est libre: il peut être donné de manière expresse (écrite, orale) ou tacite (par actes concluants). Du fait de la nature des mesures médicales préliminaires et du contexte dans lequel elles sont prises, la forme écrite est préférable pour des questions évidentes de sécurité juridique et de preuve. Le formulaire de consentement de Québec-Transplant fournit un exemple utile à cet égard.¹⁹³

Lorsque le donneur potentiel est capable de discernement, son consentement est indispensable pour pouvoir entamer des mesures médicales préliminaires. Très souvent, le donneur potentiel n'est toutefois plus capable de discernement. Confronté à un donneur potentiel incapable de discernement, le médecin compétent ou le personnel soignant doit vérifier si le donneur potentiel a rédigé des directives anticipées, s'il a désigné une personne de confiance (représentant thérapeutique) ou s'il dispose d'un représentant légal.

Dans la majorité des cas, le donneur potentiel n'a ni représentant légal ni représentant thérapeutique et n'a pas rédigé de directives anticipées. Dans une telle hypothèse, les proches jouent un rôle essentiel pour établir la volonté présumée du donneur potentiel incapable de discernement. Ils doivent dès lors être consultés. Lorsque la volonté présumée du donneur potentiel en faveur des mesures médicales préliminaires peut être établie, ces mesures peuvent être prises avant le décès. En revanche, lorsque la volonté présumée du donneur potentiel ne peut pas être établie, la décision concernant les mesures médicales préliminaires doit être prise selon l'intérêt objectif du donneur potentiel. Comme ces mesures ne servent pas l'intérêt du donneur potentiel et qu'elles peuvent parfois même impliquer certains risques pour lui, il est impossible de justifier la mise en œuvre de mesures médicales préliminaires. En bref, lorsqu'un donneur potentiel est incapable de discernement et que sa volonté présumée en faveur de mesures médicales préliminaires ne peut pas être établie, il faut renoncer à ces mesures. Tel est le résultat de l'interprétation stricte de la notion d'intérêt du patient, proposée par le Conseil fédéral sur la base de sa compréhension, à notre avis discutable, d'un ancien arrêt du Tribunal fédéral.

Il est néanmoins possible de soutenir une autre interprétation, plus libérale, de la notion d'intérêt du patient en se fondant principalement sur une analyse

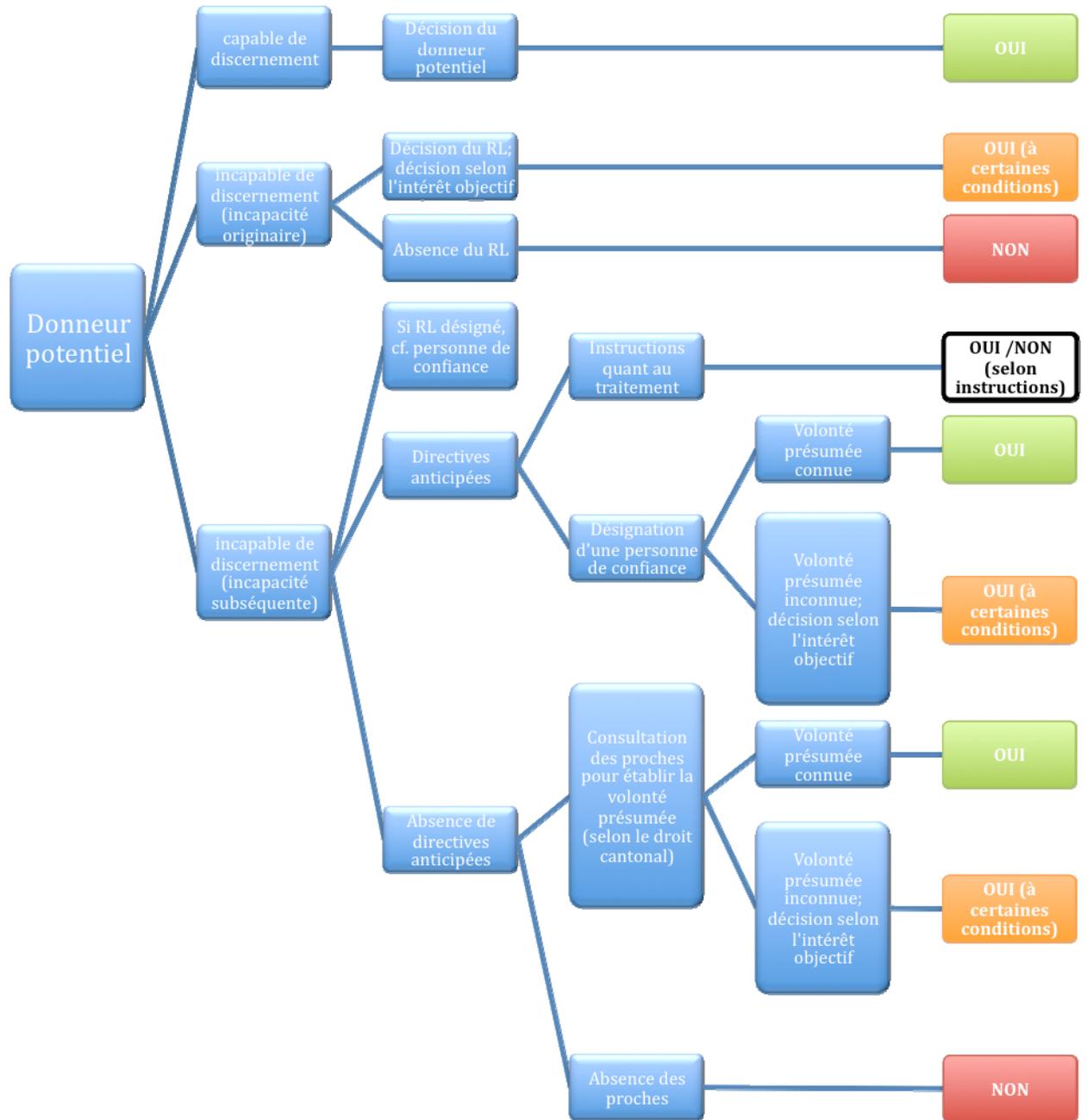
¹⁹³ Cf. l'annexe 1.

de la législation récente dans le domaine biomédical. Cette analyse montre que l'exigence d'agir uniquement dans l'intérêt objectif d'une personne incapable de discernement n'est pas absolue. On pourrait ouvrir la porte à des mesures médicales préliminaires qui ne sont pas dans l'intérêt objectif du donneur potentiel incapable de discernement, lorsque ses souhaits y relatifs ne sont pas connus, si quatre conditions cumulatives étaient respectées, afin d'accorder une protection du donneur potentiel qui tienne compte à la fois de ses intérêts et de ses possibles volontés: premièrement, les mesures médicales préliminaires sont indispensables pour le succès du prélèvement d'organes et de la transplantation ultérieure; deuxièmement, les mesures médicales préliminaires présentent un risque minimal pour le donneur potentiel; troisièmement, le représentant légal, la personne de confiance ou les proches y ont donné leur consentement; quatrièmement, il existe un bénéfice pour des personnes gravement malades en attente d'un organe.

Dans tous les cas, le consentement doit intervenir avant d'entamer des mesures médicales préliminaires, c'est-à-dire avant la constatation du décès du donneur potentiel. En vue d'un prélèvement d'organes sur un donneur à cœur non battant, il est donc indispensable d'établir la volonté effective (donneur capable de discernement) ou présumée (donneur incapable de discernement) avant que les mesures de maintien de la vie ne soient arrêtées. Il en va de même quand on envisage un prélèvement d'organes sur un donneur à cœur battant, une situation où les mesures médicales préliminaires interviennent après l'arrêt des mesures thérapeutiques.

L'intervention des proches joue un rôle essentiel pour aider à établir la volonté présumée du donneur potentiel en faveur ou à l'encontre des mesures médicales préliminaires. Ce constat a des implications importantes en ce qui concerne le moment de la demande aux proches. Nous reviendrons sur cette question plus loin, au ch. 6 du présent avis de droit.

Schématiquement, le processus décisionnel concernant la prise de mesures médicales préliminaires chez un donneur potentiel peut être résumé de la façon suivante:



4.5.7.2. Selon le nouveau droit de la protection de l'adulte

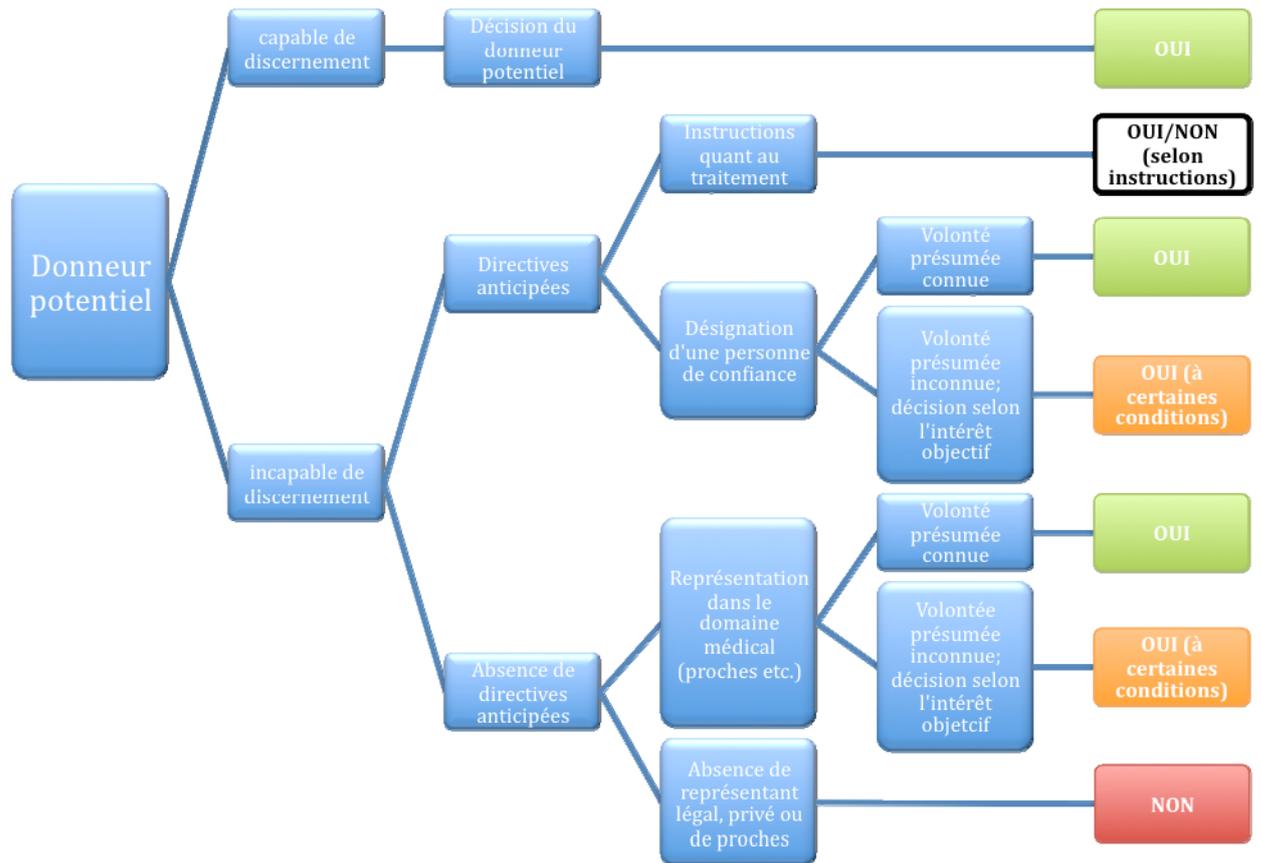
La révision du droit de la protection de l'adulte aura plusieurs implications en ce qui concerne le consentement aux mesures médicales préliminaires dans le cas d'un donneur potentiel incapable de discernement. La réforme officialise au niveau fédéral et harmonise les conditions et les effets juridiques des directives anticipées et de la désignation d'un représentant thérapeutique. Elle accorde ainsi une valeur contraignante aux directives anticipées, sauf circonstances exceptionnelles. Cela clarifiera et unifiera la situation actuelle qui dépend encore du droit cantonal. Il est cependant probable que l'impact ne soit pas majeur pour les mesures médicales préliminaires. En effet, il est, pour le moment du moins, très rare que les directives anticipées d'un donneur potentiel incluent expressément une acceptation des mesures médicales préliminaires. A soi seule, une directive anticipée acceptant le don d'organe ne pourra pas non plus en droit futur faire conclure au consentement du donneur potentiel aux mesures médicales préliminaires.

La réforme uniformise en outre au niveau fédéral le rôle des proches d'un patient incapable de discernement. Elle institue un droit de représentation légale limitée des proches, selon un ordre de priorité bien défini. Autrement dit, la réforme donne dans un ordre précis au compagnon de vie (conjoint, partenaire enregistré, concubin) et aux proches parents le pouvoir de consentir ou de refuser des soins médicaux au nom d'une personne incapable de discernement. Les critères sur lesquels les proches devront fonder leur décision quant à l'administration d'un traitement médical restent toutefois les mêmes que sous le droit actuel. Il s'agit, premièrement, de la volonté présumée de la personne concernée et, deuxièmement, de son intérêt objectif. Il en va d'ailleurs de même lorsque c'est un représentant thérapeutique désigné par le patient qui est amené à décider.

Les nouvelles mesures de protection de l'adulte et les nouvelles autorités obligeront à s'habituer à une terminologie nouvelle mais ne révolutionneront pas le droit actuel. Le droit, pour une personne capable de discernement assistée d'un curateur, d'exercer des droits strictement personnels comme celui de décider de soins médicaux est confirmé par le nouveau droit.

En bref, la révision du droit de la protection de l'adulte apporte des clarifications bienvenues sur la constitution et les effets juridiques des directives anticipées, y compris la désignation d'un représentant thérapeutique, et sur le pouvoir de représentation des proches d'une personne incapable de discernement. Ceci implique, en ce qui concerne les mesures médicales préliminaires à un prélèvement d'organes, que les proches seront désormais habilités dans tous les cantons à **décider**, c'est-à-dire à consentir ou à refuser de telles mesures, et ne seront plus simplement, comme dans la plupart des cantons actuellement, consultés en vue de dégager la volonté présumée du donneur potentiel. Pour le reste, les développements relatifs au droit actuel restent pertinents, notamment en ce qui concerne la détermination de la volonté présumée et l'interprétation possible de la notion d'intérêt du donneur potentiel.

Schématiquement, le processus décisionnel concernant la prise de mesures médicales préliminaires chez un donneur potentiel peut être résumé de la façon suivante:



5. Autres motifs justificatifs en faveur des mesures médicales préliminaires

Le consentement de la personne concernée n'est pas le seul motif justificatif susceptible de rendre licite une atteinte à son intégrité physique. En effet, l'article 28 al. 2 CC prévoit deux motifs justificatifs autres que le consentement: d'une part l'intérêt prépondérant privé ou public, d'autre part la loi.

5.1. Loi

Une mesure médicale qui, par définition, porte atteinte à l'intégrité physique ou psychique du patient peut être appliquée en l'absence de consentement de la personne concernée lorsqu'elle est autorisée ou imposée par la loi, c'est-à-dire lorsqu'elle repose sur une base légale.¹⁹⁴ Il s'agit d'un motif justificatif absolu, en ce sens qu'il dispense de procéder à toute appréciation des intérêts contradictoires éventuellement en cause.¹⁹⁵ La loi constitue en outre un motif justificatif qui a la prééminence sur les autres puisqu'elle justifie l'atteinte même à l'encontre de la volonté exprimée par la personne concernée.

La première disposition légale à laquelle on peut penser est l'article 10 LTx. Or, comme nous l'avons vu, l'article 10 LTx concernant les mesures médicales préliminaires n'impose aucunement que de telles mesures soient prises en vue d'un prélèvement d'organes. Cette disposition prévoit au contraire l'exigence d'un consentement libre et éclairé du donneur potentiel.

La situation n'est toutefois pas si catégorique que cela. Comme nous l'avons évoqué tout au début du présent avis, il faut distinguer les mesures médicales préliminaires, dont le but est de conserver les organes, et les analyses immunologiques et sérologiques, dont le but est d'évaluer l'aptitude au don du donneur potentiel. Les analyses de type sérologique et immunologique nécessitent en général des prises de sang et de tissu et impliquent de ce fait des atteintes à l'intégrité physique du donneur potentiel. Lorsque les analyses sérologiques et immunologiques peuvent être réalisées avec des échantillons de sang ou de tissu qui ont été prélevés auparavant dans le cadre de mesures thérapeutiques administrées au donneur potentiel, il ne s'agit pas d'une atteinte à l'intégrité physique, mais d'une atteinte à l'intégrité psychique.¹⁹⁶

La LTx prévoit une obligation d'examiner l'aptitude du donneur («*Tauglichkeit der spendenden Person*», art. 30 LTx) et une obligation d'effectuer des tests pour détecter la présence d'agents pathogènes («*Testpflicht*», art. 31 LTx). L'article 23 OTx reprend l'obligation du médecin responsable d'effectuer des analyses immunologiques et sérologiques. L'annexe 5 de l'OTx établit en

¹⁹⁴ BUCHER, p. 117 N 541.

¹⁹⁵ GUILLOD/KUNZ/ZENGER, p. 251; DESCHENAU/STEINAUER, p. 193.

¹⁹⁶ UMMEL/SCHMIDT/PELET, *et al.*, p. 65 ss.

détail les analyses à effectuer. Le chiffre 3.1 de l'annexe 5 à l'OTx prévoit que «*[d]es analyses adaptées à l'état de la science et de la technique sont effectuées, au moyen des tests disponibles, sur les organes, les tissus, les cellules ou la personne qui en a fait don afin de détecter la présence d'agents pathogènes ou d'indices suggérant la présence de tels agents*». L'obligation légale instaurée par les articles 30 et 31 LTx et l'article 23 OTx vise bien sûr à protéger la santé des receveurs d'organes et plus spécialement à éviter le risque de leur transmettre des maladies infectieuses.

Il s'ensuit que, à la différence des mesures médicales préliminaires, dont la licéité est strictement conditionnée à l'existence d'un consentement valable, les analyses sérologiques et immunologiques, dont le but est d'évaluer l'aptitude au don, peuvent avoir lieu même en l'absence d'un consentement valable. Le motif justificatif de l'atteinte à l'intégrité physique (ou psychique) du donneur potentiel causée par ces analyses est une base légale, c'est-à-dire les articles 30 et 31 LTx et l'article 23 OTx. Ces dispositions ne couvrent toutefois que les analyses relatives à l'aptitude au don du donneur potentiel, et non pas les analyses de laboratoire nécessaires pour ajuster les mesures médicales préliminaires.¹⁹⁷

En ce qui concerne le **moment** où les analyses sérologiques et immunologiques sont effectuées, il s'agit de favoriser très clairement les tests effectués après le décès et non pas du vivant de la personne. Dans toute la mesure du possible, les analyses doivent avoir lieu *post mortem*. Ceci correspond à l'idée de la subsidiarité.

Il nous paraît finalement important de noter que, dans le respect du droit à l'autodétermination, un consentement relatif aux analyses sérologiques et immunologiques devrait tout de même être obtenu auprès du donneur potentiel ou de la personne habilitée à le représenter.

5.2. Intérêt prépondérant

Même en l'absence de consentement, une atteinte à l'intégrité physique ou psychique (ou, plus généralement, à la personnalité) d'une personne perd son caractère illicite si l'auteur peut se prévaloir d'un intérêt prépondérant privé ou public. Ce motif justificatif est donc relatif puisqu'il implique par définition une pesée des intérêts en présence.¹⁹⁸

Le fait d'entamer des mesures médicales préliminaires pourrait-il être justifié par un intérêt prépondérant privé consistant à sauver la vie d'un receveur potentiel en attente d'un organe ou à améliorer significativement ses conditions d'existence?¹⁹⁹ En d'autres termes, l'intérêt du receveur potentiel est-il prépondérant par rapport à l'intérêt du donneur potentiel à ne pas subir les mesures médicales préliminaires, au point de constituer un motif justificatif valable?

¹⁹⁷ Cf. ch. 2.1.

¹⁹⁸ BUCHER, p. 112 N 516; DESCHENAUX/STEINAUER, p. 198.

¹⁹⁹ Le Tribunal fédéral a relevé l'importance de cet intérêt. Cf. ATF 123 I 112, 134 et 136.

Dans un arrêt rendu en 1972, le Tribunal fédéral constatait déjà que les progrès médicaux créaient un conflit entre des intérêts privés opposés: d'une part l'intérêt de toute personne à disposer librement du sort de son corps après la mort et, d'autre part, l'intérêt des patients en attente d'un organe à être sauvés ou soignés.²⁰⁰ Dans le domaine de la transplantation d'organes, le droit à la liberté personnelle est garanti, d'une part, au donneur (droit à l'intégrité physique, droit à l'autodétermination et droit de disposer de son cadavre) et, d'autre part, au receveur (droit à la vie,²⁰¹ droit à la santé). La liberté personnelle protège également le droit de disposer du cadavre et le sentiment de piété des proches.

De façon générale, le droit protège, dans la même mesure, les donneurs et les receveurs. En cas de conflit d'intérêts, il faut établir une hiérarchie des valeurs en jeu, en tenant compte des particularités de la situation d'espèce. Cette hiérarchie n'est évidemment pas la même selon qu'il s'agit du don d'organes entre vifs ou du don *post mortem*. Mais il faut aussi tenir compte de deux autres éléments. Le premier tient à la volonté exprimée par la personne qui subit une atteinte à la personnalité (le donneur potentiel). Le consentement à une atteinte à l'intégrité physique ou psychique est en principe considéré comme un motif justificatif absolu, rendant superflue toute pesée d'intérêts contradictoires. Un refus de mesures médicales aurait le même caractère et ne permettrait normalement plus d'invoquer un intérêt prépondérant²⁰². La deuxième considération se rapporte à la différence de situation entre le donneur potentiel et le receveur potentiel: le premier subit une atteinte à l'intégrité physique ou psychique du fait d'un comportement humain précis (les mesures médicales préliminaires); le second ne subit aucune atteinte à la personnalité du fait d'un tiers mais se trouve dans une situation où sa santé, voire sa vie sont menacées. Or, l'ordre juridique n'impose aucune obligation générale de se sacrifier pour le bien d'autrui.

Dans cette perspective, il n'est pas admissible de justifier une atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'un **donneur vivant** simplement par le but de préserver ou de promouvoir les intérêts de tierces personnes en attente d'un organe.²⁰³ Cela vaut naturellement pour le prélèvement d'organes lui-même, mais aussi pour les actes préparatoires tels que les mesures médicales préliminaires.

Dans la pesée des intérêts entre le receveur potentiel et le donneur potentiel encore vivant, l'intérêt du receveur potentiel à obtenir un organe ne peut donc pas être considéré comme prépondérant au point de justifier à lui seul les mesures médicales préliminaires dans le but de conserver ses organes. Quand on ne connaît pas la volonté du donneur potentiel, on ne peut pas justifier des mesures médicales préliminaires prises de son vivant par l'intérêt prépondérant privé du receveur potentiel.

²⁰⁰ ATF 98 Ia 508, 524.

²⁰¹ Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution, le droit à la vie (art. 10 al. 1 Cst.) ne fait plus, à strictement parler, partie de la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.). Il s'agit d'un droit fondamental indépendant.

²⁰² GUILLOD/KUNZ/ZENGER, p. 251 s.

²⁰³ Cf. ATF 123 I 112, 138 à propos d'un donneur même décédé.

La pesée des intérêts est moins évidente en ce qui concerne le don d'organes *post mortem*, c'est-à-dire entre les intérêts du receveur potentiel et ceux des proches du donneur décédé. Le Tribunal fédéral s'est penché plusieurs fois sur cette question, notamment en 1975. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a brièvement évoqué la pesée des intérêts entre le receveur potentiel et les proches.²⁰⁴ Il a toutefois laissé ouverte la question de savoir «*si l'intérêt du receveur - qui a un besoin vital d'une transplantation - confronté à l'intérêt des proches du donneur - dont les sentiments pourraient être blessés par toute intervention pratiquée sans droit sur le cadavre du défunt - pouvait justifier un prélèvement sans leur consentement*».²⁰⁵

En 1997, le Tribunal fédéral a tranché la question de la pesée des intérêts entre le receveur potentiel et le donneur décédé²⁰⁶ dans l'arrêt *Himmelberger*, où il affirme qu'il est «*exclu que, même en cas d'urgence ou de danger de mort du receveur, la garantie de la liberté personnelle de ce dernier l'emporte sur celle du donneur, laquelle doit toujours avoir la priorité*».²⁰⁷

Le Tribunal fédéral a donc clairement tranché la pesée des intérêts entre ceux du donneur décédé et ceux du receveur potentiel, en faveur du donneur décédé. Il doit en aller de même, *a fortiori*, pour la pesée des intérêts entre ceux du donneur potentiel vivant (quoique proche de la mort) et ceux du receveur potentiel. En d'autres termes, comme l'affirmait le rapport explicatif sur l'avant-projet relatif à une loi fédérale sur la transplantation d'organes, «*les intérêts d'un receveur ne doivent jamais l'emporter sur ceux d'un patient vivant*».²⁰⁸

²⁰⁴ ATF 101 II 177, 196 ss.

²⁰⁵ DUMOULIN, p. 56.

²⁰⁶ On laissera de côté l'aspect formellement paradoxal du raisonnement évoquant les intérêts d'un donneur décédé qui, du fait de sa mort, n'est plus une personne au sens juridique et n'est donc plus susceptible d'avoir des droits ni des intérêts. Sur le fond, la position est à la fois claire et justifiée.

²⁰⁷ ATF 123 I 112, 138.

²⁰⁸ DEPARTEMENT FEDERAL DE L'INTERIEUR, *Rapport explicatif sur l'avant-projet*, p. 92. Cf. également Message concernant la loi sur la transplantation, p. 140.

6. Moment de la demande aux proches

L'article 8 LTx prévoit les conditions requises pour prélever des organes sur une personne décédée. En l'absence de tout document attestant le consentement ou le refus du donneur, une demande doit être adressée aux proches pour déterminer s'ils ont connaissance d'une déclaration de don (al. 2). Si les proches n'ont pas connaissance d'une telle déclaration, un prélèvement d'organes ne peut être effectué que s'ils y consentent (al. 3). Dans les deux cas, une demande doit être adressée aux proches. Il se pose ainsi la question de savoir à quel moment cette demande peut être adressée aux proches. Ne peut-elle intervenir qu'après le décès du donneur potentiel, ou peut-elle intervenir déjà avant?

Il est important de clarifier d'abord les enjeux de la question du moment à partir duquel une demande de prélèvement d'organes peut être adressée aux proches. La problématique a été soulevée dans le cadre des discussions sur la réintroduction en Suisse d'un programme de donneurs à cœur non battant.²⁰⁹ En effet, pour le prélèvement d'organes sur un **donneur à cœur battant** tel qu'il est pratiqué actuellement, on ne se trouve pas dans une situation d'urgence. La demande aux proches concernant le prélèvement d'organes peut dès lors très bien intervenir après la constatation du décès par mort cérébrale primaire. Pour les **donneurs à cœur non battant** de la catégorie III de la classification de Maastricht (arrêt des mesures de maintien de la vie) en revanche, l'équipe médicale ne dispose pas de cette marge de temps.²¹⁰ Une fois le décès constaté, le prélèvement doit intervenir immédiatement, sinon les organes ne sont plus dans un état propice à leur transplantation. Dans ces conditions, il est important pour le succès de la transplantation future de pouvoir faire la demande aux proches concernant un éventuel prélèvement d'organes avant la constatation du décès du donneur potentiel, ou même avant l'arrêt des traitements le maintenant en vie.²¹¹

La LTx ne règle pas explicitement la question du moment de la demande aux proches. La rédaction des alinéas 2 et 3 de l'article 8 LTx peut prêter à confusion sur le sens et la portée à donner à la disposition à cet égard. L'alinéa 2 prévoit que: «*[e]n l'absence de tout document attestant le consentement ou le refus de la **personne décédée**, il est demandé aux proches s'ils ont connaissance d'une déclaration de don*» (mise en évidence ajoutée). En vertu de l'alinéa 3, «*[s]i les proches n'ont pas connaissance d'une telle déclaration, un prélèvement d'organes [...] ne peut être effectué que s'ils y consentent. En prenant leur décision, ils doivent respecter la volonté présumée de la **personne décédée***» (mise en évidence ajoutée).

²⁰⁹ BEYELER/WÄLCHLI-BHEND/MARTI, *et al.*, p. 899 ss.

²¹⁰ Il n'en va pas de même pour les donneurs à cœur non battant des catégories I et II de la classification de Maastricht. En ce qui concerne ces deux catégories de donneurs, le patient soit est déjà décédé au moment où il arrive à l'hôpital, soit décède au service des urgences après un échec de réanimation. En l'absence de consentement du donneur, des mesures peuvent être prises pendant 72 heures après le décès, le temps de connaître la décision des proches (art. 10 al. 3 LTx et art. 8 OTx).

²¹¹ C'est le cas par exemple au Canada, cf. CONSEIL CANADIEN POUR LE DON ET LA TRANSPLANTATION, p. 6.

Nous nous voyons dès lors confrontés à un **problème d'interprétation** d'un texte légal.²¹² Le sens littéral de l'article 8 al. 2 et 3 LTx semble implicitement situer le moment de la demande aux proches après le décès du donneur potentiel, puisque la disposition parle du consentement ou du refus (al. 2) et de la volonté présumée (al. 3) de la «*personne décédée*». En d'autres termes, l'utilisation de l'expression «*personne décédée*» dans les deux alinéas laisse penser, de prime abord, que la demande de prélèvement ne peut être adressée aux proches qu'une fois le décès du donneur constaté.

Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, une disposition légale doit être interprétée en premier lieu d'après son texte. Si le texte légal est clair et sans ambiguïté, il lie l'autorité qui doit l'appliquer, pour autant qu'il exprime le sens véritable de la norme.²¹³ Il est cependant possible de s'écarter de la teneur claire d'une disposition légale lorsque l'interprétation littérale de celle-ci conduit à un **résultat que le législateur ne peut avoir voulu** (interprétation *contra legem*). En outre, un texte légal peu clair (ce qui est déjà en soi une forme d'interprétation) autorise, voire rend nécessaire son interprétation dès lors qu'il existe des raisons pertinentes de penser que la teneur apparente ne reflète pas le vrai sens de la disposition. Le Tribunal fédéral admet que de telles raisons peuvent résulter des **travaux préparatoires** (interprétation historique objective ou subjective), du **sens et du but de la disposition** (interprétation téléologique) ou de sa **relation avec d'autres prescriptions légales** (interprétations logique et systématique).

L'article 8 al. 2 et 3 LTx n'a pas pour objet de régler le moment auquel la demande de prélèvement d'organes peut être adressée aux proches du donneur potentiel. L'utilisation de l'expression «*personne décédée*» ne donne ainsi pas d'indication claire et directe quant au moment de la demande aux proches mais reprend simplement le titre de la section 2 du chapitre 2 de la loi (dans laquelle se trouve l'art. 8 LTx), intitulée «*Prélèvement d'organes, de tissus ou de cellules sur des personnes décédées*» (mise en évidence ajoutée). On ne peut donc pas affirmer que l'article 8 LTx donne une réponse claire quant au moment de la demande aux proches. Il faut donc l'interpréter à l'aide des méthodes habituellement admises.

L'**interprétation historique** ne fournit aucun élément convaincant. L'analyse des travaux préparatoires de la LTx ne donne en effet, et de manière regrettable, aucun indice sur l'intention des parlementaires fédéraux quant au moment où la demande de prélèvement d'organes doit être adressée aux proches.

Si l'article 8 al. 2 et 3 LTx était interprété comme exigeant de n'adresser une demande aux proches du donneur potentiel qu'après son décès, le prélèvement d'organes sur des donneurs à cœur non battant de la catégorie III de la classification de Maastricht (arrêt des mesures de maintien de la vie) deviendrait impossible en pratique. Nous avons décrit auparavant (ch. 2.4) le déroulement d'un tel prélèvement. D'un point de vue logistique, et dans le but

²¹² Cet aspect a été pertinemment relevé dans la prise de position de l'Office fédéral de la justice de décembre 2008.

²¹³ ATF 127 III 318, 322 s.; 125 III 57, 58 s.; 120 II 112, 113 s.

de garantir le succès de la transplantation ultérieure, il n'est pas raisonnablement envisageable que la demande soit adressée aux proches après la constatation du décès. L'impossibilité de procéder à des prélèvements d'organes sur des donneurs à cœur non battant ne correspond certainement pas à la volonté du législateur ni aux buts qu'il poursuivait, spécialement celui de contribuer «à ce que des organes [...] soient disponibles à des fins de transplantation» (art. 1 LTx). Cela ressort en outre du fait que le critère de la mort adopté par le législateur fédéral à l'article 9 LTx et la procédure de constatation du décès qui en découle (régie par l'art. 7 OTx et son annexe 1²¹⁴), permettent justement aussi bien le prélèvement d'organes après une mort cérébrale primaire que le prélèvement d'organes après une mort cérébrale secondaire.

Il s'ensuit que l'**interprétation téléologique** conduit à donner à l'article 8 al. 2 et 3 LTx un sens qui n'exclut pas, en pratique, un type de prélèvement d'organes expressément prévu par le législateur.

Du point de vue **systématique**, l'utilisation à l'article 8 LTx de l'expression «*personne décédée*» résulte simplement des exigences de cohérence dans la rédaction d'une loi. L'article 8 LTx est en effet placé au sein de la section 2 du chapitre 2 de la loi, intitulée «*Prélèvement d'organes, de tissus ou de cellules sur des personnes décédées*». L'expression «*personnes décédées*» est donc simplement utilisée pour distinguer cette situation de celle réglée à la section 3 du même chapitre, intitulée «*Prélèvement d'organes, de tissus ou de cellules sur des personnes vivantes*». Il est dès lors normal, d'un point de vue logique et systématique, que l'article 8 LTx se réfère à la «*personne décédée*» en tant qu'expression générique, sans que l'on puisse déduire une quelconque intention du législateur de résoudre une question (le moment de la demande) dont l'article 8 LTx ne traite pas.

À notre avis, l'article 8 LTx établit un arbre décisionnel, c'est-à-dire une hiérarchie décisionnelle à respecter en ce qui concerne le consentement au prélèvement d'organes sur une personne décédée. Cette disposition ne touche en revanche pas la question du moment de la demande aux proches. En ce sens, l'article 8 LTx ne s'oppose pas à ce que la demande soit adressée aux proches avant la constatation du décès.²¹⁵

Les directives médico-éthiques de l'ASSM confirment entièrement ce point de vue. Selon les directives relatives au diagnostic de la mort dans le contexte de la transplantation d'organes, la question d'un éventuel don d'organes peut être abordée avec les proches déjà avant le diagnostic de la mort.²¹⁶ Dans ce contexte, l'interlocuteur désigné (médecin spécialiste ou médecin cadre) doit

²¹⁴ Il s'agit des directives médico-éthiques de l'ASSM relatives au diagnostic de la mort dans le contexte de la transplantation d'organes, dans leur version du 24 mai 2005.

²¹⁵ À titre d'exemple, les Recommandations nationales pour le don après un décès d'origine cardio-circulatoire du Conseil canadien pour le don et la transplantation prévoient que «*la possibilité d'un don doit être présentée avant le décès*» (mise en évidence ajoutée) à la famille du donneur potentiel. Cf. CONSEIL CANADIEN POUR LE DON ET LA TRANSPLANTATION, p. 6.

²¹⁶ ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, *Diagnostic de la mort*, p. 11 ch. 4.

expliquer aux proches le sens des examens et interventions pratiqués «avant le constat de la mort et ultérieurement sur le patient décédé».²¹⁷

Selon les directives de l'ASSM concernant les problèmes éthiques aux soins intensifs, «[l']entretien avec les proches au sujet d'un éventuel don d'organes ne devrait avoir lieu que dans le cas où une mort cérébrale devient inéluctable; le moment précis pour une telle discussion doit être soigneusement choisi au cas par cas. La volonté des proches de bénéficiaire d'un certain délai de réflexion doit être respectée».²¹⁸ Le critère retenu pour déterminer le moment à partir duquel la demande aux proches peut intervenir est ainsi celui de la «mort cérébrale inéluctable» et non pas la constatation officielle et juridique de la mort.

L'importance de pouvoir adresser la demande aux proches avant la constatation du décès résulte d'ailleurs non seulement de raisons logistiques en lien avec le prélèvement d'organes sur un donneur à cœur non battant, mais découle également de raisons éthiques. En effet, adresser la demande aux proches avant l'arrêt des machines qui maintiennent la vie du donneur permet d'honorer les sentiments de pitié des proches et de respecter leur droit de prendre congé du donneur dans des circonstances dignes de ce nom. Elle leur laisse aussi plus de temps pour prendre une décision.

Si l'on tient compte enfin des conclusions présentées pour le consentement aux mesures médicales préliminaires, il s'avère que **la différence entre les deux situations de prélèvement**, en ce qui concerne la question du moment de la demande aux proches, disparaît quasi complètement. La volonté présumée du donneur potentiel incapable de discernement relative aux mesures médicales préliminaires doit être établie avant d'entamer des mesures. Cette volonté présumée du donneur potentiel est principalement établie grâce à l'intervention des proches. Qu'il s'agisse d'un donneur potentiel à cœur battant ou non battant, les proches doivent ainsi être impliqués et informés des mesures médicales préliminaires avant d'entamer ces dernières, c'est-à-dire avant la constatation du décès. Comme ces mesures sont intrinsèquement liées au prélèvement d'organes ultérieur, et qu'elles sont administrées dans ce seul but, la demande aux proches concernant le prélèvement doit pouvoir intervenir à ce moment (*pre mortem*) également. Il paraît peu concevable d'aborder les mesures médicales préliminaires avec les proches, sans leur parler du prélèvement d'organes.

Il n'y a ainsi pas de raison convaincante de ne pas aborder la question du prélèvement d'organes avant la constatation de la mort du donneur potentiel.²¹⁹ Au contraire, dans le sens de respecter un certain **décal de réflexion** des proches, surtout en ce qui concerne le prélèvement d'organes sur un donneur à cœur non battant, il semble indispensable d'adresser la demande aux proches avant la constatation de la mort.

²¹⁷ ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, *Diagnostic de la mort*, p. 11 ch. 4.

²¹⁸ ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, *Soins intensifs*, p. 10 ad ch. 2.1.

²¹⁹ L'annonce de la mort cérébrale inéluctable, par des équipes médicales qui disposent de l'expérience nécessaire, ne nuit en rien au lien de confiance établi entre les proches du patient et les soignants. Cf. GUIOTA/GEISSLER/JACQUES, p. 1087.

Dans la grande majorité des cas, l'arrêt des mesures médicales de maintien du donneur potentiel en vie fait l'objet d'une discussion avec les proches. Les mesures médicales préliminaires nécessaires doivent être abordées dans le même contexte, comme d'ailleurs la question du prélèvement d'organes.

Dans ce cadre, il nous paraît toutefois indispensable de communiquer aux proches, au représentant légal ou à la personne de confiance, **de manière claire et séparée** toutes les informations pertinentes sur les trois étapes suivantes:²²⁰

- l'arrêt des mesures de maintien de la vie;
- les mesures médicales préliminaires nécessaires et le prélèvement ultérieur d'organes;
- la constatation de la mort cérébrale primaire ou secondaire.

L'équipe médicale doit respecter une **stricte séparation des démarches** à cet égard, ce qui permet d'éviter des conflits d'intérêts potentiels. Dans ce sens, le rapport explicatif au projet de loi sur la transplantation précise que «*les décisions et les mesures qui concernent les soins au patient (arrêt des mesures de survie, arrêt des mesures de réanimation, constatation du décès) doivent être strictement séparées de celles qui concernent le prélèvement et la transplantation des organes (consentement au don et aux mesures médicales, participation au prélèvement d'organes)*».²²¹ Il s'ensuit que la discussion avec le patient ou les proches, le représentant légal ou la personne de confiance sur l'arrêt des mesures de maintien de la vie doit être séparée temporellement de la discussion sur les mesures médicales préliminaires et le prélèvement d'organes.²²²

²²⁰ De même, CURFMAN/MORRISSEY/DRAZEN, p. 750; DEPARTEMENT FEDERAL DE L'INTERIEUR, *Rapport explicatif sur l'avant-projet*, p. 46.

²²¹ DEPARTEMENT FEDERAL DE L'INTERIEUR, *Rapport explicatif sur l'avant-projet*, p. 46.

²²² À titre d'exemple, les Recommandations nationales pour le don après un décès d'origine cardio-circulatoire du Conseil canadien pour le don et la transplantation prévoient que «*la possibilité d'un don d'organes et de tissus [est] présentée aux patients ou aux familles une fois qu'une décision a été prise par consentement mutuel d'arrêter le [traitement de maintien de la vie], mais avant que soit posé tout acte en vue de mettre fin à ce traitement*». Cf. CONSEIL CANADIEN POUR LE DON ET LA TRANSPLANTATION, p. 6.

7. Recommandations de *lege ferenda*

7.1. Information de la population

Sur la base de ce qui précède, nous tenons à faire quelques recommandations *de lege ferenda*. Le principal problème que nous décelons en lien avec les mesures médicales préliminaires en vue d'un prélèvement d'organes et la question du consentement y relatif est l'absence totale d'information de la population. Peu, si ce n'est rien, est connu sur l'existence, la nature, les justifications et les conséquences de ces mesures, pourtant indispensables au succès de la médecine de transplantation.

Et pourtant, le Tribunal fédéral a relevé en 1997 déjà l'importance de l'information du public en matière de transplantation d'organes.²²³ Depuis le 1^{er} juillet 2007, l'information de la population en matière de transplantation d'organes est ancrée dans une base légale. Selon la LTx, la responsabilité pour l'information incombe dorénavant à la Confédération et aux cantons, sans toutefois exclure les activités de *Swisstransplant* ainsi qu'une éventuelle collaboration.²²⁴

L'article 61 LTx demande à l'OFSP et aux cantons d'informer régulièrement le public de façon neutre et objective sur les questions liées à la médecine de transplantation.²²⁵ L'information sur la pratique de la médecine de transplantation doit également traiter des aspects controversés, tels que la xénotransplantation.²²⁶ Dans le domaine de la médecine de transplantation, l'information du public est cruciale, pour des questions à la fois de transparence et de compréhension de cette branche de la médecine ainsi que pour augmenter la confiance du public.²²⁷

Il faut relever également que, depuis la ratification du Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine (cité: PA) le 10 novembre 2009,²²⁸ la Suisse est liée par ce texte international à caractère contraignant. En vertu de l'article 8 PA, les Etats «*informent les professionnels de la santé et le public en général du besoin d'organes [...]. [Ils] informent également des conditions du prélèvement et de la greffe d'organes*».

Cette obligation d'informer la population ne nous semble pas être respectée pour le moment en ce qui concerne les mesures médicales préliminaires.

²²³ ATF 123 I 112, 134 ss. Cet arrêt traite de la question de l'admissibilité au regard des droits fondamentaux d'un système de consentement présumé au don d'organes.

²²⁴ Message concernant la loi sur la transplantation, p. 174 s.

²²⁵ Message concernant la loi sur la transplantation, p. 175 s.

²²⁶ Message concernant la loi sur la transplantation, p. 175. L'art. 61 LTx constitue une concrétisation de l'art. 28 CDHB qui exige que «*les questions fondamentales posées par les développements de la biologie et de la médecine fassent l'objet d'un débat public approprié [...]*».

²²⁷ Message concernant la loi sur la transplantation, p. 174.

²²⁸ Protocole additionnel du 24 janvier 2002 à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine, STCE 186. Cf. <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/186.htm> (consulté le 5.07.2010). La Suisse a ratifié le Protocole additionnel le 10 novembre 2009 qui est entré en vigueur le 1^{er} mars 2010.

Comme ces mesures constituent une étape cruciale et indispensable à tout prélèvement d'organes ultérieur, une information adéquate de la population est nécessaire. Nous verrons par la suite qu'une telle information plus généralisée sur les mesures médicales préliminaires, ainsi qu'une éventuelle adaptation de la carte de donneur, permettrait d'établir une présomption que le consentement au don d'organes implique un consentement à de telles mesures. En effet, si l'on désire établir une présomption selon laquelle le consentement au don d'organes s'étend aux mesures médicales préliminaires, une information préalable et généralisée de la population est indispensable.²²⁹

Nous sommes conscients du fait que l'information de la population relative aux mesures médicales préliminaires est délicate. La crainte, encore très généralisée, que les équipes médicales dans les unités de soins intensifs ne fassent pas tout ce qui est possible pour sauver la vie d'un donneur potentiel d'organes, risque de s'intensifier une fois que la discussion publique sur les mesures médicales préliminaires aura été lancée. Mais ce risque peut à notre avis être minimisé par une information franche et complète rappelant aussi les bénéfices de la transplantation d'organes. La situation actuelle de non-information, ou de désinformation, est, elle, inacceptable.

Nous tenons finalement à relever que l'introduction d'un programme de donneurs à cœur non battant, tout à fait légitime d'un point de vue juridique, nécessitera des efforts supplémentaires concernant l'information de la population. Le concept de la mort cérébrale est aujourd'hui principalement associé à la mort cérébrale primaire. Les connaissances relatives au prélèvement d'organes suite à la mort cérébrale secondaire après arrêt cardiaque restent très limitées. Comme le prélèvement d'organes sur un donneur à cœur non battant implique une situation agitée, comparée à la situation plus paisible du donneur à cœur battant, tout doit être entrepris pour que le droit de mourir dans la dignité du donneur à cœur non battant et le droit de ses proches de prendre congé de lui dans des circonstances dignes puissent être respectés. Il serait à notre avis absolument contreproductif, pour l'avenir de la médecine de transplantation en Suisse, qu'un manque de transparence découlant d'une information insuffisante de la population autour de la notion de donneur à cœur non battant mène à un affaiblissement de la confiance de la population envers le corps médical qui, par ricochet, diminuerait certainement le taux déjà très faible de dons d'organes.

7.2. Article 8 LTx

Dans le but d'enlever toute ambiguïté relative à la question de savoir à quel moment une demande de prélèvement d'organes peut être adressée aux proches, il nous paraît judicieux de préciser l'article 8 LTx. Nous avons vu que la demande de prélèvement d'organes et la consultation des proches dans le contexte de la question de savoir si des mesures médicales préliminaires peuvent être entamées sont intrinsèquement liées.

²²⁹

De cet avis, DEPARTEMENT FEDERAL DE L'INTERIEUR, *Rapport explicatif sur l'avant-projet*, p. 91.

On pourrait dès lors imaginer d'ajouter un article 10^{bis} à la suite des articles 8 LTx (conditions requises pour le prélèvement) et 10 LTx (mesures médicales préliminaires), dont l'objet serait de régler spécifiquement le moment de la demande aux proches. Cet article pourrait avoir la teneur suivante:

Art. 10^{bis} Moment de la demande aux proches

La demande aux proches, en ce qui concerne les mesures médicales préliminaires et le prélèvement d'organes, peut intervenir à partir du moment où la décision d'arrêter les traitements de maintien de la vie a été prise.

Il serait au surplus opportun de mieux préciser la notion de proches que ne le fait actuellement l'article 3 OTx, qui ne prévoit aucune hiérarchie entre les proches. Il faudrait s'inspirer à cet égard du futur article 378 al. 1 du Code civil accepté par le Parlement le 19 décembre 2008 dans le cadre de la réforme du droit de la protection de l'adulte.²³⁰

7.3. Article 10 LTx

Du fait des ambiguïtés qui découlent de la version actuelle de l'article 10 LTx, et en lien avec l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte, il nous paraît judicieux de préciser aussi l'article 10 LTx.

La formulation de l'article 10 al. 1 LTx dépend de deux éléments. D'une part, il faut savoir si l'information de la population, au moyen des campagnes d'information notamment, va être adaptée pour y inclure les éléments pertinents relatifs aux mesures médicales préliminaires. D'autre part, la formulation de la disposition dépend d'une éventuelle adaptation du contenu de la carte de donneur de *Swisstransplant*. On pourrait à cet égard imaginer par exemple que soit ajoutée sur la carte de donneur une case à cocher avec le texte suivant:

«J'accepte/je refuse que les mesures médicales préliminaires nécessaires dont le but est de conserver les organes soient prises avant mon décès».

Nous recommandons clairement que les campagnes d'information incluent à l'avenir les mesures médicales préliminaires et que la carte de donneur soit complétée dans le sens que nous venons d'indiquer. A cette double condition, l'article 10 al. 1 LTx pourrait simplement être reformulé de façon positive, pour signifier que le consentement au don d'organes s'étend aux mesures médicales préliminaires. Les alinéas 2 et 3 actuels resteraient inchangés. La teneur du nouvel article 10 al. 1 LTx pourrait être la suivante:

Art. 10 Mesures médicales préliminaires

²³⁰ FF 2009 p. 139, 145.

¹ *Le consentement au don d'organes, de tissus ou de cellules s'étend aux mesures médicales prises avant le décès dont le but exclusif est la conservation des organes, des tissus ou des cellules.*

Si la situation insatisfaisante actuelle était maintenue (pas d'information du public sur les mesures médicales préliminaires, carte de donneur inchangée), l'article 10 al. 1 LTx devrait alors être formulé de façon négative, dans le sens que le consentement au don d'organes n'inclurait pas en principe le consentement aux mesures médicales préliminaires. Des précisions pourraient ensuite être apportées pour les hypothèses où le donneur potentiel est capable de discernement (al. 2) ou, au contraire, incapable de discernement (al. 2 à 4). Les alinéas 2 et 3 actuels resteraient inchangés. Nous ne recommandons pas cette solution, mais indiquons tout de même une possible formulation:

Art. 10 Mesures médicales préliminaires

¹ *Le consentement aux d'organes, de tissus ou de cellules ne s'étend pas en principe aux mesures médicales prises avant le décès dont le but exclusif est la conservation des organes, des tissus ou des cellules.*

² *Lorsque le donneur potentiel est capable de discernement, il doit donner son consentement libre et éclairé à des mesures médicales préliminaires.*

³ *Lorsque le donneur potentiel est incapable de discernement, la personne habilitée à le représenter dans le domaine médical peut consentir à des mesures médicales préliminaires, conformément à la volonté présumée du donneur potentiel.*

⁴ *Lorsque la volonté présumée du donneur potentiel incapable de discernement n'est pas connue, la personne habilitée à le représenter peut consentir à des mesures médicales préliminaires, à condition qu'elles impliquent des risques minimaux et qu'elles soient indispensables en vue d'un prélèvement d'organes ultérieur.*

⁵ *Si le donneur potentiel n'a pas de personne habilitée à le représenter ou s'il n'est pas possible de se mettre en rapport avec elle, il est interdit d'entamer des mesures médicales préliminaires.*

7.4. Législation d'exécution

Une dernière remarque s'impose plus spécifiquement pour le prélèvement d'organes sur un donneur à cœur battant.

Nous avons vu que la plupart des patients admis aux soins intensifs ne décèdent pas sous traitement intensif. Au contraire, lorsque la situation du patient est désespérée, les mesures thérapeutiques sont arrêtées. Dans la grande majorité des cas, ces patients décéderaient ensuite d'un arrêt cardio-respiratoire. Mais dans le but d'amener ces patients à un état de mort

cérébrale primaire qui permet de prélever plus d'organes de meilleure qualité, les mesures thérapeutiques sont remplacées par des mesures visant à maintenir les fonctions vitales et à conserver les organes.

Pour protéger efficacement le droit de mourir dans la dignité du patient concerné, il nous paraît nécessaire de définir un délai maximal pendant lequel des mesures médicales préliminaires peuvent être prises entre le moment de l'arrêt des mesures thérapeutiques en faveur du patient et le premier diagnostic de la mort cérébrale primaire. Cette précision pourrait se faire au niveau de la réglementation d'exécution de la LTx (dans l'ordonnance sur la transplantation, à l'art. 8 OTx). À titre d'exemple, l'hôpital de l'île à Berne pratique un délai maximal de 48 heures entre l'interruption des mesures thérapeutiques en faveur du patient et le premier diagnostic de la mort cérébrale.²³¹

²³¹

REGLI/SPESCHA/PETER, p. 7.

8. Conclusions

Au terme de cet avis de droit, il nous est possible de formuler un certain nombre de conclusions:

- (1) Il y a différentes catégories de mesures qui peuvent être effectuées avant le décès d'un donneur potentiel. Il est important de distinguer à cet égard les mesures médicales préliminaires, dont le but est de **conserver les organes**, et les mesures médicales dont le but consiste à **évaluer l'aptitude au don du donneur potentiel**, c'est-à-dire des analyses sérologiques et immunologiques.
- (2) Les mesures médicales préliminaires constituent des mesures effectuées **sur une personne vivante**, le donneur potentiel. À la différence des interventions médicales généralement pratiquées sur une personne vivante, les mesures médicales préliminaires présentent la **particularité** qu'elles ne sont **pas prises dans l'intérêt du donneur potentiel** mais dans celui d'un tiers, le receveur potentiel.
- (3) Les donneurs potentiels sont des patients qui ne se trouvent pas en voie de guérison, mais en fin de vie. La **perspective de traitement** qui les concerne n'est dès lors pas de nature thérapeutique, mais **palliative**, dans le sens d'éviter des souffrances inutiles. Il en découle que la décision concernant la prise de mesures médicales préliminaires n'est pas une décision entre la vie et la mort, mais plutôt une décision entre deux manières de laisser la vie s'éteindre.
- (4) Il faut faire une **distinction** entre les mesures médicales préliminaires qui concernent un donneur potentiel à **cœur battant** et celles qui concernent un donneur potentiel à **cœur non battant**.
- (5) En vue d'un prélèvement d'organes sur un **donneur à cœur battant**, le soutien mécanique du patient est maintenu et certaines autres mesures médicales préliminaires sont prises, d'une part, pour permettre au patient d'atteindre un état de mort cérébrale primaire et, d'autre part, pour garantir la qualité des organes jusqu'au prélèvement. Les mesures médicales préliminaires constituent un traitement continu dès l'abandon des mesures thérapeutiques, pendant tout le processus de diagnostic de la mort cérébrale primaire et jusqu'au prélèvement des organes. Ce traitement continu permet de maintenir les fonctions vitales du donneur potentiel à cœur battant. Sans l'instauration de ces mesures après l'arrêt des mesures thérapeutiques, un prélèvement d'organes est quasiment exclu chez un donneur potentiel à cœur battant.
- (6) En vue d'un prélèvement d'organes sur un **donneur à cœur non battant**, des mesures médicales sont prises avant l'arrêt des mesures de maintien de la vie, ou dans la période entre l'interruption des

traitements de maintien de la vie et la constatation du décès, dans le but de réduire le temps d'ischémie chaude (installation d'une canule artérielle) et de garantir la qualité des organes, par l'administration de certains médicaments anticoagulants et vasodilatateurs. Pour les donneurs potentiels à cœur non battant, les mesures médicales préliminaires se présentent en général sous la forme d'une administration unique d'un médicament par exemple.

- (7) Le prélèvement d'organes se trouve dans la suite logique des mesures médicales préliminaires prises avant le décès du donneur potentiel. Le **succès du prélèvement** des organes et de la transplantation ultérieure **dépend largement de la prise de ces mesures**.
- (8) Le **consentement préalable au don d'organes ne s'étend pas aux mesures médicales préliminaires prises avant le décès**, principalement pour les raisons suivantes: premièrement, le consentement au don d'organes est un consentement à des interventions qui ont lieu sur le corps *post mortem*; deuxièmement, la solution adoptée par la LTx fait très clairement une différence entre le consentement au don d'organes (art. 8 LTx) et le consentement aux mesures médicales préliminaires (art. 10 LTx), ce qui interdit de prétendre que le premier consentement englobe implicitement le second; troisièmement, l'information de la population sur les mesures médicales préliminaires est actuellement inexistante. Par ailleurs, pour admettre un éventuel consentement tacite aux mesures médicales préliminaires, il faudrait que la personne donnant son consentement ait reçu toutes les informations pertinentes (nature et modalités, but, effets, risques et autres désavantages) sur ces mesures.
- (9) Lorsque le **donneur potentiel est capable de discernement**, son **consentement spécifique** doit être obtenu pour pouvoir entreprendre des mesures médicales préliminaires, même s'il a préalablement consenti au don d'organes.
- (10) Lorsque le **donneur potentiel est incapable de discernement**, le **consentement spécifique** doit être obtenu **d'une personne habilitée à le représenter**, même s'il a préalablement consenti au don d'organes.
- (11) Le **consentement aux mesures médicales préliminaires n'est pas soumis à des exigences de forme** particulières. Il peut être donné de façon expresse ou de manière tacite. Cependant, comme les mesures médicales préliminaires en vue d'un prélèvement d'organes ne sont pas prises dans l'intérêt du donneur potentiel, mais dans le but de préserver ses organes, et que ces mesures présentent un certain caractère invasif, un **consentement exprès, de préférence par écrit, est hautement recommandable**. C'est le médecin qui supporte le fardeau de la preuve en ce qui concerne le consentement.

- (12) Le consentement aux mesures médicales préliminaires doit être donné sur la base d'une **information adéquate**. Comme il s'agit en l'espèce de mesures qui sont prises non pas dans l'intérêt du donneur potentiel, mais dans le but de conserver les organes, il paraît indispensable d'intégrer à l'information des explications sur les aspects techniques de la préservation des organes, sur l'importance des mesures médicales préliminaires pour la réussite de la transplantation ultérieure et sur les conséquences des mesures pour le donneur potentiel. Ce sont ces informations qui permettent de respecter l'exigence d'un **consentement éclairé**. C'est le médecin qui supporte le fardeau de la preuve en ce qui concerne l'information préalable.
- (13) Un **donneur potentiel capable de discernement peut consentir** à des mesures médicales préliminaires prises avant son décès. Son consentement justifie juridiquement le fait de l'exposer à un certain risque qui n'est pas pris dans son intérêt direct.
- (14) Lorsque le **donneur potentiel est incapable de discernement**, le médecin compétent ou le personnel soignant doit vérifier si le donneur dispose d'un **représentant légal** ou s'il a désigné une **personne de confiance**. Il appartient alors à cette personne de prendre les décisions au nom du donneur potentiel selon sa volonté présumée et ses intérêts.
- (15) **En l'absence de personne habilitée à décider** pour le donneur, des informations sur les convictions et comportements antérieurs du donneur potentiel doivent être recherchées afin de pouvoir établir sa volonté présumée. La **consultation des proches** d'un donneur potentiel incapable de discernement joue un rôle essentiel dans les démarches visant à établir sa volonté présumée.
- (16) Des mesures médicales préliminaires en vue d'un prélèvement d'organes peuvent être effectuées sur un donneur potentiel incapable de discernement lorsque sa **volonté présumée** en faveur de telles mesures peut être établie.
- (17) Lorsque la volonté présumée d'un patient ne peut pas être établie, ou lorsqu'un patient a toujours été incapable de discernement, il faut agir selon son intérêt objectif. La notion d'**intérêt objectif** se prête à deux interprétations, une stricte, et une libérale.
- (18) Dans une **interprétation stricte de l'intérêt objectif** du donneur potentiel, interprétation que nous rejetons, seule une mesure médicale poursuivant un but thérapeutique concret correspond à l'intérêt du patient. Le seul but des mesures médicales préliminaires est de conserver les organes en vue d'un prélèvement d'organes, sans avoir un effet bénéfique sur le donneur potentiel. Il paraît ainsi

difficile de faire coïncider un tel but et de telles conséquences avec une interprétation stricte de l'intérêt objectif du donneur potentiel. Il en découle que lorsque la volonté présumée du donneur potentiel ne peut pas être établie, le représentant légal ou la personne de confiance ne peut pas consentir à des mesures qui ne sont pas dans l'intérêt direct du donneur potentiel. Il en va de même pour le médecin qui doit décider de la prise de mesures médicales préliminaires dans l'hypothèse où le donneur incapable de discernement ne dispose pas d'une personne habilitée à le représenter.

- (19) **L'interprétation libérale de la notion d'intérêt** du patient que nous soutenons se base, d'une part, sur le fait que l'intérêt du donneur potentiel n'exige pas dans sa situation des mesures thérapeutiques en vue d'une guérison, mais un traitement (palliatif) de fin de vie. L'intérêt du donneur potentiel à respecter n'est plus la vie qui va de toute manière s'achever ni la santé, mais le droit de mourir dans la dignité. Les mesures médicales préliminaires ne portent pas *a priori* atteinte au droit du donneur potentiel de mourir dans la dignité. D'autre part, une analyse de la législation récente dans le domaine médical démontre que l'exigence d'agir uniquement dans l'intérêt objectif d'une personne incapable de discernement n'est pas absolue.
- (20) En se fondant sur cette interprétation libérale de l'intérêt du donneur potentiel, **on peut accepter que des mesures médicales préliminaires soient prises en l'absence de toute volonté connue** de sa part, lorsque **quatre conditions** cumulatives sont respectées: (a) les mesures médicales préliminaires présentent un risque minimal pour le donneur potentiel, (b) les mesures médicales préliminaires sont indispensables pour le succès du prélèvement d'organes et de la transplantation ultérieure, (c) le représentant légal, la personne de confiance ou les proches ont consenti, (d) un bénéfice est attendu pour des personnes gravement malades en attente d'un organe.
- (21) Lorsque le représentant légal, la personne de confiance ou les proches d'un donneur potentiel incapable de discernement sont absents, **le médecin ne peut pas décider seul d'entamer des mesures médicales préliminaires sur la base de l'intérêt bien compris du donneur potentiel**. Le législateur suisse a adopté une solution claire pour l'hypothèse où les proches ne peuvent pas être contactés. En analogie à l'article 8 al. 4 LTx, qui interdit tout prélèvement d'organes en cas d'absence des proches, aucune mesure médicale préliminaire en vue d'un tel prélèvement ne peut être entamée lorsque le représentant légal ou les proches d'un donneur potentiel ne peuvent pas être joints.
- (22) La possibilité pour le médecin de contacter l'autorité tutélaire existe pour des situations conflictuelles se rapportant à l'intérêt du patient. Ces situations se distinguent clairement de la situation du donneur potentiel face aux éventuelles mesures qui peuvent être prises pour conserver ses organes. Lorsque le représentant légal ou les proches

s'opposent à des mesures médicales préliminaires, en se basant sur la volonté présumée ou sur l'intérêt objectif du donneur potentiel, le conflit ne porte pas sur l'intérêt thérapeutique du donneur potentiel. En l'absence de conflit portant sur l'intérêt thérapeutique du donneur potentiel, il n'y a **pas de raison valable pour le médecin d'interpeller l'autorité tutélaire**.

- (23) La notion de consentement hypothétique s'applique dans des situations où le médecin a violé son devoir d'information envers un patient qui a donné un consentement à une intervention. Elle ne s'applique pas quand le médecin n'a pas respecté son devoir d'obtenir un consentement tout court. L'hypothèse du **consentement hypothétique manque ainsi de pertinence** dans le contexte du don d'organes et des mesures médicales préliminaires. En ce qui concerne le don d'organes, et plus particulièrement encore les mesures médicales préliminaires, c'est justement l'absence de consentement qui est la situation la plus fréquente, d'autant plus que le donneur potentiel se trouve dans la grande majorité des cas dans un état qui ne lui permet plus de recevoir l'information pertinente et de formuler sa volonté.
- (24) Le **futur droit de la protection de l'adulte** introduit un certain nombre de changements qui influenceront aussi le consentement aux mesures médicales préliminaires pour un donneur potentiel incapable de discernement. La réforme consacre au niveau fédéral les directives anticipées et le représentant thérapeutique. Elle accorde en principe une **valeur contraignante** aux **directives anticipées** qui équivalent à un consentement valable, par exemple aux mesures médicales préliminaires. Si les directives anticipées désignent un **représentant thérapeutique**, le médecin doit obtenir son consentement pour entamer des mesures médicales préliminaires. Le représentant thérapeutique se décidera selon les instructions émises dans les directives anticipées ou, à défaut d'instructions, selon la volonté présumée et les intérêts objectifs du donneur potentiel.
- (25) Le **futur droit de la protection de l'adulte** apporte en outre une clarification bienvenue du rôle des proches d'une personne incapable de discernement. Il **accorde à des proches** (selon un ordre de priorité défini) le **pouvoir de consentir** ou non à des soins médicaux au nom d'une personne incapable de discernement (art. 378 CC). Les critères de décision quant à l'administration d'un traitement médical restent toutefois les mêmes que sous le droit actuel, à savoir la volonté présumée de la personne concernée et son intérêt objectif.
- (26) Le consentement n'est pas le seul motif justificatif pour une atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'une personne. En effet, l'article 28 al. 2 CC prévoit aussi à titre de motif justificatif général l'autorisation de la loi. À la différence des mesures médicales préliminaires, qu'aucune loi n'autorise et pour lesquelles le consentement reste une condition indispensable de licéité, les **analyses sérologiques et**

immunologiques, dont le but est d'évaluer l'aptitude au don du donneur potentiel, **peuvent être entreprises même en l'absence de consentement** valable. Le motif justificatif de l'atteinte à l'intégrité physique (ou psychique) du donneur potentiel causée par ces analyses consiste en une **base légale**, c'est-à-dire les articles 30 et 31 LTx et l'article 23 OTx. Ces dispositions ne couvrent toutefois que les analyses relatives à l'aptitude au don du donneur potentiel, et non pas les analyses de laboratoire nécessaires pour ajuster les mesures médicales préliminaires.

- (27) En plus du consentement et de la loi, l'article 28 al. 2 CC prévoit encore, à titre de motif justificatif général d'une atteinte à la personnalité, l'intérêt prépondérant, privé ou public. Il est cependant inadmissible de prétendre se passer de consentement pour des mesures médicales préliminaires prises sur une personne vivante, en arguant que ces mesures répondraient à l'intérêt prépondérant privé du receveur potentiel. Le **Tribunal fédéral a clairement tranché la pesée des intérêts entre le donneur décédé et le receveur potentiel en faveur du donneur** décédé. Il en va de même, *a fortiori*, pour la pesée d'intérêts entre le donneur potentiel proche de la mort et le receveur potentiel. Les intérêts d'un receveur ne doivent jamais l'emporter sur ceux d'un patient vivant.
- (28) Comme la volonté présumée du donneur potentiel concernant des mesures médicales préliminaires est principalement établie grâce à l'intervention des proches, le **moment de la demande aux proches est crucial**. Dans les faits, la volonté présumée du donneur potentiel incapable de discernement doit être établie avant d'entamer des mesures médicales préliminaires. Il s'ensuit que la demande aux proches doit intervenir avant d'entamer ces mesures, c'est-à-dire avant la mort. Comme ces mesures sont intrinsèquement liées au prélèvement d'organes, la demande aux proches concernant le prélèvement devrait aussi intervenir à ce moment (*pre mortem*), qu'il s'agisse d'un donneur à cœur battant ou d'un donneur à cœur non battant.
- (29) Le sens, l'insertion systématique et le but de **l'article 8 al. 2 et 3 LTx** permettent de conclure que cette disposition **n'interdit pas que la demande soit adressée aux proches avant la constatation du décès du donneur potentiel**. À notre avis, l'art. 8 LTx établit un arbre décisionnel, c'est-à-dire une hiérarchie décisionnelle à respecter en ce qui concerne le consentement au prélèvement d'organes sur une personne décédée. Cette disposition ne touche par contre pas directement à la question du moment de la demande aux proches.
- (30) C'est le critère de la **mort cérébrale inéluctable** qui devrait déterminer le **moment à partir duquel une demande** de prélèvement d'organes et d'autorisation des mesures médicales préliminaires **peut être adressée aux proches**.

- (31) Dans la grande majorité des cas, l'arrêt des mesures de maintien de la vie fait l'objet d'une discussion avec les proches. Les mesures médicales préliminaires nécessaires doivent être abordées dans le même contexte, et il en va de même de la question du prélèvement des organes. L'équipe médicale doit toutefois respecter à tout moment une **stricte séparation des démarches sur ces différents points**. Lors de l'entretien avec les proches, la discussion relative à l'arrêt des mesures thérapeutiques (donneur à cœur battant) ou l'arrêt des mesures de maintien de la vie (donneur à cœur non battant) doit ainsi être clairement distincte de la demande relative à un prélèvement d'organes et aux mesures médicales préliminaires nécessaires à cet égard.

Annexe

Formulaire de consentement pour le don d'organes après décès cardio-circulatoire, projet-pilote, Québec-Transplant

(http://www.quebec-transplant.qc.ca/QuebecTransplant_fr/PDF/Formulaires/Autorisation_prelevement_DDC_v1.pdf)

Bibliographie

- ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, *Directives médico-éthiques concernant les problèmes éthiques aux soins intensifs*, dans leur version du 3 juin 1999 (cité: ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, *Soins intensifs*).
- ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, *Directives médico-éthiques relatives à la prise en charge des patientes et patients en fin de vie*, dans leur version du 25 novembre 2004 (cité: ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, *Fin de vie*).
- ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, *Directives médico-éthiques relatives au diagnostic de la mort dans le contexte de la transplantation d'organes*, dans leur version du 24 mai 2005 (cité: ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, *Diagnostic de la mort*).
- ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, *Directives médico-éthiques relatives au traitement et à la prise en charge des patients souffrant d'atteintes cérébrales extrêmes de longue durée*, dans leur version du 27 novembre 2003 (cité: ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, *Atteintes cérébrales extrêmes de longue durée*).
- ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, *Principes médico-éthiques relatifs au droit des patientes et patients à l'autodétermination*, dans leur version du 24 novembre 2005 (cité: ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, *Autodétermination*).
- ANTOINEA CORINNE/BRUNB FREDERIC/TENAILLONA ALAIN, *et al.*, *Le prélèvement sur donneurs à cœur arrêté dans le cadre de la greffe rénale*, *Néphrologie & Thérapeutique*, 2008, Vol. 4(1), p. 5-14.
- BELL M. D. D., *Non-heart beating organ donation: old procurement strategy - new ethical problems*, *British Medical Journal*, 2003, Vol. 29(3), p. 176-181.
- BEYELER FRANZISKA/WÄLCHLI-BHEND SUSANNA/MARTI HANS-PETER, *et al.*, *Wiedereinführung des Non-Heart-Beating-Donor-Programms in der Schweiz?*, *Bulletin des médecins suisses*, 2009, Vol. 90(23), p. 899-901.
- BOULARD GERY/GUIOT PHILIPPE/POTTECHER THIERRY, *et al.*, *Prise en charge des sujets en état de mort encéphalique dans l'optique d'un prélèvement d'organes*, *Annales Françaises d'Anesthésie et de Réanimation*, 2005, Vol. 24(7), p. 836-843.
- BROWNE ALISTER/GILLET GRANT/TWEEDDALE MARTIN, *The ethics of elective (non-therapeutic) ventilation*, *Bioethics*, 2000, Vol. 14(1), p. 42-57.
- BUCHER ANDREAS, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5^e édition, Bâle 2009.
- CONSEIL CANADIEN POUR LE DON ET LA TRANSPLANTATION, *Recommandations nationales pour le don après un décès d'origine cardiocirculatoire*, *Journal de l'Association médicale canadienne*, 2006, Vol. 175(8), p. 1-10.
- CONSEIL D'ETHIQUE CLINIQUE DES HOPITAUX UNIVERSITAIRES DE GENEVE, *Avis consultatif sur les donneurs d'organes à cœur non battant*, 5 janvier 2005.
- CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif à la Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine*, 17 décembre 1996 (cité: CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif à la CDHB*).

- CONSEIL FEDERAL, Message du 12 septembre 2001 concernant la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, FF 2002, p. 19-246 (cité: Message concernant la loi sur la transplantation).
- CONSEIL FEDERAL, Message du 11 septembre 2002 relatif à la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine, FF 2002, p. 6841-6956 (cité: Message relatif à la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine).
- CONSEIL FEDERAL, Message du 28 juin 2006 concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), FF 2006, p. 6635-6766 (cité: Message concernant la révision du code civil suisse).
- CONSEIL FEDERAL, Message du 21 octobre 2009 sur la loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain, FF 2009, p. 7259-7376 (cité: Message LRH).
- CURFMAN GREGORY D./MORRISSEY STEPHEN/DRAZEN JEFFREY M., *Cardiac transplantation in infants*, New England Journal of Medicine, 2008, Vol. 359(7), p. 749-750.
- DEPARTEMENT FEDERAL DE L'INTERIEUR, *Rapport explicatif sur l'avant-projet relatif à une loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules*, Novembre 1999 (cité: DEPARTEMENT FEDERAL DE L'INTERIEUR, *Rapport explicatif sur l'avant-projet*).
- DESCHENAUX HENRI, STEINAUER PAUL-HENRI, *Personnes physiques et tutelle*, 4^e édition, Berne 2001.
- DEVAUD CORALIE, *L'information en droit médical - Etude de droit suisse*, Genève/Bâle/Zurich 2009.
- DOWNIE JOCELYN/RAJOTTE CHANTELE/SHEA ALISON, *Pre-mortem transplantation optimizing interventions: the legal status of consent*, Canadian Journal of Anesthesia, 2008, Vol. 55(7), p. 458-469.
- DUBOSE JOSEPH/SALIM ALI, *Aggressive organ donor management protocol*, Journal of Intensive Care Medicine, 2008, Vol. 23(6), p. 367-375.
- DUMOULIN JEAN-FRANÇOIS, *Transplantation d'organes en suisse: le droit au carrefour de la vie et de la mort*, Cahiers IDS, Hors série 1, Neuchâtel 1997.
- GUILLOD OLIVIER, *Le consentement éclairé du patient: autodétermination ou paternalisme?*, Neuchâtel 1986 (cité: GUILLOD, *Consentement éclairé*).
- GUILLOD OLIVIER, *Droit des personnes*, Neuchâtel 2009 (cité: GUILLOD, *Droit des personnes*).
- GUILLOD OLIVIER/KUNZ KARL-LUDWIG/ZENGER CHRISTOPH ANDREAS, *Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit AIDS*, Berne 1991.
- GUIOT PHILIPPE/CHEISSON GAËLLE/DELABRANCHE XAVIER, *et al.*, *Optimisation hémodynamique des donneurs potentiels en état de mort encéphalique*, Réanimation, 2007, Vol. 16(2), p. 149-155.
- GUIOTA PHILIPPE/GEISSLER ALAIN/JACQUES DURAND-GASSELIN, *Diagnostic de la mort encéphalique et prélèvement d'organes: une activité «éthique» pour les réanimateurs*, Annales Françaises d'Anesthésie et de Réanimation, 2006, Vol. 25(10), p. 1086-1087.
- HAAS RAPHAËL, *Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB*, Zurich 2007.

- HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA, *Das neue Erwachsenenschutzrecht*, Berne 2010.
- JOSSEN ROCHUS, *Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten beim medizinischen Heileingriff*, Berne 2009.
- KUHN MORITZ W./POLEDNA THOMAS (Ed.), *Arztrecht in der Praxis*, 2^e édition, Zurich/Bâle/Berne 2007.
- MAGLIOCCA JOSEPH F./MAGEE JOHN C./ROWE STEPHEN A., *et al.*, *Extracorporeal support for organ donation after cardiac death effectively expands the donor pool*, *The Journal of Trauma*, 2005, Vol. 58(6), p. 1095-1102.
- MANAÏ DOMINIQUE, *Les droits du patient face à la biomédecine*, Berne 2006.
- MARTENET VINCENT/DEVAUD CORALIE, *La révocation du consentement aux soins médicaux*, in: PHILIPPIN, EDGAR/GILLIERON, OHILIPPE/VULLIEMIN, PIERRE-FRANÇOIS, *et al.* (Ed.), *Mélanges en l'honneur de François Dessemontet*, Lausanne 2009, p. 265-278.
- PARKER M.ICHEAL/SHEMIE SAM D., *Pro/con ethics debate: Should mechanical ventilation be continued to allow for progression to brain death so that organs can be donated?*, *Critical Care*, 2002, Vol. 6(5), p. 399-402.
- REGLI BRUNO/SPESCHA PLASCH/PETER CHRISTIAN, *Médecine de laboratoire et transplantation d'organes. 2e partie: Médecine de laboratoire chez le donneur d'organes – un problème éthique?*, *Pipette*, 2008(6), p. 6-9.
- ROSENDALE JOHN D./CHABALEWSKI FRANKI L./MCBRIDE MAUREEN A., *et al.*, *Increased transplanted organs from the use of a standardized donor management protocol*, *American Journal of Transplantation*, 2002, Vol. 2(8), p. 761-768.
- ROSENDALE JOHN D./MYRON KAUFFMAN H./MCBRIDE MAUREEN A., *et al.*, *Aggressive pharmacologic donor management results in more transplanted organs*, *Transplantation*, 2003, Vol. 75(4), p. 482-487.
- SALIM ALI/MARTIN MATTHEW/BROWN CARLOS, *et al.*, *The Effect of a Protocol of Aggressive Donor Management: Implications for the National Organ Donor Shortage*, *The Journal of Trauma: Injury, Infection, and Critical Care*, 2006, Vol. 61(2), p. 429-435.
- SALIM ALI/VELMAHOS GEORGE C./BROWN CARLOS, *et al.*, *Aggressive Organ Donor Management Significantly Increases the Number of Organs Available for Transplantation*, *The Journal of Trauma: Injury, Infection, and Critical Care*, 2005, Vol. 58(5), p. 991-994.
- SOCIETE SUISSE DE MEDECINE INTENSIVE, *Recommandations pour la prise en charge des donneurs potentiels d'organes adultes à cœur battant*, Octobre 2006.
- SPRECHER FRANZISKA, *Medizinische Forschung mit Kindern und Jugendlichen: nach schweizerischem, deutschem, europäischem und internationalem Recht*, Berlin 2007.
- STRATENWERTH GÜNTER/WOHLERS WOLFGANG, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar*, Berne 2007.
- UMMEL MARINETTE/SCHMIDT ALINE/PELET ODILE, *et al.*, *La réutilisation des tissus humains*, Cahier IDS N° 10, Neuchâtel 2002.
- VERHEIJDE JOSEPH L./RADY MOHAMED Y./MCGREGOR JOAN, *Presumed consent for organ preservation in uncontrolled donation after cardiac death in the United States: a*

public policy with serious consequences, Philosophy, Ethics, and Humanities in Medicine, 2009, Vol. 4(15), p. 1-8.

WOOD KENNETH E./BECKER BRYAN N./MCCARTNEY JOHN G., *et al.*, *Care of the potential organ donor*, New England Journal of Medicine, 2004, Vol. 351(26), p. 2730-2739.