Rolf HIMMELBERGER
35, avenue Dumas
1206 Genève

Genève, le 19 mars 1985

Recommandée
Tribunal fédéral suisse
1000 Lausanne 14

Concerne : Recours de droit public formé par Rolf Himmelberger c/ l'aliéa 3 de l'article 8 du Règlement relatif à la constatation des décès et aux interventions sur les cadavres humains du 17 septembre 1984. P 862/84.

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges fédéraux,

Suite à l'ordonnance du Président de la I^e Cour de droit public du 20 février 1985, le recourant soussigné a l'honneur de déposer le présent

mémoire complétif

en complément à son recours de droit public du 23 octobre 1984.

En fait :

Le recourant soussigné confirme l'exposé des faits relatés en pages 1 et 2 de son recours du 23 octobre 1984 et n'a aucune remarque à formuler concernant la partie "En fait" exposée par le Conseil d'Etat dans ses observations.

En droit :

1. Présentation de la réglementation contestée par le Conseil d'Etat.

Le recourant tient tout d'abord à relever quelques inexactitudes dans les observations du Conseil d'Etat qui

pourraient laisser penser que le recourant demande une suppression de toute pratique d'autopsies dans les établissements publics médicaux.

Le Conseil d'Etat écrit par exemple dans ses observations à la page 5 :

"Il est ainsi important de noter qu'il est tout simplement exclu d'imaginer que l'on supprime la faculté aux établissements publics médicaux de pratiquer des autopsies, et par voie de conséquence d'octroyer le monopole de cet acte médical à l'Institut de médecine légale."

Puis, à la page 6, le Conseil d'Etat poursuit :

"D'autre part, rien que pour des motifs pratiques, il est tout simplement invraisemblable d'imaginer que l'on transporte tous les cadavres des personnes décédées dans les hôpitaux publics genevois pour lesquels une autopsie s'avère nécessaire à l'Institut de médecine légale.
...
Si l'ensemble de ces établissements devait transférer les corps pour autopsie à une seule institution, à savoir l'Institut universitaire de médecine légale, il faudrait alors imaginer d'augmenter considérablement le personnel affecté à cet Institut. Enfin, il faut également songer aux problèmes de coordination qui seraient pratiquement insurmontables."

En effet, le recourant ne conteste absolument pas les deux premiers paragraphes de l'article 8 du nouveau règlement. Par contre, il demande par son recours de droit public que les oppositions à des autopsies demandées par le corps médical soient respectées à moins qu'il n'y ait un intérêt public prépondérant qui permette de passer outre à une opposition. Le recourant ne demande pas non plus qu'un monopole en matière d'autopsies soit attribué à l'Institut de médecine légale.

2. <u>Quels sont les motifs d'intérêt public qui permettent de limiter le droit de disposer de son cadavre ?</u>

2.1. Le rapport de droit public entre les établissements hospitaliers publics et leurs malades.

Comme l'indique le Conseil d'Etat en page 8 de ses observations, les malades soignés dans un établissement public médical genevois se trouvent avec l'Etat dans un rapport de droit public. Le Tribunal administratif genevois est en effet arrivé à cette conclusion (arrêt Linarès, RDAF 1979 p. 105). Le Tribunal fédéral en a fait de même en ce qui concerne les rapports entre un hôpital cantonal soleurois et ses patients (ATF 102 II 50 s.); à vrai dire, la jurisprudence s'était prononcée en sens contraire dans une action ouverte dans le canton d'Argovie (ATF 82 II 321 : arrêts cités par André Grisel, Traité de droit administratif, Volume I, Neuchâtel 1984, p. 233).

Mais il convient tout de même de relever que la plupart des hôpitaux publics ne détiennent pas un monopole. Souvent, le malade peut choisir l'établissement qui le soignera et, dans les villes importantes, il aura le choix entre une ou plusieurs cliniques privées et une institution étatique (André Grisel, op. cit., p. 233).

Ainsi, selon que le malade se fera soigner par un établissement privé ou un établissement public, les règles de droit applicables aux relations médecins-malades seront différentes. En effet, si le malade choisit un établissement privé, ce sera le droit privé qui sera applicable à l'exclusion du droit public et, si le malade choisit un établissement public, c'est le droit public qui sera applicable à l'exclusion du droit privé.

Cette solution est loin d'être heureuse parce qu'elle peut prêter à confusion non seulement dans l'esprit des malades, mais également dans l'esprit des médecins qui souvent, au cours de leur carrière, fonctionnent alternativement ou successivement au service de la médecine publique et de la médecine privée. De plus, le malade qui choisit de se faire soigner dans un établissement public "renonce", peut-être sans s'en rendre compte, à la protection que lui offre le droit privé. Le recourant regrette dès lors que le malade soigné par un établissement public ne puisse pas invoquer les dispositions du Code civil suisse relatives à la protection de la personnalité pour le cas où ces dernières seraient plus avantageuses pour le patient que les dispositions constitutionnelles

non écrites relatives à la liberté personnelle. Il en va de même pour un malade décédé et autopsié dans un établissement public.

2.2. Limitation du droit de disposer de son cadavre : quel intérêt public ?

Comme le dit le Conseil d'Etat en pages 9 et 10 de ses observations, le droit de disposer de son cadavre est, comme toutes les autres libertés constitutionnelles, soumis à des limites et doit parfois céder devant l'intérêt public.

En ce qui concerne la limitation du droit de disposer de son cadavre, le Tribunal fédéral admet qu'il existe un intérêt public majeur à ce que soit pratiquée une autopsie dans le cas où l'on soupçonne la présence d'une maladie transmissible présentant un danger pour la santé publique ainsi que lorsque des actes punissables doivent être découverts au moyen d'une autopsie et il a envisagé, sans se prononcer, le cas où un patient attend d'une transplantation d'organe qu'elle le sauve ou le guérisse (Arrêt Gross, JdT 1973 I pp. 502-503). Par conséquent, le Tribunal fédéral ne s'est pas encore prononcé sur les autres motifs qui permettraient de procéder à une autopsie en passant outre à une opposition, par exemple les nécessités de la recherche médicale.

A l'appui de l'alinéa 3 de l'article 8 du Règlement relatif à la constatation des décès et aux interventions sur les cadavres humains du 17 septembre 1984 (ci-après : RCD), le Conseil d'Etat invoque dans ses observations les nécessités suivantes :

1) L'autopsie est un acte médical comme un autre, qui s'inscrit dans la mission de service public des établissements médicaux (observations du Conseil d'Etat, p. 15).
2) La nécessité de la lutte contre les maladies transmissibles : "Une autopsie peut s'avérer comme étant absolument nécessaire pour déterminer si l'on a eu à faire à une maladie transmissible, afin que l'on puisse prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter toute propagation" (observations du Conseil d'Etat, p. 20).
3) Les nécessités de la recherche médicale : "Il n'est pas exclu que dans certaines situations exceptionnelles la recherche de traitement futur puisse justifier une autopsie" (observations du Conseil d'Etat, p. 21).

4) La vérification par l'autopsie du diagnostic posé, qui doit permettre "une meilleure détermination épidémiologique des maladies principales ou causes de décès, nécessaire à la constitution de registres de santé publique, comme les registres du cancer" (observations du Conseil d'Etat, p. 22 : citation du Professeur Chatelanat).

2.2.1. L'autopsie serait un acte médical comme un autre.

Tout d'abord, l'autopsie serait un acte médical comme un autre. Le recourant conteste cette façon de voir le problème. En effet, une fois décédé, le malade ne peut plus subir de traitement médical. L'autopsie est donc une intervention sur le corps d'une personne décédée qui n'a rien à voir avec un traitement médical.

2.2.2. La nécessité de la lutte contre les maladies transmissibles.

Ensuite, le Conseil d'Etat invoque la nécessité de pouvoir lutter contre les maladies transmissibles. Le recourant veut bien admettre cette raison comme valable mais il pensait que ce problème était réglé par l'art. 7 al. 4 RCD qui prévoit que l'Institut universitaire de médecine légale pratique des autopsies sur réquisition des autorités sanitaires dans l'intérêt de l'hygiène publique.

A ce sujet, le recourant se demande quels sont ici les organes ou fonctionnaires représentant les "autorités sanitaires". La réponse à cette question est secondaire vu que, de toute manière, le recourant ne recourt pas contre cette disposition.

Si le Conseil d'Etat avait l'intention de confier également la compétence d'effectuer des autopsies dans l'intérêt de l'hygiène publique aux établissements hospitaliers publics, et ceci nonobstant opposition, il aurait eu la faculté de le mentionner expressément à l'alinéa 3 de l'art. 8 RCD comme motif permettant de passer outre à une opposition.

De plus, s'il s'agit ici d'assurer la santé des usagers et du personnel des établissements médicaux, il est alors de la plus grande urgence d'autoriser également les établissements privés à

pratiquer des autopsies aux mêmes conditions que les établissements publics. Car, en effet, si la santé des usagers et du personnel des établissements médicaux publics peut être en danger si ces établissements publics ne peuvent plus pratiquer des autopsies "nonobstant opposition", alors la santé des usagers et du personnel des établissements médicaux privés est alors déjà en danger, puisque les établissements privés n'ont pas le droit d'effectuer des autopsies.

En conclusion, le recourant estime que, pour les cas où il y aurait opposition à une autopsie (pour le cas d'une personne décédée dans un établissement public) et que l'autopsie soit absolument indispensable en vue de la sauvegarde de la santé de tierces personnes, il y a toujours la possibilité d'appliquer l'art. 7 al. 4 RCD, comme cela se fait d'ailleurs pour les cadavres de personnes décédées dans les établissements privés.

Le Conseil d'Etat invoque aussi qu'une "autopsie peut également être rendue nécessaire en vue de déterminer si un cadavre présente un danger de contagion impliquant la prise de mesures spéciales pour son transport" (observations du Conseil d'Etat, p. 17).

Toutes ces autopsies ayant lieu à l'Institut de pathologie de l'Hôpital cantonal universitaire, une personne décédée par exemple dans les Institutions universitaires de psychiatrie ou dans les Institutions universitaires de gériatrie, ou encore à la clinique genevoise de Montana devra donc, en toute logique, être transportée à travers une bonne partie du canton de Genève, et une bonne partie de la Suisse romande pour les cadavres en provenance de Montana. Le recourant estime dès lors que, dans cette hypothèse, le corps devant de toute manière être transporté avant l'autopsie, il pourra l'être directement à l'Institut universitaire de médecine légale s'il y a déjà opposition à l'autopsie, comme cela se fait d'ailleurs pour les cadavres de personnes décédées dans des établissements privés.

2.2.3. Considérations sur les nécessités de la recherche médicale.

Puis, le Conseil d'Etat invoque, comme nécessité de pouvoir passer outre à une opposition, les nécessités de la recherche médicale.

Le recourant estime ici que les nécessités de la recherche ne justifient absolument pas le fait de pouvoir passer outre à une opposition. Nous en voulons pour preuve que la personne décédant dans un établissement public est désavantagée par rapport à une personne décédant dans un établissement privé. En effet, l'art. 7 RCD ne permet pas à l'Institut de médecine légale de passer outre à une opposition uniquement si des intérêts de recherche médicale sont en jeu.

Or, si l'intérêt public était tel qu'il soit absolument indispensable de soumettre le cadavre d'une personne décédée par exemple d'une maladie inconnue à une autopsie en vue de la recherche médicale, il conviendrait alors de réglementer d'une manière semblable l'autopsie de personnes décédées dans les établissements privés et l'autopsie de personnes décédées dans les établissements publics.

Sur le fond du problème, cette question pose aussi un problème d'éthique et de droit du malade de disposer librement de son corps. En effet, il convient d'éviter à ce qu'une brèche soit ouverte en vue de créer des entorses à la liberté de l'individu de disposer librement de son corps et de choisir le traitement médical qu'il désire par une réglementation qui met les cadavres à la libre disposition du corps médical, dans ce cas en vue de la recherche, comme de simples objets inertes n'ayant plus aucune personnalité. Pour cette raison, il est de la plus grande importance d'accorder à l'individu le droit de prendre des dispositions visant à interdire toute atteinte à son intégrité physique, même lorsqu'il sera décédé, ceci bien entendu si un intérêt public majeur ne s'y oppose pas.

2.2.4. La vérification par l'autopsie du diagnostic posé ne justifie pas une atteinte à la liberté individuelle du défunt.

Enfin, le Conseil d'Etat invoque la nécessité de pouvoir vérifier par l'autopsie le diagnostic posé.

Après avoir lu le texte du Professeur Chatelanat (observations du Conseil d'Etat, p. 22), le recourant s'inquiète tout d'abord de la capacité du corps médical à soigner la population s'il est incapable de poser un diagnostic correct sur le quart de ses malades. De plus, si les médecins estiment nécessaire le fait de pouvoir disposer des corps des personnes décédées, et ceci surtout si cela doit se faire "nonobstant opposition", uniquement pour pouvoir vérifier des diagnostics et constituer ainsi des registres de santé publique, outre le fait que cette argumentation ne justifie pas ume atteinte à la liberté personnelle du défunt, le corps médical démontre ainsi qu'il ne désire pas tenir compte de l'opinion et du désir de ceux de ses malades qui ne sont pas d'accord avec lui. Le recourant estime que, si le corps médical peut désormais disposer des cadavres pratiquement comme bon lui semble (en tous les cas pour ce qui concerne le quart des personnes décédées si l'on s'en tient aux déclarations du Professeur Chatelanat), surtout si cela doit se faire "nonobstant opposition", nous verrons alors peut-être dans un proche avenir les médecins demander le droit de poursuivre, le cas échéant contre la volonté du malade, un traitement médical que l'un ou l'autre de leurs malades ne désirerait plus.

Le Conseil d'Etat dit ici par exemple que

"L'on ne saurait ici perdre de vue bien évidemment que le formalisme juridique ne peut et ne doit pas prévaloir sur l'intérêt public à assurer des soins efficaces au patient. N'en déplaise au recourant, ce ne sont pas les lois mais les soins efficaces qui sont la meilleure garantie de la liberté personnelle des individus, dont l'expression la plus importante est précisément la vie. Ce n'est pas à l'aide de lois ou de règlements que l'on maintient une personne en vie, c'est par des actes médicaux dont il ne convient pas d'entraver l'exercice inutilement." (observations du Conseil d'Etat, p. 16)

Cette prise de position du Conseil d'Etat est excessive : elle vise en effet à donner les pleins pouvoirs au corps médical, dans l'intérêt de la santé du malade peut-être (même si le corps médical peut parfois se tromper), mais assurément au mépris de la liberté personnelle telle que le Tribunal fédéral la reconnaît au malade (ATF 108 II 89). Dans le même ordre d'idée, le recourant estime tout à fait normal qu'une personne souffrant d'um cancer mortel de la vessie par exemple, et qui pourrait être sauvée par ume

opération chirurgicale, puisse refuser cette opération et par voie de conséquence choisir de mourir. Nous faisons ici allusion à l'ouvrage de Peter Noll qui a connu un immense succès en Suisse alémanique, et qui relate les neuf mois qui lui restaient à vivre (Peter Noll, Diktate über Sterben und Tod, Pendo-Verlag, Zürich 1984).

D'autre part, le Conseil d'Etat semble craindre une certaine propension de la population à vouloir refuser une autopsie. Il faut en effet considérer que si une partie importante de la population va refuser une autopsie de son cadavre, ce serait donc la preuve que la population se méfie quelque peu du corps médical, en dehors des cas où la personne demanderait que l'on respecte simplement son intégrité corporelle, et il serait donc mal à propos d'imposer à cette partie de la population une mutilation de leurs cadavres pour des buts de recherche médicale ou plus simplement pour l'établissement de statistiques médicales en donnant en quelque sorte les pleins pouvoirs au corps médical.

Le Conseil d'Etat invoque également que la nécessité de procéder à une autopsie "nonobstant opposition" devra être justifiée par écrit par un médecin chef de service (observations du Conseil d'Etat, p. 23). Mais le Conseil d'Etat ne dit ici absolument pas à quelle personne ou à quel organe de contrôle est destinée cette justification écrite. Pour que cette justification écrite ait un sens, il faudrait en effet qu'elle soit transmise, dès qu'elle aura été rédigée, à une personne ou un organisme qui puisse, à ce moment-là et le cas échéant, intervenir s'il a l'impression que les conditions requises pour une autopsie "nonobstant opposition" ne sont ou n'ont pas été remplies.

Il convient enfin de relever que, en droit français, une personne a le droit absolu de s'opposer à des prélèvements effectués sur son propre cadavre à des fins thérapeutiques ou scientifiques (article 2 de la loi du 22 décembre 1976 dite loi Cavaillet, in : Jean-Marie Auby, Le droit de la santé, Paris 1981, p. 464).

Pour résumer, le recourant estime donc infondée la position du Conseil d'Etat qui invoque l'intérêt public à pouvoir vérifier des diagnostics au moyen d'autopsies si cela doit se faire contre la volonté du défunt ou, le cas échéant, de ses proches. L'art. 8 al. 3 RCD ne repose donc pas sur un intérêt public suffisant.

3. L'art. 8 al. 3 RCD n'est pas une base légale suffisante pour restreindre la liberté des patients décédés dans un établissement public médical du droit de disposer de leur cadavre.

Se référant à la jurisprudence du Tribunal fédéral, le Conseil d'Etat estime que

"lorsque la limitation de la liberté personnelle repose sur un règlement, il suffit, au regard de la jurisprudence actuelle, que ce dernier repose sur une base légale suffisante (voir en particulier : ATF 100 Ia 458)." (observations du Conseil d'Etat, p. 11)

S'appuyant sur Grisel (Traité de droit administratif, Neuchâtel, 1984, p. 237), le Conseil d'Etat invoque que

"Les restrictions imposées par le but de l'établissement public doivent cependant être observées par ses usagers. Point n'est besoin qu'elles soient prévues spécialement par la loi; il suffit qu'elles reposent sur les dispositions qui fixent les fins de l'établissement." (observations du Conseil d'Etat, p. 12)

Le Conseil d'Etat en conclut, se référant à la jurisprudence du Tribunal fédéral, que

"si la décision de créer un statut particulier doit reposer sur une base légale, les charges et restrictions qui découlent directement de ce statut particulier peuvent reposer sur un règlement à condition qu'elles soient nécessitées par le but même de la relation d'usage." (observations du Conseil d'Etat, p. 13)

Selon le Conseil d'Etat, les buts des établissements publics médicaux du canton de Genève sont prévus par l'art. 2 al. 2 de la loi sur les établissements publics médicaux du 19 septembre 1980 (ci-après : LEPM), c'est-à-dire le diagnostic et le traitement des malades, la formation et la recherche, la prévention et l'aide aux malades sur le plan social. Le Conseil d'Etat invoque également les art. 5 al. 3 LEPM qui délègue un pouvoir de réglementation au Conseil d'Etat et 7 lettre g LEPM qui délègue un pouvoir de réglementation aux établissements publics eux-mêmes ainsi que les articles 116 et 125 de la Constitution genevoise qui prévoient, pour l'article 116, que le Conseil d'Etat prend tous les règlements

mécessaires à la promulgation et à l'exécution des lois votées par le Grand Conseil et, pour l'article 125, que le Conseil d'Etat édicte des règlements de police dans les limites fixées par la loi (observations du Conseil d'Etat, pp. 14 et 18).

Le recourant conteste cette façon de voir. En effet, si la décision de créer un statut particulier doit reposer sur une base légale, la fixation des obligations et des droits les plus importants des personnes en cause est soumise à la même exigence (André Grisel, op. cit., p. 318 avec les références citées). Ainsi, le Tribunal fédéral a par exemple décidé qu'en ce qui concerne l'entrée dans les collèges secondaires communaux, le système des barèmes différenciés n'est admissible qu'en vertu d'une base légale (ATF 108 Ia 32 cité par André Grisel, op. cit., p. 318).

En ce qui concerne les articles 116 et 125 de la Constitution genevoise, ils sont loin de constituer une délégation au Conseil d'Etat du pouvoir de légiférer en matière de règles générales et abstraites et qui contiennent des normes primaires, et ce surtout si elles constituent une atteinte à la liberté personnelle.

En effet,

"toutes les normes générales et abstraites, quel que soit leur contenu, qui contiennent des règles primaires, qui ne sont pas de rang constitutionnel et que la constitution ou la loi ne délègue pas à un autre organe doivent être prises par le législateur ordinaire, à savoir le parlement, avec le concours obligatoire ou facultatif du corps électoral." (Andreas Auer, La notion de loi dans la Constitution genevoise, Semaine judiciaire 1981, p. 263)

De plus,

"En ce qui concerne les règlements fondés sur une délégation législative, il suffit de rappeler que la Constitution genevoise ne les interdit pas, de sorte que le législateur ordinaire peut déléguer au Conseil d'Etat la compétence d'adopter des règles primaires. Il faut cependant que la loi formelle contienne des directives quant à l'objet, au but et à l'étendue de la compétence accordée." (Andreas Auer, op. cit., p. 293)

Enfin, le recourant citera encore le Professeur Auer, qui explique d'une manière très claire la façon de procéder du Tribunal fédéral lorsque ce dernier contrôle les ordonnances d'exécution du Conseil fédéral et qui devrait, selon nous, s'appliquer par analogie dans le cas présent :

"S'agissant des ordonnances d'exécution, le Tribunal fédéral examine donc d'abord si elles restent dans le cadre de la loi, se contentent d'en préciser le contenu, définir les termes, fixer une procédure ou, le cas échéant, combler une lacune véritable. Lorsqu'en revanche elles contiennent des règles dites primaires, à savoir des dispositions "qui étendent le champ d'application de la loi en restreignant les droits des administrés ou en imposant à ceux-ci des obligations, même si ces règles sont encore conformes au but visé par le législateur" (ATF 104 Ib 205, 209 X. AG), il refusera de les appliquer et annulera la décision attaquée." (Andreas Auer, La juridiction constitutionnelle en Suisse, 1983, Bâle et Francfort-sur-le-Main, p. 112 n° 195)

Or, l'art. 8 al. 3 RCD représente une règle dite primaire, restreignant les droits des administrés et particulièrement leur liberté personnelle.

Le recourant en conclut que les autopsies réalisées nonobstant opposition représentent une atteinte grave à la liberté personnelle et dépassent les buts fixés par la LEPM. Cette réglementation devrait dès lors, pour pouvoir être valable, figurer dans une loi au sens formel, bien entendu seulement pour le cas où elle représenterait une atteinte à la liberté personnelle justifiée par un intérêt public prépondérant ce qui, pour le recourant, est loin d'être le cas.

Conclusions :

Au bénéfice de ces nouvelles explications, le recourant, qui s'en réfère pour le surplus expressément à ses écritures du 23 octobre 1984, persiste dans les conclusions de son recours de droit public.

Veuillez agréer, Monsieur le Président et Messieurs les Juges fédéraux, l'assurance de ma haute considération.