Zeitschrift: Bulletin / Vereinigung der Schweizerischen Hochschuldozierenden = Association Suisse des Enseignant-e-s d'Université

Herausgeber: Vereinigung der Schweizerischen Hochschuldozierenden

Band: 34 (2008)

Heft: 3-4

Artikel: A propos du don d'organes : de quoi ont peur les Suisses?

Autor: Manaï, Dominique

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-893905

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 15.07.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

A propos du don d'organes : de quoi ont peur les Suisses ?

Dominique Manaï

S'il est un thème où le souci éthique traverse le droit, c'est bien celui du don d'organes. En effet, le don consiste en l'attribution d'un bien d'une personne à une autre sans contre-prestation correspondante. Mais quand il s'agit d'une partie de son corps, le don devient un sujet de préoccupation tant morale que juridique. Cela d'autant plus que la dénonciation du trafic d'organes a mis en évidence le risque d'instrumentalisation de la personne. Dans la pratique du don d'organes, la situation de la Suisse est alarmante : en 2007, on comptait 1371 patients sur les listes d'attente, 418 patients ont pu être transplantés et environ 50 personnes sont décédées faute d'avoir reçu un organe. Par contre le prélèvement d'un rein sur un donneur vivant semble en expansion. La loi fédérale sur la transplantation, adoptée le 8 octobre 2004, est censée améliorer la situation. Cette loi est entrée en vigueur le 1er juillet 2007 ainsi que les Ordonnances d'exécution du Conseil fédéral, modifiées récemment[1]. De plus, le Conseil fédéral vient d'adopter et de transmettre au Parlement le message portant approbation 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. En plus de l'engagement juridique pour favoriser la transplantation d'organes, il est prévu de créer un « programme latin de dons d'organes », associant la Suisse romande et le Tessin, dans le cadre duquel des coordinateurs de dons en collaboration avec les services de soins intensifs se chargeront d'identifier les donneurs.

Notre contribution juridique examinera en un premier temps le lien entre le don d'une partie de son corps et le respect de la dignité humaine. Nous analyserons ensuite comment le législateur garantit le don d'organes comme un paradigme de l'altruisme. Nous cernerons enfin les conditions que fixe le législateur pour déterminer la capacité de donner et pour, le cas échéant, protéger le donneur. Ces trois facettes du don seront mises en perspective par le droit comparé et le droit européen.

1. Le don d'une partie de son corps et le respect de la dignité humaine

Dans la transplantation d'organe, *l'objet du don* est un bien de la personnalité et non une chose. Le rapport de la personne avec son corps n'est pas pensé par le droit en termes de propriété -la personne n'a pas un corps- mais en termes de *personnalité* -elle *est* son corps. En tant que tel, le corps et ses parties sont *inaliénables,* c'est-à-dire indissolublement liés à la personne et les droits qui lui sont rattachés sont *intransmissibles* : ils s'éteignent avec le décès de leur titulaire et ne sont pas transférés aux héritiers. Et si les proches peuvent agir en justice pour défendre l'intégrité corporelle du défunt, aussi bien la doctrine[2] que la jurisprudence[3] précisent qu'ils agissent en leur propre nom[4]. Contrairement au droit allemand[5], ils n'ont aucun pouvoir de représentation du défunt.

C'est dans cette opposition entre la personnalité et la chose que s'insère la dignité humaine. La dignité est liée au respect de soi. La condamnation de l'instrumentalisation s'inspire de l'impératif kantien bien connu : « Agis de telle sorte que tu traites toujours l'humanité aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre toujours en même temps comme une fin, et jamais simplement comme un moyen »[6].

Le respect de la dignité humaine n'est pas seulement un impératif moral ; il a des liens avec les droits fondamentaux : il est consacré par l'article 7 de la Constitution fédérale. Il est spécifié à propos de la génétique humaine, de la procréation médicalement assistée (art. 119 constitution), de la transplantation d'organes (art. 119a constitution) et de la recherche sur l'être humain (art. 118a projet d'article constitutionnel sur la recherche).

L'importance du respect de la dignité humaine comme droit fondamental prolonge ses effets dans les lois, tout particulièrement dans le domaine biomédical, domaine où la liberté et l'égalité risquent de ne pas toujours être respectées. Par exemples, les manipulations génétiques ou le clonage

reproductif ont été dénoncés comme portant atteinte à la dignité, dans la mesure où ils réduisent l'être humain ainsi produit au statut d'instrument.

Aussi le législateur encadre-t-il le don d'organes afin qu'il soit compatible avec le respect de la dignité humaine.

2. Le don d'organes : un paradigme de l'altruisme

L'altruisme se réalise si deux éléments sont présents : d'abord le don est une attribution gratuite (a) ; ensuite la cause du don est l' *animus donandi*, la volonté de donner (b).

a) Le prélèvement d'organes en vue d'un don doit être animé par le souci de solidarité avec celui qui souffre. Le corps et ses parties sont englobés dans une culture du don. Ainsi, les parties du corps humain sont des *res extracommercium,* donc *extra-patrimoniales.* En d'autres termes, ni le corps humain ni ses parties n'ont une valeur pécuniaire et ne peuvent faire l'objet d'échange avec contre-prestation. C'est pourquoi le principe de la *gratuité* est affirmé dès qu'il s'agit d'organes ou de produits du corps humain.

Intégrant les principes internationaux unanimement reconnus[7], l'article 119a alinéa 3 Constitution suisse énonce que le don d'organes, de tissus et de cellules humaines est gratuit. Il est précisé que le commerce d'organes humains est interdit, faisant ainsi écho à l'interdiction du trafic d'organes[8]. L'interdiction du commerce protège les personnes d'un prélèvement motivé par les avantages financiers que le donneur pourrait retirer. Le *commerce* consiste à se procurer ou fournir des organes, les recevoir, les transporter, les remettre à un tiers ainsi que toutes les négociations menées dans ce cadre en vue de l'obtention d'une contre-prestation. Dans cette perspective, il est intéressant de relever que le constituant prohibe les avantages matériels liés à un échange d'organes humains, mais *non les dédommagements* des frais encourus pour le remplacement d'un organe, ou les échanges d'organes, de tissus ou de cellules entre hôpitaux ou entre centres de transplantations. Car chacun le sait, si l'organe n'a pas de prix, le prélèvement et la transplantation ont un coût.

Le législateur a repris ces principes et la loi fédérale sur la transplantation d'organes rappelle la distinction entre la gratuité du don et l'interdiction du commerce. En effet, elle énonce le principe de la *gratuité* du don d'organes[9], principe dont la violation est assortie d'une sanction pénale[10]. Cependant elle n'exclut pas le remboursement de certaines dépenses liées aux dommages subis par le prélèvement[11]. Le législateur suisse prévoit explicitement l'interdiction du commerce, cela non seulement pour les organes, mais aussi pour les tissus et les cellules[12]. Mais l'interdiction de la commercialisation ne couvre ni le remboursement des coûts liés au prélèvement et à la transplantation[13], ni à la vente de transplants standardisés[14]. Cette interdiction du commerce est garantie sous la menace d'une sanction pénale[15]. Par ailleurs, les coûts du prélèvement ne devraient pas être un frein au don d'organe : dans ce but, le donneur doit être assuré « de manière adéquate contre de possibles conséquences graves du prélèvement »[16]. De plus, l'assurance du receveur doit prendre en charge les coûts de l'assurance du donneur ainsi que l'indemnité équitable attribuée à ce dernier[17].

b) L'altruisme se caractérise par un second élément : l'*animus donandi.* La volonté de donner constitue la cause du don. Le droit distingue la cause, qui est un élément essentiel à la validité du don, du motif sous-jacent à celui-ci qui relève des raisons incitant le donneur à consentir à un prélèvement d'organes. Les motifs peuvent être des liens affectifs entre le donneur et le receveur.

Lorsqu'il s'agit d'un *donneur décédé*, le prélèvement est une manifestation claire de l'altruisme non réciproque, dans la mesure où le principe de gratuité exclut que le don soit motivé par des raisons financières.

De plus, le modèle du consentement explicite ou informé, selon lequel le silence équivaut à une non-déclaration, assure l'esprit de la générosité du don volontaire conçu comme un acte altruiste. En effet, le prélèvement est admissible si la personne y a consenti préalablement ou si les proches consultés y consentent. Ce modèle favorise l'autodétermination du donneur et son libre choix. Il offre même la possibilité de ne pas faire de choix en matière de don d'organes. Ce modèle est adopté notamment en Allemagne[18], au Québec[19], aux Etats-Unis[20], au Danemark[21], aux Pays-Bas[22], et au Royaume-Uni[23].

Le législateur *suisse* a retenu une solution qui assure le caractère volontaire du don. Ceci alors même que la jurisprudence fédérale avait admis que le modèle de l'opposition était conforme à la Constitution[24] et que les proches devaient être informés du droit de s'opposer à un prélèvement[25] ; et quand bien même les deux tiers des législations cantonales avaient préféré le consentement pré-

sumé. En effet, la loi fédérale a opté pour le système du consentement au sens large ; en d'autres termes, elle exige le consentement explicite de la personne et, à défaut de celui-ci, le consentement de ses proches. Elle garantit ainsi le droit du donneur à disposer de lui-même[26].

La Suisse a choisi une conception très libérale du don d'organes par une personne décédée. Cette solution assure *l'authenticité du don*, dans la mesure où la personne a le choix de ne pas faire de choix.

Par ailleurs, la Suisse n'exclut pas que le don *post mortem* soit effectué en faveur d'une personne déterminée.

De surcroît, pour éviter des pressions ou des conflits d'intérêts, *l'indépendance du personnel soignant* est une exigence juridique de première importance : à l'instar des autres législations, la loi suisse prévoit[27] que le médecin qui constate le décès ne peut participer ni au prélèvement, ni à la transplantation d'organes, de tissus ou de cellules, ni même recevoir de directives d'un médecin spécialisé qui participe au prélèvement ou à la transplantation, que les médecins et le personnel médical ne doivent exercer aucune pression liée à l'urgence, ni aucune influence quelconque sur les personnes qui soignent le patient en fin de vie ou qui constatent son décès.

Lorsqu'il s'agit d'un *donneur vivant*, nonobstant sa gratuité, le don s'accompagne presque toujours de réciprocité et d'échange. Ainsi les motifs du don sont divers : le *droit suisse* n'exige pas, contrairement à la Convention européenne pour les droits de l'homme et la biomédecine[28], que le donneur et le receveur soit liés par un lien de parenté ou par des relations personnelles étroites.

En *droit allemand*, le don ne peut être effectué qu'après avoir reçu un avis favorable d'un comité d'éthique pour vérifier qu'aucun indice n'atteste que le consentement serait vicié et que l'organe ne fait pas l'objet d'un trafic prohibé par la loi. De plus, pour le don d'organes non régénérables, il doit exister des liens affectifs étroits entre le donneur et le receveur[29]. De même, l'*Italie* ne permet que le prélèvement du rein et, en principe, pour les parents, enfants, frères et sœurs, majeurs[30]. Le *Royaume-Uni* prévoit que le don nécessite un lien de parenté et qu'en l'absence d'un tel lien, il convient d'obtenir l'approbation d'un organisme *Unrelated Transplant Regulatory Authority*, qui, dans la pratique, délivre une autorisation lorsque le donneur et le receveur sont très proches.

3. Qui peut être donneur d'organes ?

Alors que le don d'une chose nécessite le plein exercice des droits civils[31], *l'acte de donner* un organe est une cession volontaire d'une partie de son corps qui exige la capacité de discernement[32]. Si les différentes composantes du corps humain sont potentiellement susceptibles d'appropriation séparée de celle du corps considéré dans son ensemble fonctionnel, le contrôle individuel sur son propre corps, perçu comme une manifestation plus large de la liberté individuelle en termes de *maîtrise* absolue, est une condition fondamentale. Le droit à l'autodétermination de la personne implique que l'individu est libre, il ne peut s'assujettir qu'à ses propres règles, sous réserve du respect du droit et des bonnes mœurs. Ainsi et en principe, chacun est libre de prendre les engagements qu'il veut, même s'ils lui sont défavorables, pour autant qu'ils ne soient pas excessifs[33].

Lorsque le *donneur est décédé,* le *principe de non-malfaisance* qui exige de ne pas nuire à autrui, *primum non nocere,* n'entre pas en considération ; seul demeure le respect de la volonté du défunt. Le *législateur suisse* admet que donner ses organes après sa mort est un droit dès l'âge de 16 ans[34] pour autant que les conditions du constat du décès et du consentement soient remplies. Il en va de même en *Allemagne*. Soulignons que le droit allemand prévoit que seule une personne qui ne s'est pas opposée de son vivant à un don d'organe peut en recevoir un[35].

Le respect de l'autodétermination du défunt peut être réalisé de deux manières différentes : par le modèle de l'opposition, en d'autres termes du consentement présumé, selon lequel le silence vaut acceptation. Ce modèle recherche la maximisation du nombre de donneurs d'organes et met l'accent sur la valeur de la solidarité avec le receveur. Ce modèle du consentement présumé est notamment adopté en Espagne, qui prévoit en cas d'absence de preuve d'une opposition au don d'organes que la famille sera consultée pour connaître la volonté du défunt[36], au Portugal[37], en Belgique[38], en Suède[39] et en Italie qui interdit cependant le prélèvement sur le cerveau et les organes génitaux[40]. Il est intéressant de relever que l'Italie organise des campagnes d'informations qui expliquent à toute la population l'enjeu du don d'organes ou de tissus. L'art. 23 de la loi italienne de 1999 stipule que, avant que le consentement présumé ne devienne effectif, chaque citoyen doit pouvoir, sans pression ni contrainte, faire une promesse de don de ses organes et tissus après sa

mort. Les familles des personnes qui n'ont pas fait de promesses de don peuvent s'opposer au don[41]. Comme nous l'avons relevé précédemment, la Suisse a opté pour le modèle du consentement explicite du donneur ou de ses proches. Ces deux modèles de l'opposition ou du consentement explicite comportent par delà leurs différences des similitudes : tous les deux confèrent la primauté à la volonté du donneur lorsque celle-ci est connue, un prélèvement est admissible lorsque le donneur y a consenti et il est toujours illicite lorsque la personne l'a refusé. De même, tous les deux prévoient que lorsque la volonté du défunt n'est pas connue, les proches sont consultés et ont la possibilité, ou plutôt la tâche difficile, de se prononcer.

Un aspect mérite d'être particulièrement souligné : c'est la prise en considération de la volonté des *proches*. Le législateur suisse s'est préoccupé de garantir le respect de leur autodétermination. *La communication avec les proches et leur soutien* sont à mon sens des éléments fondamentaux, car ils permettent d'établir une relation de *confiance* entre les proches et le personnel soignant. Et ce rapport de confiance peut favoriser le consentement à un don d'organes. Les Directives de l'Académie suisse des sciences médicales sur le Diagnostic de la mort dans le contexte de la transplantation d'organes ont pris en considération l'importance des proches en prévoyant que l'information et l'assistance aux proches requiert une « attention toute particulière » dans le cadre du décès[42].

Le législateur suisse est le premier, à ma connaissance, à cerner avec autant de précision la notion de proches et de personne de confiance habilités à consentir à un don d'organe. Le cercle des proches n'est pas défini dans la loi mais dans l'Ordonnance sur la transplantation : le proche est celui qui entretenait les liens les plus étroits avec la personne décédée. A moins que les circonstances induisent à penser le contraire, le proche qui a entretenu un contact personnel régulier avec le défunt jusqu'à son décès est présumé être le conjoint, le partenaire enregistré, la personne ayant mené de fait une vie de couple avec la personne décédée, les enfants, les parents, les frères et sœurs, les grands-parents et les petits-enfants, ainsi que les autres personnes qui entretenaient des liens étroits avec la personne décédée[43].

Que prévoit alors le *législateur suisse* ? A défaut de document attestant la volonté du défunt, les proches seront d'abord consultés pour savoir s'ils ont connaissance d'une déclaration du défunt, et si tel n'est le cas, ce sont eux qui prennent la décision dès qu'ils sont âgés de plus de 16 ans[44], en respectant la volonté présumée de la personne décédée[45]. Cette prise en considération des proches, leur compétence de décider ainsi que l'information qui doit éclairer leur décision est fondamentale. S'il y a plusieurs proches, le prélèvement est autorisé si toutes les personnes joignables dans un délai raisonnable donnent leur accord et s'il n'y a aucune opposition de la part des proches non joignables[46]. De plus, une personne de confiance désignée par la personne avant son décès peut agir en lieu et place des proches[47]. Au *Royaume-Uni* il est prévu que si la personne n'a pas consenti de son vivant, est alors exigé le consentement d'un *nominated representative* ou à défaut celui d'un « proche qualifié » (à savoir le conjoint partenaire, parent, enfant, frère, sœur, grand-parent, petit-enfant, enfant d'un frère ou d'une sœur, beau-père ou belle-mère, demi-frère, demi-sœur, ou ami de longue date)[48].

Et pour le *don entre vivants* ?

Il importe de rappeler que le prélèvement sur un *donneur vivant* contrevient au principe de non malfaisance, dans la mesure où le donneur sain porte atteinte à sa santé. Dans quelle mesure alors le don n'est-il pas un engagement excessif ?

Le *législateur suisse* accorde le primat à l'autodétermination du donneur tout en limitant au maximum l'entorse au principe de non malfaisance[49]. A cet effet il fixe quelques limites à l'autodétermination, dans le but de protéger le donneur. Le choix du donneur ne sera valable juridiquement que s'il respecte les deux principes suivants : le principe de la *subsidiarité*, à savoir s'il n'existe pas d'autre traitement thérapeutique d'effet comparable pour le receveur[50]. A cet égard, il est intéressant de relever la réserve que le gouvernement *suisse* a formulée lors de la ratification de la Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine. En effet, la Convention européenne prévoit à l'article 19 alinéa 1 que le prélèvement d'un organe sur un donneur vivant ne peut être envisagé que « si l'on ne dispose pas d'organe ou de tissu appropriés d'une personne décédée ». Or la loi suisse n'est pas assortie d'une telle clause et le don peut très bien être une première option thérapeutique[51]. En droit suisse, il s'agit en quelque sorte d'une subsidiarité limitée.

Un second principe limite l'autodétermination du donneur vivant est celui du respect de la *proportionnalité* entre l'atteinte subie par le donneur et le bénéfice attendu par le receveur ; plus précisément le prélèvement ne peut consister qu'en une atteinte peu grave pour le donneur alors que le bénéfice

doit être important pour le receveur. De surcroît, ce principe de proportionnalité implique aussi de choisir la mesure la moins préjudiciable du point de vue de la santé du donneur. La loi exclut le prélèvement en cas de risque sérieux pour la santé ou la vie du donneur[52].

Le *droit allemand* fixe une limitation supplémentaire à la liberté personnelle du donneur puisqu'il prévoit que le donneur doit être âgé de moins de 60 ans et la donneuse ne doit pas projeter d'avoir des enfants[53].

Les *mineurs* et les *personnes incapables de discernement* sont particulièrement vulnérables : elles risquent d'être instrumentalisées, elles n'ont pas toujours la capacité d'autodétermination requise pour disposer librement des parties de leur corps. De plus, il est difficile d'évaluer la capacité de discernement du donneur mineur. Quelles informations doivent lui être communiquées alors que très peu d'études se sont penchées sur les conséquences du prélèvement pour le donneur ? Et comment s'assurer que la volonté du représentant est exercée dans l'intérêt du représenté ?

L'Etat a ici une tâche « paternaliste », à savoir protéger la partie faible.

Dans cette optique, la Convention d'Oviedo et le Protocole additionnel sur la transplantation d'organes prévoient qu'aucun prélèvement ne peut être effectué sur une personne n'ayant pas la capacité de donner son consentement[54]. A titre exceptionnel[55], le prélèvement de *tissus régénérables* est autorisé si le receveur est un frère ou une sœur du donneur, si le don est de nature à préserver la vie du receveur et si on ne dispose pas d'un donneur compatible jouissant de la capacité de consentir. Le refus du donneur potentiel doit toujours être respecté[56]. Si le prélèvement n'implique pour le donneur qu'un risque minimal et une contrainte minimale, la loi peut prévoir un prélèvement exceptionnel de *cellules*, même si les conditions prévues par l'article 14 alinéa 2 ne sont pas remplies, à savoir même si le receveur n'est pas un frère ou une sœur du donneur et si le don n'est pas de nature à préserver la vie du receveur[57].

Quant au *législateur suisse*, il instaure une double limitation : il protège uniformément la personne dont l'autonomie est réduite ; celle-ci peut être un mineur capable de discernement, un mineur incapable de discernement ou un majeur incapable de discernement. Ensuite il institue une protection graduelle en fonction de l'objet du don.

C'est ainsi qu'il interdit de manière absolue le *don d'organes*[58], à l'instar de la *loi espagnole* qui interdit le prélèvement même avec l'autorisation des représentants légaux[59].

Et ce, contrairement à la *législation allemande* qui interdit en principe le don d'organes d'un mineur mais admet des exceptions pour le don entre frère et sœur, cela avec l'accord de l'enfant et des parents. En Allemagne, le prélèvement sur une personne majeure incapable de discernement n'est pas permis. Cependant le don d'un incapable de discernement en faveur de l'un de ses enfants a été discutée dans les travaux préparatoires et pourrait être considérée comme licite avec le consentement du représentant si le don est dans l'intérêt psychologique du majeur incapable de discernement. La loi de 1997 n'interdit pas explicitement cette possibilité, qui était du reste pratiquée avant l'entrée en vigueur de la loi.

En *Suisse*, à l'instar de l'*Espagne*, cette interdiction de principe du don d'organes est complétée par une exception[60] mais exclusivement pour le *don de tissus ou de cellules régénérables* (c'est-à-dire capables de reconstituer leur masse tissulaire et leurs fonctions après ablation partielle). En effet, ce don contrevient dans une moindre mesure au principe de non-malfaisance et tient compte de la solidarité au sein de la famille[61]. Au *Royaume-Uni*, un mineur capable de discernement ne peut pas consentir à un don d'organe ; il peut consentir à un prélèvement de tissus régénérables (moelle osseuse) mais, dans des cas très limités en situation d'urgence. Si le mineur est incapable de discernement, le consentement peut être donné par la personne détentrice de l'autorité parentale ou par une Cour de justice, pour autant que la décision soit conforme à l'intérêt de l'enfant et à son bien-être. La Cour de justice peut s'opposer à la décision des parents. Par ailleurs, il peut consentir à un don après sa mort ; s'il n'y a aucune manifestation de volonté, une enquête est faite auprès des parents pour savoir s'ils ont une objection à un éventuel prélèvement.

Le droit suisse pose des conditions restrictives et cumulatives au don de tissus ou de cellules régénérables. Ce sont les suivantes :

- Le principe de la proportionnalité est complété par la condition plus restrictive du « risque minimal », en exigeant que le prélèvement ne

représente qu'un risque minimal et un fardeau minimal pour le donneur[62] ;

- La réalisation du principe de la subsidiarité est évaluée sous le double angle de vue du receveur et du donneur : le receveur ne peut pas être traité par une autre méthode thérapeutique ayant une efficacité comparable[63]; et aucun donneur majeur et capable de discernement n'est à disposition[64] ;
- Un lien de parenté entre le donneur et le receveur : père, mère, enfant, frère ou sœur[65]. Le droit suisse a choisi une option très libérale, mais rappelons-le seulement pour le don de tissus ou de cellules régénérables. Le droit suisse étend le cercle des receveurs par rapport à celui de la Convention. C'est pourquoi la Suisse a émis une réserve à l'article 20 de la Convention.
- Un bénéfice vital pour le receveur : le don peut sauver la vie du receveur[66];
- Les exigences relatives au consentement : le représentant légal a donné son consentement libre et éclairé, par écrit[67]; le donneur, capable de discernement mais encore mineur, a donné son consentement libre et éclairé, par écrit[68]; aucun indice ne donne à penser que la personne incapable de discernement s'opposerait à un tel prélèvement[69]. Cette dernière a un droit de refus bien qu'elle soit incapable de discernement. Elle doit donc être associée dans toute la mesure du possible au processus d'information et à la procédure visant à requérir le consentement[70], enfin, une autorité indépendante a donné son autorisation[71]. Cette autorité est instituée par les cantons et il appartient à ces derniers de régler la procédure applicable devant elle[72].

Conclusion

Notre contribution nous a permis de mettre en évidence la préoccupation du législateur d'élaborer des lois en harmonie avec les principes éthiques. Le souci du respect de la dignité humaine dans le don d'organe est exemplaire. La crainte d'une instrumentalisation du corps humain, qui est peut-être l'un des facteurs du manque de donneurs en Suisse, est ainsi sans fondement. D'abord, le droit façonne les principes éthiques afin qu'ils s'intègrent dans les droits fondamentaux : ainsi la dignité humaine est consacrée par la constitution dans les différents contexte de la biomédecine (analyses génétiques, procréation médicalement assistée, transplantation d'organes, recherche sur des êtres humain). Ensuite, le droit met en œuvre les principes éthique en leur conférant une configuration spécifique et nuancée : ainsi la dignité humaine s'exprime par le respect de l'autodétermination de la personne, par la gratuité du don, par l'interdiction du commerce et aussi par la protection des personnes vulnérables ou des personnes en situation susceptible d'être influencées comme lors d'un don entre vivants. Enfin, le droit garantit le respect de ces principes en les encadrant de manière procédurale et en les assortissant de sanctions pénales.

Si je suis partie du thème proposé par le rédacteur en chef de cette revue *Ethics in Science*, en vérifiant ce que l'éthique devient dans le droit, je me trouve en mesure de conclure en prolongeant ce thème et en affirmant que, à propos du don d'organes, le droit intègre l'éthique et fixe les conditions qui la rendent effective. ■

Bibliographie

[1] Loi fédérale sur la transplantation d'organes, RS 810.21 ; Ordonnance sur la transplantation, RS 810.211; Ordonnance sur l'attribution d'organes, RS 810.212.4 ; Ordonnance sur la xénotransplantation, RS 810.213 ; Ordonnance du DFI du 2 mai 2007 sur l'attribution d'organes, RS 810.212.41. Les modifications des ordonnances entrent en vigueur le 15 octobre 2008.

[2] Riemer HM., *Personenrecht des ZGB*, Berne, Stämpfli, 2002, n° 133, p. 85 ; Deschenaux H., Steinauer PH., *Personnes physiques et tutelle,* Berne, Stämpfli, 4ème éd, 2001, n° 536 ss., p. 167 ; Bucher A., *Personnes physiques et protection de la personnalité,* Bâle, Genève, Munich, Helbing & Lichtenhahn, 4ème éd, 1999, n° 222, p. 53 ; Tercier P., *Le nouveau droit de la personnalité,* Zurich, Schulthess, 1984, n° 406.

[3] Arrêt du 4 juillet 2003, ATF 129 I 302.

[4] ATF 104 II 225, 236, JdT 1979 I 546, 556.

[5] Gesetz vom 5.11.1997 über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen.

[6] Kant E., *Métaphysique des mœurs*, I, Paris, Flammarion, 1994, p. 108.

[7] Conseil de l'Europe, art. 21 Convention européenne pour les droits de l'homme et la biomédecine ainsi que le Protocole additionnel relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine, art. 21 et art. 22 ; OMS, Principes directeurs sur la transplantation de cellules, de tissus et d'organes humains, 2008, principe 5.

[8] Conseil de l'Europe, Rec (2004) 7 Conseil des Ministres, 19 mai 2004, art. 1.

[9] Article 6 Loi sur la transplantation.

[10] Article 69 alinéa 1 let a loi sur la transplantation.

[11] Article 6 alinéa 2 Loi sur la transplantation.

[12] Article 7 Loi sur la transplantation.

[13] Article 7 alinéa 2 let a Loi sur la transplantation.

[14] Message du Conseil fédéral concernant la Loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, 12.09.2001, p. 135.

[15] Article 69 alinéa 1 let b Loi sur la transplantation.

[16] Article 14 alinéa 1 Loi sur la transplantation.

[17] Article 14 alinéa 2 Loi sur la transplantation ; art. 11 et 12 Ordonnance sur la transplantation.

[18] Loi du 5.11.1997

[19] Code civil du Québec, 1991, art. 43, c. 3.

[20] Uniform Anatomical Gift Act, 2006.

[21] Act on Transplant, 2007.

[22] Loi sur le don d'organe du 24 mai 1996.

[23] Human Tissue Act 2004.

[24] Arrêt du Tribunal fédéral, 28.06.1972, arrêt Gross, ATF 98 Ia 508.

[25] Arrêt du tribunal fédéral, 16.04.1997, arrêt Himmelberger, ATF 123 I 112.

[26] Article 8 Loi sur la transplantation.

[27] Article 11 Loi sur la transplantation.

[28] Article 10 Convention européenne pour les droits de l'homme et la biomédecine

[29] Article 8 alinéa 1 Loi de 1997.

[30] Loi n° 468, 26.06.1967.

[31] Article 12 et 13 code civil suisse ; art. 240 al. 1 Code des obligations.

[32] Article 8 alinéa 1 let a et art. 12 let a Loi sur la transplantation.

[33] Article 27 Code civil.

[34] Article 8 alinéa 7 Loi sur la transplantation.

[35] Loi du 5.11.1997.

[36] Art. 5.3 loi du 27.10.1979 sur la transplantation, art. 10 Décrêt royal n° 2070/1999 du 30.12.1999 sur le prélèvement et l'implantation d'organes aux fins de transplantation.

[37] Loi relative au prélèvement et à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine du 22.04.1993.

[38] Loi sur le prélèvement et la transplantation d'organes du 13.06.1986.

[39] Swedish Transplant Act, 1995.

[40] Loi présidentielle n° 91 du 1.04.1999

[41] Article 9 de la loi de 1999.

[42] Directives du 24 mai 2005, point 4.

[43] Article 5 alinéa 2 Ordonnance sur la transplantation.

[44] Article 5 alinéa 1 Ordonnance sur la transplantation.

[45] Article 8 alinéas 2 et 3 Loi sur la transplantation.

[46] Article 5 alinéa 2 Ordonnance sur la transplantation.

[47] Article 8 alinéa 6 Loi sur la transplantation ; article 6 Ordonnance sur la transplantation.

[48] Human Tissue Act de 2004.

[49] Article 12 Loi sur la transplantation.

[50] Article 12 let d Loi sur la transplantation.

[51] Message du Conseil fédéral relatif à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, et au Protocole additionnel portant interdiction du clonage d'êtres humains, 12.09.2001, p. 317.

[52] Article 12 let c Loi sur la transplantation.

[53] Article 8 alinéa 1 Loi de 1997.

[54] Article 20 Convention, article 14 alinéa 1 Protocole additionnel

[55] Article 20 alinéa 2 Convention ; article 14 alinéa 2 Protocole additionnel.

[56] Article 14 alinéa 2 Protocole additionnel.

[57] Article 15 Protocole additionnel.

[58] Article 13 alinéa 1 Loi sur la transplantation.

[59] Article 9 Décret Royal de 1999.

[60] Article 13 alinéa 2 Loi sur la transplantation.

[61] Les Principes directeurs de l'OMS sur la transplantation de cellules, de tissus et d'organes humains (2008) autorisent un don par une personne vivante, « si le donneur a donné en toute connaissance de cause son libre consentement, s'il bénéficie de soins professionnels ainsi que d'un suivi approprié et si les critères de sélection des donneurs sont scrupuleusement appliqués et surveillés » (principe directeur 3). Par contre, pour un donneur mineur, « aucun organe, tissu ou cellule ne doit être prélevé (...), en dehors des exceptions étroites autorisées par la législation nationale. Des mesures spécifiques doivent être mises en place pour protéger le mineur et. Chaque fois que cela est possible, recueillir son consentement avant un don. Les dispositions applicables aux mineurs valent également pour les personnes juridiquement incapables » (principe directeur 4).

[62] Article 13 al. 2 let a Loi sur la transplantation.

[63] Article 13 al. 2 let b Loi sur la transplantation.

[64] Article 13 al. 2 let c Loi sur la transplantation.

[65] Article 13 al. 2 let d Loi sur la transplantation.

[66] Article 13 al. 2 let e Loi sur la transplantation.

[67] Article 13 al. 2 let f Loi sur la transplantation.

[68] Article 13 al. 2 let g Loi sur la transplantation.

[69] Article 13 al. 2 let h Loi sur la transplantation.

[70] Article 13 alinéa 3 Loi sur la transplantation.

[71] Article 13 alinéa 2 let i Loi sur la transplantation.

[72] Article 13 alinéa 4 Loi sur la transplantation.