IV. GARANTIE DER PERSÖNLICHEN FREIHEIT

GARANTIE DE LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE

GARANZIA DELLA LIBERTÀ PERSONALE

13. **Arrêt de la Ire Cour de droit public du 16 avril 1997** dans la cause **Rolf Himmelberger** contre **Grand Conseil du canton de Genève** (recours de droit public)

Contrôle abstrait de la loi genevoise sur les prélèvements et les transplantations d'organes et de tissus; liberté personnelle, art. 4 Cst. et 2 Disp. trans. Cst.

Qualité pour agir (consid. 1b).

Faute d'une réglementation fédérale dans ce domaine, la loi ne viole pas l'art. 2 Disp. trans. Cst. (consid. 3).

Portée de la liberté personnelle dans le domaine de la transplantation d'organes; pertinence du droit international (consid. 4).

La loi, qui institue le consentement présumé en matière de transplantation d'organes, avec un droit d'opposition de l'intéressé ou de ses proches, constitue une base légale suffisamment claire; le renvoi aux directives de l'Académie suisse des sciences médicales, pour la détermination du moment de la mort, est admissible (consid. 6 et 7).

La réglementation repose sur un intérêt public suffisant (consid. 8); elle respecte le principe de la proportionnalité, pour autant que la politique d'information de la population soit mise en place, et que le devoir d'informer les proches soit respecté (consid. 9).

La loi ne porte pas atteinte à l'égalité de traitement (consid. 10).

Abstrakte Überprüfung des Genfer Gesetzes über die Entnahme und Transplantation von Organen und Geweben; persönliche Freiheit, Art. 4 BV und Art. 2 ÜbBest. BV.

Beschwerdelegitimation (E. 1b).

Das Gesetz verletzt Art. 2 ÜbBest. BV nicht, da es auf dem fraglichen Gebiet an einer bundesrechtlichen Regelung fehlt (E. 3).

Tragweite der persönlichen Freiheit auf dem Gebiet der Organtransplantation; Bedeutung des internationalen Rechts (E. 4).

Das Gesetz, das für die Organtransplantation von einer vermuteten Einwilligung ausgeht und ein Widerspruchsrecht des Betroffenen oder seiner Angehörigen vorsieht, stellt eine genügend klare gesetzliche Grundlage dar; es ist zulässig, für die Bestimmung des Zeitpunkts des Todes auf die Richtlinien der Schweizerischen Akademie für medizinische Wissenschaften zu verweisen (E. 6 und 7).

Die Regelung beruht auf einem ausreichenden öffentlichen Interesse (E. 8); sie ist mit dem Prinzip der Verhältnismässigkeit vereinbar, sofern allgemein eine entsprechende Informationspolitik betrieben und die Informationspflicht gegenüber den Angehörigen befolgt wird (E. 9).

Das Gesetz verletzt die Rechtsgleichheit nicht (E. 10).

Controllo astratto della legge sul prelievo e sui trapianti di organi e di tessuti del Canton Ginevra; libertà personale, art. 4 Cost. e 2 Disp. trans. Cost.

Legittimazione ricorsuale (consid. 1b).

La legge non viola l'art. 2 Disp. trans. Cost., poiché a livello federale manca una regolamentazione in questo ambito (consid. 3).

Portata della libertà personale nel campo dei trapianti di organi; rilevanza del diritto internazionale (consid. 4).

La legge che prevede il consenso presunto in materia di trapianti di organi, con un diritto di opposizione dell'interessato e dei suoi congiunti, costituisce una base legale sufficientemente chiara; è possibile rinviare alle Direttive dell'Accademia svizzera delle scienze mediche per la determinazione del momento della morte (consid. 6 e 7);

La regolamentazione si fonda su un interesse pubblico sufficiente (consid. 8); rispetta il principio della proporzionalità, nella misura in cui sia messa in atto una politica d'informazione alla popolazione e l'obbligo di informare i congiunti sia rispettato (consid. 9).

La legge non viola il principio dell'uguaglianza di trattamento (consid. 10).

Le 28 mars 1996, le Grand Conseil du canton de Genève a adopté la loi sur les prélèvements et les transplantations d'organes et de tissus (K 1 19,5), dont la teneur est la suivante:

Article 1

Interdiction

Le commerce d'organes et de tissus humains est interdit.

Art. 2

Etablissements agréés

[1] Les prélèvements en vue de transplantation et la transplantation d'organes en provenance d'êtres vivants ou de cadavres humains se déroulent dans les établissements médicaux agréés par le Conseil d'Etat qui satisfont aux exigences des organismes faîtiers suisses tant de la transplantation que de l'éthique médicale.

[2] Le médecin cantonal exerce le contrôle et la surveillance dans le secteur privé.

[3] Dans les établissements publics médicaux, ils se déroulent dans les divisions communes.

Art. 3

Consentement présumé

[1] Toute personne peut, de son vivant, s'opposer au prélèvement d'organes ou de tissus sur son corps, après décès. Elle peut faire inscrire son opposition dans un registre. Seul le corps médical d'un établissement agréé peut y avoir accès. L'absence d'inscription ne constitue pas une présomption d'accord à un prélèvement d'organes.

[2] Les proches du défunt peuvent s'opposer à un tel prélèvement dans les six heures qui suivent le décès. La mort se détermine selon les dernières directives de l'Académie suisse des sciences médicales en la matière.

[3] La présente disposition s'applique en cas de décès de toute personne ayant son domicile légal dans le canton au moment de sa mort. A défaut, la législation du lieu de domicile du défunt s'applique.

Art. 4

Contraventions

Les contrevenants aux dispositions de la présente loi sont passibles des peines de police.

Art. 5

Le Conseil d'Etat édicte le règlement d'application de la présente loi.

Art. 6

Modification à une autre loi (K 1 19)

La loi concernant la constatation des décès et les à une interventions sur les cadavres humains, du 16 septembre 1988, est modifiée comme suit:

CHAPITRE V (abrogé)

Prélèvements d'organes et de tissus

(abrogé)

Art. 14 (abrogé)

Publiée dans la Feuille d'avis officielle le 3 avril 1996 puis le 17 mai 1996 avec l'arrêté de promulgation du Conseil d'Etat, cette loi est entrée en vigueur le 18 mai 1996.

Agissant par la voie du recours de droit public, Rolf Himmelberger demande au Tribunal fédéral, à titre principal, d'annuler la loi du 28 mars 1996 dans son entier, subsidiairement d'annuler ses art. 2 al. 3 et 3. Il invoque la violation de ses droits constitutionnels (garantie non écrite de la liberté personnelle; droit à l'égalité de traitement, art. 4 al. 1 Cst., et primauté du droit fédéral sur le droit cantonal — art. 2 Disp. trans. Cst.).

Le Tribunal fédéral a rejeté le recours, au sens des considérant.

Considérant en droit:

1.— *Recevabilité, qualité pour agir*

Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 122 I 351 consid. 1 et les arrêts cités).

a) En l'espèce, le recourant invoque la violation de ses droits constitutionnels, au sens de l'art. 84 al. 1 OJ. Plus particulièrement, il se plaint d'une violation de la garantie constitutionnelle non écrite de la liberté personnelle, de l'art. 4 al. 1 Cst. et de l'art. 2 Disp. trans. Cst. La règle de l'épuisement des moyens de droit cantonal (art. 86 al. 1 OJ) est respectée, le droit genevois ne prévoyant pas de contrôle judiciaire abstrait des lois cantonales; il en va de même de l'exigence de l'art. 84 al. 2 OJ, le recours de droit public étant la seule voie de recours fédérale permettant d'invoquer la violation des droits constitutionnels du citoyen par une norme générale et abstraite cantonale (ATF 122 I 70 consid. 1a et les arrêts cités).

b) Lorsque le recours est dirigé, comme en l'espèce, contre un arrêté de portée générale, la qualité pour recourir, au sens de l'art. 88 OJ, est reconnue à toute personne à qui les dispositions prétendument inconstitutionnelles pourraient s'appliquer un jour. Une atteinte virtuelle aux intérêts juridiquement protégés suffit, à condition qu'elle puisse être envisagée avec une certaine vraisemblance (ATF 122 I 70 consid. 1b et la jurisprudence citée).

aa) Le recourant expose qu'en tant que personne physique domiciliée à Genève, appelée à décéder un jour et, de plus, pouvant également être affectée par le décès d'un membre de sa famille ou d'un proche, il est potentiellement touché par la loi sur les prélèvements et les transplantations d'organes et de tissus, dont l'art. 3 institue le consentement présumé du donneur.

bb) Le Conseil d'Etat met en doute la qualité pour agir du recourant. Les dispositions attaquées ne sauraient lui être appliquées contre sa volonté ou celle de ses proches, puisqu'il lui suffirait de déclarer de son vivant son opposition à tout prélèvement d'organes sur lui après son décès. De surcroît, pour le cas où il aurait omis de remplir cette formalité de son vivant, ses proches pourraient valablement faire opposition au prélèvement, immédiatement après son décès. Le prélèvement d'organes ne serait donc pas automatique et le recourant, ou ses proches, ne courraient aucun risque de se le voir imposer contre leur volonté. Le recours de Rolf Himmelberger serait une véritable «action populaire».

cc) La loi contestée consacre une modification importante de la législation antérieure, puisqu'elle marque le passage du consentement explicite au consentement présumé. Il est vrai que dans le système de l'art. 3 de la loi, le recourant peut se prémunir lui-même contre une atteinte virtuelle à ses intérêts juridiquement protégés en s'opposant, de son vivant, au prélèvement d'organes ou de tissus sur son corps après son décès, et en faisant inscrire son opposition sur le registre officiel. La nouvelle loi lui impose toutefois un comportement actif, alors que dans le régime actuel, une attitude passive suffit. Ce changement de réglementation entraîne également des conséquences sur l'attitude que doivent adopter les proches du défunt immédiatement après le décès: si ceux-ci ne s'y opposent pas formellement dans les six heures qui suivent le décès, le prélèvement pourra être effectué. Même si, sur de nombreux points, la loi contestée tend à concrétiser et à protéger les droits constitutionnels des particuliers (cf. consid. 5a), elle est donc bien susceptible de s'appliquer au recourant, domicilié dans le canton de Genève. Cela suffit pour lui reconnaître la qualité pour agir (ATF 98 Ia 508 consid. 1 et 2).

Le recourant ne saurait par ailleurs se voir reprocher d'agir indirectement pour autrui: de par sa nature, le recours de droit public qui a pour objet le contrôle abstrait de la constitutionnalité d'un acte normatif cantonal remplit une fonction qui va au-delà de la protection des seuls intérêts juridiques du recourant. Dans le système de la juridiction constitutionnelle suisse, c'est de la vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits que dépend l'efficacité du contrôle abstrait de la constitutionnalité des actes étatiques cantonaux.

2.— *Contrôle abstrait de constitutionnalité; objet et modalités*

a) Saisi d'un recours de droit public dirigé contre une loi cantonale, le Tribunal fédéral recherche prioritairement et avec pleine cognition si, selon les principes d'interprétation reconnus, on peut donner à la règle attaquée une portée qui la fasse apparaître comme conforme à la Constitution (ATF 122 I 18 consid. 2a p. 20 et les arrêts cités). Cet examen de conformité exige également, dans les limites du principe d'allégation (art. 90 al. 1 let. b OJ), la prise en considération du droit international pertinent (même arrêt; cf. également ATF 117 Ib 367 consid. 2e p. 372/373). Le Tribunal fédéral n'annulera la ou les dispositions de l'arrêté cantonal entrepris que si celles-ci ne se prêtent à aucune interprétation de ce type (ATF 118 Ia 64 consid. 2c p. 72, 427 consid. 3b p. 433). Si la formulation de

la loi entreprise est claire et non équivoque, son sens littéral ne saurait être infléchi par l'interprétation conforme; celle-ci n'est donc admissible que dans la mesure où le sens de la loi contestée apparaît ambigu, imprécis ou lacunaire (ATF 113 Ia 126 consid. 5 p. 131). Le recours à l'interprétation conforme se justifie également lorsque les dispositions législatives qui sont objet du contrôle doivent encore faire l'objet d'une concrétisation par un règlement d'application de l'exécutif cantonal, comme c'est le cas en l'espèce (art. 5 de la loi entreprise).

b) Lorsque l'arrêté cantonal attaqué ne viole le droit constitutionnel ou conventionnel que sous certains aspects seulement, le Tribunal fédéral n'annulera en principe que les seules dispositions litigieuses. Il n'annulera intégralement l'arrêté cantonal attaqué que si ces dispositions ne peuvent pas être supprimées sans dénaturer l'acte dans son ensemble (ATF 118 Ia 64 consid. 2c p. 72; 113 Ia 126 consid. 5 p. 131). Compte tenu de la nature essentiellement cassatoire du recours de droit public, une norme déclarée inconstitutionnelle ne peut être qu'annulée, mais non modifiée ou remplacée (ATF 118 Ia 64 consid. 1e p. 69).

c) Enfin, le juge constitutionnel doit rechercher dans quelles circonstances pratiques les dispositions litigieuses seront appliquées, et ne pas se borner à traiter le problème de manière purement abstraite. La façon dont la loi sera vraisemblablement mise en oeuvre, de même que la qualité de ses organes d'exécution jouent, dès lors, un rôle important dans l'examen de la conformité des dispositions attaquées avec la Constitution (ATF 118 Ia 427 consid. 3b p. 433 et les arrêts cités).

3.— *Force dérogatoire du droit fédéral, art. 2 Disp. trans. Cst.*

Outre les griefs qu'il adresse à la loi attaquée sur le terrain de la garantie constitutionnelle non écrite de la liberté personnelle (ci-dessous, consid. 4-9) et — en ce qui concerne son art. 3 al. 3, — sur celui de l'égalité de traitement garantie par l'art. 4 al. 1 Cst. (ci-dessous, consid. 10), le recourant invoque l'art. 2 Disp. trans. Cst., sans pour autant indiquer, comme l'exige l'art. 90 al. 1 let. b OJ, en quoi consisterait la violation de cette disposition. Il semble perdre de vue, sur ce point, que si le principe de la force dérogatoire du droit fédéral fait obstacle à l'adoption ou à l'application de règles cantonales qui éludent ou contredisent les prescriptions du droit fédéral, cela suppose que la Confédération ait effectivement et exhaustivement réglementé la matière (ATF 122 I 18 consid. 2b/aa, 81 consid. 2a; 112 Ia 398 consid. 4a). Or il n'existe pas, à ce

jour, de législation fédérale dans le domaine de la transplantation d'organes (consid. 6 ci-dessous; cf. également, en matière de procréation médicalement assistée, ATF 115 Ia 234 consid. 4 p. 245 et les arrêts cités). Le grief doit donc être écarté, dans la mesure où il est recevable.

4.— *Liberté personnelle; généralités*

Le recourant invoque principalement une atteinte à sa liberté personnelle.

a) Selon la jurisprudence, la liberté personnelle, droit constitutionnel non écrit, imprescriptible et inaliénable, confère à l'individu le droit d'aller et de venir et le droit au respect de son intégrité corporelle (ATF 111 Ia 231 consid. 3a, 109 Ia 273 consid. 4a p. 279 et les arrêts cités). Elle le protège, en outre, dans l'exercice de sa faculté d'apprécier une situation de fait déterminée et d'agir selon cette appréciation. Cette garantie n'englobe certes pas la protection de toute possibilité de choix et de détermination de l'homme, si peu importante soit-elle; elle recouvre cependant toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine (ATF 122 I 360 consid. 5a). Elle se conçoit, dès lors, comme une garantie générale et subsidiaire à laquelle le citoyen peut se référer lorsque les droits fondamentaux dont il allègue la violation ne font pas l'objet de garanties particulières (ATF 114 Ia 350 consid. 5, 101 Ia 346 consid. 7a et les arrêts cités). La liberté personnelle oblige le détenteur de la puissance publique à un comportement envers le citoyen qui soit compatible avec le respect de sa personnalité. Elle protège intégralement la dignité de l'homme et sa valeur propre (ATF 111 Ia 231 consid. 3 et les références citées).

b) La garantie constitutionnelle de la liberté personnelle ne se limite pas à la durée de la vie des individus. Elle prolonge ses effets, dans une certaine mesure, au-delà du décès. Du point de vue constitutionnel, le défunt doit être considéré comme le titulaire prioritaire des droits protégeant sa dépouille contre des atteintes contraires aux moeurs et aux usages (ATF 111 Ia 231 consid. 3b). Cette pérennité de certains droits se justifie d'autant plus que le moment de la disparition de toute trace de vie dans le corps de l'individu est très difficile à fixer et que les critères retenus par l'Académie suisse des sciences médicales n'ont pas été prioritairement élaborés pour définir la fin de la personnalité, mais bien pour déterminer, en vue notamment d'un prélèvement d'organe, le moment à partir duquel un retour à la vie est exclu (ATF 118 IV 319 consid. 2 p. 323; 97 I 221 consid. 4b p. 228).

Toute personne a ainsi le droit de déterminer le sort de sa dépouille après sa mort. Cette prétention comporte notamment une liberté de choix, dans le cadre tracé par la loi, l'ordre public et les bonnes moeurs, quant à la forme des funérailles et au mode d'inhumation, l'être humain ayant, quel que soit le rang qu'il a occupé dans la société, un droit constitutionnel, consacré par l'art. 53 al. 2 Cst., à un enterrement et à une sépulture décents (ATF 111 Ia 231 consid. 3b). Ce droit découle directement de la protection de la dignité humaine (cf. déjà ATF 45 I 132; ATF 98 Ia 508 consid. 8c p. 523 et les arrêts cités; voir également le Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale, du 20 novembre 1996, FF 1997 I p. 1 ss, 143; NICOLÒ RASELLI, Schickliche Beerdigung für «Andersgläubige», PJA 1996 p. 1103-1110, p. 1105, ch. 2a); il s'oppose également à toute profanation d'un cadavre humain et, partant, à toute intervention illicite sur lui. Cette interdiction trouve, au demeurant, sa protection pénale à l'art. 262 ch. 2 CP.

c) Le respect du défunt et l'intangibilité de son corps, ainsi concrétisés dans le droit positif, ont leur fondement dans les conceptions éthiques ou religieuses relatives à la signification de la mort. En l'absence d'une décision du défunt, ses proches peuvent prétendre, dans certaines limites, à disposer du sort de son cadavre. Du point de vue du droit privé, le droit de ces derniers est, lui aussi, une émanation des droits généraux de la personnalité (art. 28 CC). Fondé sur les rapports étroits qu'ont eus les intéressés avec le défunt et protégeant les relations sentimentales qui en résultent, ce droit subsidiaire des proches trouve sa limite dans les droits de la personnalité, dont jouit le défunt lui-même, de déterminer le sort de son cadavre et les modalités de ses funérailles (ATF 101 II 177 consid. 5a p. 191). Il en découle que le droit des proches n'intervient que si le défunt n'a pas pris de décision, écrite ou orale, sur le sort de son cadavre. Ce pouvoir subsidiaire de décision doit être exercé, en première ligne, par celui qui était le plus étroitement lié au défunt et qui a été de ce chef le plus affecté par sa disparition (ATF 111 Ia 231 consid. 3b; dans le même sens, RASELLI, loc.cit., p. 1108 ch. V.1 ad note 74; dans ce sens également, ROLF SCHÖNING, Rechtliche Aspekte der Organtransplantation, unter besonderer Berücksichtigung des Strafrechts, thèse Zurich, 1996, 339 p., p. 75-76 et la doctrine citée aux notes 155-157).

d) La liberté personnelle est également garantie par certaines dispositions du droit international relatives à la protection des droits de l'homme.

aa) Présentent une pertinence dans ce contexte, dans l'optique du donneur potentiel d'organes, l'art. 2 par. 1 CEDH (RS 0.101), selon lequel le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi; l'art. 6, par. 1 3ème phrase du Pacte ONU II (RS 0.103.2), qui précise que «nul ne peut être arbitrairement privé de la vie»; l'art. 3 CEDH, aux termes duquel nul ne peut être soumis, notamment, à des traitements inhumains ou dégradants, ainsi que la disposition correspondante du Pacte ONU II (art. 7), qui précise de surcroît qu'«il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique». La pertinence au moins indirecte de cette disposition dans le domaine des transplantations d'organes n'est guère douteuse (voir cependant MANFRED NOVAK, CCPR-Kommentar, Kehl 1989, p. 147, § 30). Il convient également de mentionner l'art. 8 CEDH (et son correspondant, moins précis, l'art. 17 Pacte ONU II), selon lequel — dans la mesure utile ici — toute personne a droit au respect de sa vie privée, les ingérences étatiques dans l'exercice de ce droit devant être prévues par la loi et constituer des mesures qui sont nécessaires, dans une société démocratique, «à la protection de la santé ou de la morale ou à la protection des droits et libertés d'autrui». Du point de vue du receveur potentiel d'organes, l'art. 12 du Pacte ONU I (RS 0.103.1) présente également un intérêt: il consacre «le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre», et la Suisse s'est engagée, à ce titre, à prendre les mesures nécessaires pour permettre, notamment, la création de «conditions propres à assurer à tous des services médicaux et une aide médicale en cas de maladie» (art. 12 par. 2 let. d; voir à ce sujet, OLIVIER GUILLOD et DOMINIQUE SPRUMONT, Le droit à la santé: un droit en émergence, in: De la Constitution, Mélanges J.-F. Aubert, Bâle 1996, p. 337-353, 346).

bb) En dépit de leur caractère non obligatoire, d'autres actes élaborés sous les auspices d'organisations internationales revêtent un intérêt direct pour la présente cause:

— la Résolution (78) 29 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur l'harmonisation des législations des Etats membres relatives aux prélèvements, greffes et transplantations de substances d'origine humaine, du 11 mai 1978, dont le chapitre III concerne les prélèvements, greffes et transplantations de substances provenant de personnes décédées, et dont l'art. 10 a la teneur suivante:

1. Aucun prélèvement ne doit être effectué lorsqu'il y a une opposition manifeste ou présumée du défunt compte tenu notamment de ses convictions religieuses ou philosophiques.

2. A défaut d'une volonté du défunt manifestée explicitement ou implicitement, le prélèvement peut être effectué. Toutefois, un Etat pourra décider que le prélèvement ne doit pas avoir lieu, si, après une enquête appropriée, compte tenu des circonstances, visant à déterminer l'opinion de la famille du défunt, et dans le cas d'un incapable juridique survivant, celle de son représentant légal, une opposition se manifeste; lorsque le défunt était un incapable juridique le consentement de son représentant légal peut être exigé.

— la Recommandation (79) 5 du Comité des ministres aux Etats membres du Conseil de l'Europe, concernant le transport et l'échange internationaux de substances d'origine humaine, du 14 mars 1979;

— la Résolution WHA 44.25 de l'Organisation mondiale de la santé du 13 mai 1991, relative aux «Principes directeurs sur la transplantation d'organes humains», qui définit notamment les modalités de l'exigence du consentement du donneur (principe directeur 1) et pose le principe de la gratuité de la transplantation (principes directeurs 5 à 9).

cc) Bien que non obligatoires, ces actes internationaux unilatéraux constituent d'importants moyens auxiliaires d'interprétation des règles conventionnelles pertinentes pour le contrôle de constitutionnalité (voir sur ce point l'art. 31 ch. 3, let. b et c de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, RS 0.111), voire des règles constitutionnelles elles-mêmes (ATF 117 Ib 367 consid. 2 e-f p. 372), dans la mesure où ces textes internationaux reflètent les traditions juridiques communes aux Etats membres des organisations sous les auspices desquelles ils ont été élaborés et dont la Suisse se réclame (ATF 118 Ia 64 consid. 2a et la jurisprudence citée; 109 Ia 151; 105 Ia 98 consid. 3b). Ils seront cités plus loin dans la mesure nécessaire.

e) A l'instar des autres droits individuels, la liberté personnelle peut être limitée par une mesure étatique pour autant que celle-ci repose sur une base légale, répond à un intérêt public prépondérant et est conforme au principe de la proportionnalité (ATF 120 Ia 147 consid. 2b p. 150). Ce dernier principe se compose traditionnellement des règles d'aptitude — qui exige que le moyen choisi soit propre à atteindre le but fixé —, de nécessité — qui impose qu'entre plusieurs moyens adaptés, on choisisse celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés —, et de proportionnalité au sens étroit — qui met en balance les effets de la mesure choisie sur la situation de l'administré et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (ATF 118 Ia 427 consid. 7a p. 439 et les références citées).

5.— *Application de la garantie de la liberté personnelle au cas de la législation cantonale sur la transplantation d'organes*

a) La loi du 28 mars 1996 constitue à n'en point douter, sur plusieurs points, une ingérence dans la garantie de la liberté personnelle reconnue au recourant par le droit constitutionnel (cf. consid. 1b/cc ci-dessus). Il convient cependant d'observer d'emblée que plusieurs de ses dispositions instaurent une protection dont le recourant, de manière significative, ne critique pas le bien-fondé: l'art. 1 de la loi pose le principe de l'interdiction du commerce d'organes et de tissus humains (tout comme le projet d'art. 24^{decies} al. 2 Cst., l'art. 21 de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, ouverte à la signature des Etats membres du Conseil de l'Europe à Oviedo le 4 avril 1997, l'art. 9 de la Résolution (78) 29 du Conseil de l'Europe, et les principes directeurs 5 à 9 de la Résolution WHA 44.25 de l'OMS). L'art. 2 al. 1 de la loi genevoise exige en outre que les prélèvements et la transplantation d'organes en provenance d'êtres vivants ou de cadavres humains se déroulent «dans les établissements médicaux agréés par le Conseil d'Etat qui satisfont aux exigences des organismes faîtiers suisses tant de la transplantation que de l'éthique médicale»; enfin, l'art. 2 al. 2 prévoit que le médecin cantonal exerce le contrôle et la surveillance de ces prélèvements et transplantations dans le secteur privé. Ces dispositions, dont la fonction protectrice est évidente, sont conformes à l'art. 8 ch. 2 de la Résolution (78) 29 du Conseil de l'Europe.

b) La principale atteinte que le recourant critique dans la loi résulte de son art. 3, qui, sous la note marginale «Consentement présumé», subordonne la possibilité d'un prélèvement d'organes ou de tissus sur un cadavre à l'absence d'opposition de l'intéressé de son vivant ou, immédiatement après son décès, de ses proches. Selon le recourant, seul un comportement actif de la part de l'intéressé (inscription de son opposition sur le registre officiel), ou de ses proches (opposition exprimée dans les six heures après le décès), permettrait de faire échec aux prélèvements d'organes ou de tissus en vue d'une transplantation. Il critique de surcroît le manque de clarté de l'art. 3 de la loi, notamment sur la question du moment à partir duquel le délai d'opposition de six heures commence à courir.

6.— *Base légale; compétences cantonales*

a) Sur le principe, le recourant ne conteste pas que l'art. 3 de la loi constitue en soi une base légale. Faute d'une compétence fédérale correspondante, le domaine de la transplantation d'organes relève en effet aujourd'hui, pour l'essentiel, de la compétence des can-

tons (art. 3 Cst.). Un projet d'art. 24decies Cst. sur la médecine de transplantation a été mis en consultation par le Conseil fédéral jusqu'à la fin de l'année 1996 (FF 1997 I 142; voir également MARCO BORGHI, Pour une réglementation constitutionnelle fédérale des transplantations d'organes en Suisse, in «La transplantation d'organes; repères pour une législation fédérale», MARCO BORGHI et DOMINIQUE SPRUMONT, éd. Institut du fédéralisme de Fribourg et Institut du droit de la santé de Neuchâtel, 1995, p. 3-28). A la suite de deux motions chargeant le Conseil fédéral d'élaborer des dispositions légales permettant d'interdire le commerce d'organes humains en Suisse, et d'élaborer des dispositions constitutionnelles et législatives en vue de maîtriser les multiples problèmes liés aux transplantations d'organes, les cantons eux-mêmes, par l'intermédiaire de la Conférence des directeurs cantonaux des affaires sanitaires, se sont adressés au Conseil fédéral en date du 9 décembre 1994. Ils se sont prononcés à cette occasion en faveur d'une solution fédérale pour réglementer la médecine de transplantation car, en raison du développement prévisible considérable de cette branche au cours des prochaines années et des problèmes d'éthique multiples et fort délicats liés à ce phénomène, la réglementation cantonale de la transplantation d'organes apparaît insuffisante (sur la nécessité d'une norme constitutionnelle spécifique, cf. JAAC 1997 61/I p. 29-45).

En décidant de réglementer le domaine de la transplantation d'organes, les autorités genevoises étaient donc pleinement conscientes de la nécessité d'agir sur le plan législatif. Constatant que la situation suisse relève du «véritable imbroglio», la Commission de la santé du Grand Conseil a, elle aussi, estimé que les législations cantonales «sont insuffisantes mais néanmoins nécessaires». Dans l'attente d'une réglementation fédérale, elle a invité en conséquence le Grand Conseil à choisir pour Genève le même type de législation que dans les autres cantons universitaires.

b) En Suisse, le principe du consentement présumé du patient ou de ses proches à un prélèvement d'organes ou de tissus semble consacré dans la moitié des cantons, parmi lesquels les six cantons disposant d'un centre de transplantation (BS, BE, GE, SG, VD, ZH; voir WOLFRAM HÖFLING, Rechtsfragen der Transplantationsmedizin, Eine rechtsvergleichende Betrachtung, RJB 1996 p. 787-807, 802, et la classification plus détaillée de SCHÖNING, op.cit., qui distingue, p. 81/82 et 335-337, entre les cantons qui consacrent la «Zustimmungslösung», la «Widerspruchslösung», et la «Informationslösung»). S'agissant des cantons universitaires, les dispositions perti-

nentes sont: pour Bâle-Ville, le § 12 de la Spitalgesetz du 26 mars 1981; pour Berne, l'art. 41 al. 2 de la loi sur la santé publique; pour Saint-Gall, l'art. 35 de la Gesundheitsgesetz du 28 juin 1979; pour Vaud, l'art. 11 ch. 6 et l'art. 20 du règlement du 5 décembre 1996 sur les inhumations, les incinérations et les interventions médicales pratiquées sur des cadavres; pour Zurich, le § 26 de la Verordnung über die Rechte und Pflichten der Patienten in staatlichen und staatsunterstützten Krankenhäusern (Patientenrechtverordnung), du 28 août 1991.

7.— *Base légale; précision de la norme; renvoi aux directives de l'ASSM*

L'existence même d'une base légale formelle n'étant pas en cause ici, il convient de vérifier si celle-ci présente les garanties de clarté et de transparence exigées tant par le droit constitutionnel, au titre de la «densité normative», que par la Convention européenne des droits de l'homme. Sur plusieurs points en effet, le recourant fait grief à la loi de manquer de précision, notamment quant aux modalités du «consentement présumé», aux modalités d'information des proches et au moment à partir duquel le prélèvement d'organes peut avoir lieu.

a) Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'exigence de précision de la norme découle du principe général de la légalité, mais aussi de la sécurité du droit et de l'égalité devant la loi (ATF 109 Ia 273 consid. 4d p. 282 et les références citées; 117 Ia 341 consid. 5a p. 346; cf. THOMAS COTTIER, Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage, 2e édition, Zurich 1991, p. 144 ss, 190 ss; SCHÖNING, op.cit. p. 53 ss). L'exigence de la densité normative n'est toutefois pas absolue, car on ne saurait exiger du législateur qu'il renonce totalement à recourir à des notions générales, comportant une part nécessaire d'interprétation. Cela tient en premier lieu à la nature générale et abstraite inhérente à toute règle de droit, et à la nécessité qui en découle de laisser aux autorités d'application une certaine marge de manoeuvre lors de la concrétisation de la norme. Pour déterminer quel degré de précision on est en droit d'exiger de la loi, il faut tenir compte du cercle de ses destinataires, et de la gravité des atteintes qu'elle autorise aux droits fondamentaux (ATF 109 Ia 273 précité). Une atteinte grave exige en principe une base légale formelle, claire et précise, alors que les atteintes plus légères peuvent, par le biais d'une délégation législative, figurer dans des actes de niveau inférieur à la loi, ou trouver leur fondement dans une clause générale (ATF 122 I 360 consid. 5b/bb et les arrêts cités). Le Tribunal fédéral examine librement cette question (idem).

Dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme, les exigences matérielles découlant du principe de la légalité ont été dégagées par la Cour de Strasbourg à propos des mots «prévu par la loi» que l'on retrouve, notamment, à l'art. 8 par. 2 CEDH. Selon la Cour, cette dernière expression «englobe le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle, et implique des conditions qualitatives, entre autres celles d'accessibilité et de prévisibilité» (CourEDH, arrêt Cantoni c. France du 15 novembre 1996, Rec. 1996 — à paraître —, par. 29). Ces deux dernières notions dépendent «dans une large mesure du contenu du texte dont il s'agit, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires» (même arrêt, par. 35 et la jurisprudence citée). La mesure incriminée doit reposer sur une disposition du droit interne. En particulier, l'accessibilité de la loi aux personnes concernées exige de celle-ci une formulation assez précise pour leur permettre — en s'entourant, au besoin, de conseils éclairés — de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé. Une loi qui confère un pouvoir d'appréciation ne se heurte pas en soi à cette exigence, à condition que l'étendue et les modalités d'exercice d'un tel pouvoir se trouvent définies avec une netteté suffisante, eu égard au but légitime en jeu, pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire (CourEDH, arrêt Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni, du 13 juillet 1995, Série A n° 316 B, p. 71, § 37).

b) Le principal grief que le recourant adresse à la loi est de créer une fiction de consentement qui ne serait autre, selon lui, qu'un «moyen déguisé de se passer de ce même consentement».

aa) Un examen de l'art. 3 de la loi, considéré dans sa genèse et son système, permet toutefois d'écarter les reproches d'imprécision ou de manque de clarté que le recourant lui voit sur ce point.

Il ressort de la genèse de cette disposition que le législateur genevois a, pour l'essentiel, remplacé le système du consentement explicite en matière de prélèvement d'organes par celui du consentement présumé à ce prélèvement. Ce changement fondamental est mis en évidence par la note marginale de l'art. 3, intitulée «Consentement présumé».

En vertu de l'alinéa premier de cette disposition, le droit d'opposition appartient au premier chef à l'intéressé: celui-ci peut, de son vivant, s'opposer à un prélèvement postérieur au décès. Son opposition pourra se manifester de différentes façons: oralement à ses proches, par une déclaration écrite remise à des proches et à d'autres

personnes, ou encore par le biais d'une «carte de donneur» portée sur lui. On trouve, dans les travaux préparatoires de la loi (Mémorial des séances du Grand Conseil genevois — mémorial — 1996, p. 1421), la reproduction d'une telle carte, selon laquelle l'intéressé peut autoriser le prélèvement d'organes sur son corps en cas de décès, «si cette opération permet une transplantation sur un être humain»; une rubrique permet de limiter l'autorisation, en excluant le prélèvement de certains organes; la carte permet enfin de manifester son opposition à tout prélèvement. Ces modes de consentement ou d'opposition non formels, qui peuvent être rangés sous la première phrase de l'al. 1 de l'art. 3 de la loi attaquée, sont complétés par la possibilité, mentionnée dans la deuxième phrase, de faire inscrire son opposition dans un registre dont la troisième phrase précise que seul le corps médical d'un établissement agréé peut y avoir accès. Ces différentes modalités d'opposition, dont bénéficie le donneur potentiel d'organes de son vivant, ont toutes pour effet commun de renverser la présomption de consentement instituée par la loi.

On peut certes, à première lecture, déceler une certaine contradiction entre la note marginale de l'art. 3 («Consentement présumé»), et la dernière phrase de l'al. 1er de cette disposition, selon laquelle «L'absence d'inscription ne constitue pas une présomption d'accord à un prélèvement d'organe». Le sens de cette dernière phrase ne peut être compris qu'en considérant l'élément central de la réglementation, qui a consisté, comme déjà relevé, à substituer le régime du consentement par celui du consentement présumé en cas d'absence d'opposition de l'intéressé. Envisagée dans le système de la réglementation litigieuse, cette phrase a pour but de préciser qu'à lui seul, le défaut d'inscription de l'opposition du donneur potentiel dans le registre ad hoc ne signifie pas encore que la présomption de consentement est définitivement acquise. Celle-ci n'est acquise que si le donneur potentiel n'a pas, d'une manière ou d'une autre, manifesté son opposition. En d'autres termes, le législateur, qui aurait pu dresser une liste positive des cas dans lesquels la présomption de consentement est acquise, a énuméré, de manière négative, les possibilités d'opposition dont dispose le donneur potentiel pour faire échec à cette présomption.

bb) L'alinéa 2 de l'art. 3 décrit le second mode possible d'opposition au prélèvement qui est réservé, dans les six heures qui suivent le décès, aux «proches du défunt».

Ainsi replacée dans le système de l'art. 3, l'articulation de l'al. 1 et de l'al. 2 présente une clarté suffisante pour les particuliers. Qu'ils

soient donneurs potentiels ou «proches du défunt», les personnes légitimées sont à même, pour autant qu'elles aient connaissance de l'existence du texte légal (sur le devoir d'information de l'autorité, voir ci-dessous, consid. 9e), de manifester leur opposition et de comprendre les conséquences d'une inaction de leur part.

cc) Sans doute aussi l'art. 3 al. 2 de la loi contient-il une notion — celle de «proches» — qui comporte une part d'imprécision. Le recourant ne s'en plaint toutefois pas. Il appartiendra au règlement d'application prévu par l'art. 5 de la loi d'en préciser le contenu, en s'inspirant de la jurisprudence et de la doctrine. Il est communément admis qu'il faut entendre, par proche, la personne qui était la plus étroitement liée au défunt, et est par conséquent la plus touchée par sa disparition (ATF 101 II 177, analysé par PIERRE TERCIER, Qui sont nos «proches»?, in: Mélanges Bernhard Schnyder, Fribourg 1995, p. 799-816, 802 et 814-816; voir également SCHÖNING, op.cit. p. 76-77). Par ailleurs, la loi genevoise ne semble pas non plus établir de hiérarchie en faveur du consentement du donneur sur celui de ses proches: l'opposition des proches après le décès paraît pouvoir faire échec au consentement donné par le donneur de son vivant. Tel n'est toutefois pas le cas. Comme cela est relevé ci-dessus (consid. 4c), les proches ne disposent que d'un pouvoir de décision subsidiaire: le respect de leur sentiment de piété doit céder le pas à la protection, prioritaire, de la liberté personnelle du principal intéressé. Leur propre opinion ne saurait donc faire échec à une autorisation — ou à un refus — explicite du défunt. L'avis des proches n'a, par conséquent, à être recherché qu'en l'absence de disposition connue, prise par l'intéressé de son vivant, et la réglementation genevoise peut être comprise dans ce sens (voir, dans le même sens, l'arrêt précité ATF 111 Ia 231, consid. 3b p. 233-234; plus nettement BORGHI, op.cit. p. 15-16, de même que TERCIER, op.cit. p. 802, et SCHÖNING, op.cit. p. 75-76).

c) Le recourant s'en prend ensuite à l'imprécision de l'art. 3 al. 2 de la loi en ce qui concerne le point de départ du délai d'opposition des proches. Dûment interprétée, la loi attaquée ne prête toutefois pas à confusion. En prévoyant que l'opposition des proches peut intervenir «dans les six heures qui suivent le décès», la loi, prise dans son sens littéral, est précise. Tout dépend toutefois de ce qu'il faut entendre par l'expression «décès» ou «mort». Or la loi genevoise fait, sur ce point, un renvoi aux «dernières directives de l'Académie suisse des sciences médicales (ASSM) en la matière». Même si le recourant ne critique pas ce renvoi en tant que tel, il y a lieu d'en

vérifier la conformité au droit constitutionnel, car cette vérification s'inscrit dans l'examen, libre, de l'existence d'une base légale suffisante.

aa) La première directive à laquelle renvoie la loi est intitulée «Définition et directives pour le diagnostic de la mort en vue d'une transplantation d'organes» (version du 18 novembre 1994). Révisée et complétée depuis et approuvée, sous le même titre, par le Sénat de l'ASSM le 13 juin 1996 (Bulletin des Médecins suisses, vol. 77, 45/1996 du 6 novembre 1996, p. 1821-1829), elle prévoit notamment (II, ch. 3.2) que «Le diagnostic de mort cérébrale dans le contexte d'un prélèvement d'organes requiert deux évaluations cliniques séparées», étant précisé que la durée minimale d'observation ne devra jamais être inférieure à six heures. La même directive précise (IV, p. 1826) que «Juridiquement, l'instant de la mort est le moment du premier diagnostic de l'arrêt irréversible des fonctions cardiaques ou cérébrales. Pour cette constatation, les signes cliniques suffisent» (la directive énumère les huit critères cliniques qui doivent être établis pour le constat de la mort cardio-circulatoire (II, ch. 2.1) et les sept critères cliniques qui doivent être présents pour que la mort cérébrale puisse être constatée (II, ch. 3.1).

Les secondes directives de l'ASSM auxquelles se réfère le législateur genevois sont intitulées «Directives médico-éthiques pour les transplantations d'organes», approuvées en 1ère consultation par le Sénat de l'ASSM le 8 juin 1995 (Bulletin des Médecins suisses, vol. 75, 5/1994 du 2 février 1996, p. 168-170).

bb) Le Tribunal fédéral a, depuis longtemps, reconnu la légitimité et la pertinence des directives de l'ASSM, notamment pour déterminer le moment de la mort. Dans son arrêt publié aux ATF 98 Ia 508, il a admis le renvoi à ces directives, opéré dans une ordonnance zurichoise sur les hôpitaux, pour ce qui concerne la constatation des décès. Ces directives paraissaient correspondre, à l'époque, au niveau de la science dans ce domaine; le renvoi avait seulement pour effet de poser des exigences minimales pour le diagnostic de la mort, d'autres critères pouvant, le cas échéant, entrer en considération (consid. 4c et d p. 516-518).

Dans son arrêt du 26 octobre 1989 dans la cause D. (RDAF 1990 p. 156), le Tribunal fédéral a admis qu'une loi soumise au référendum facultatif pouvait déléguer au Conseil vaudois de la santé (organe consultatif) le soin de fixer, «en se fondant notamment sur les directives de l'ASSM», les conditions dans lesquelles peuvent se dérouler les opérations de fécondation in vitro et de transferts d'em-

bryons. Cette délégation, non exclue par la loi et limitée à un domaine déterminé, permettait l'adaptation progressive du droit cantonal à l'évolution des techniques médicales (consid. 3).

Dans ses arrêts parus aux ATF 115 Ia 234 (consid. 3b p. 242) et 119 Ia 460 (consid. 4c/cc p. 470), le Tribunal fédéral a aussi reconnu la pertinence des directives de l'ASSM dans le domaine de la procréation médicalement assistée; il ne s'est pas prononcé, à ces occasions, sur l'admissibilité des renvois opérés dans ce domaine par différentes législations cantonales.

La Cour européenne des droits de l'homme admet, elle aussi, un renvoi de la loi à d'autres actes, en particulier lorsque le domaine à réglementer revêt un caractère technique (CourEDH, arrêt Groppera c. Suisse du 28 mars 1990, Série A n° 173, p. 25-26, 65-68).

cc) La doctrine est partagée sur l'admissibilité du renvoi aux directives de l'ASSM. Selon HÄFELIN/HALLER (Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Ein Grundriss, 3ème éd. Zurich 1993 n° 1030 ss), la compatibilité de ce procédé avec la Constitution ne peut être admise sans autre, puisqu'il porte atteinte à la répartition constitutionnelle des compétences. Le renvoi doit en tout cas figurer dans un acte de rang législatif, et se limiter aux questions techniques. Pour SCHÖNING (op.cit. p. 57-60), de tels renvois à des dispositions d'organismes privés posent problème, parce que le législateur renonce ainsi à assumer sa responsabilité. Cet auteur différencie le renvoi direct — c'est-à-dire la référence à des règles émanant d'un organisme clairement désigné —, qui peut être statique lorsqu'il est fait référence à une version déterminée de ces règles, ou dynamique, lorsque sont évoquées les «règles actuellement en vigueur». La loi peut aussi opérer un renvoi indirect lorsqu'elle recourt aux notions de «standards actuels» (tel l'état de la science et de la technique), dont les règles privées ne sont alors que le reflet. LAURENZ ROTACH (Die Verwendung von Anhängen in den Erlassen des Bundesrechts, in Législation d'aujourd'hui 1995/3, p. 111-120, 116), subordonne le procédé du renvoi à deux conditions: un cercle restreint de destinataires et une norme de nature technique destinée principalement à des spécialistes. D'autres auteurs posent encore d'autres conditions (MARINA MANDOFIA et MICHEL BÜRGISSER, Réflexions critiques sur le règlement genevois en matière de fécondation in vitro, SJ 1988 p. 177 ss, 181, qui fixent des conditions proches de celles posées pour la délégation législative). DIETER GRAUER (Die Verweisung im Bundesrecht, insbesondere auf technische Verbandsnormen, thèse, Zurich 1980, 208 p., p. 182 ss), admet pour sa part

le procédé du renvoi statique, mais non du renvoi dynamique, qui ne permettrait pas de contrôle ultérieur du législateur en cas de changement de la règle privée. Selon URSULA BRUNNER (Rechtssetzung durch Private, thèse, Zurich 1982, 169 p., p. 32), la technique du renvoi est admissible en matière médicale, même si elle est appliquée de manière beaucoup plus générale et fréquente dans les domaines techniques. Un tel renvoi supposerait en outre une base légale formelle (op.cit. p. 140 ss; contra, MOOR, Droit administratif, Berne 1992, vol. III, p. 102-103).

dd) En l'espèce, la loi contestée contient un renvoi indirect (art. 2 al. 1 «établissements médicaux... qui satisfont aux exigences des organismes faîtiers suisses tant de la transplantation que de l'éthique médicale») dont l'admissibilité fait d'autant moins problème, sous l'angle de la légalité, qu'il vise à renforcer les garanties individuelles en matière de transplantation.

Pour la détermination du moment de la mort, la loi semble en revanche opérer, en son art. 3 al. 2 deuxième phrase, un renvoi direct aux directives de l'ASSM. Dès lors qu'il s'agirait d'un renvoi dynamique (il n'est pas fait référence à une version déterminée, mais aux «dernières directives»), l'admissibilité du procédé pourrait prêter à discussion. Il convient toutefois de relever (comme le fait SCHÖNING à propos de l'art. 24 de l'ordonnance zurichoise sur les droits des patients, de teneur semblable sur ce point à la loi genevoise, op.cit. p. 59-60), que les directives de l'ASSM constituent, dans le domaine médical, le reflet de l'état de la science et de la technique à un moment donné; elles consacrent le consensus qui prévaut dans le milieu de la médecine scientifique. L'auteur de la loi genevoise est manifestement parti de cette considération, de sorte que le renvoi consiste bien plutôt dans la référence à un standard, dont les directives ne sont que le reflet. On peut donc y voir un renvoi de nature indirecte, en l'occurrence admissible (ATF 98 Ia 508, consid. 3a p. 512-513). En outre, comme l'a déjà relevé le Tribunal fédéral, les directives relatives au diagnostic de la mort définissent les exigences minimales auxquelles doit satisfaire un tel diagnostic en vue d'une transplantation (même arrêt, consid. 4c p. 516-517). En s'y référant, le législateur genevois avait pour objectif de renforcer la protection des droits fondamentaux, et nullement d'y porter atteinte. Il y a lieu, dès lors, de se montrer moins strict quant aux conditions d'un renvoi.

La référence de la loi aux «dernières» directives n'apparaît pas non plus critiquable, puisqu'elle peut se comprendre non pas comme

un renvoi dynamique, mais comme l'obligation plus générale de tenir compte des connaissances les plus récentes dans ce domaine, dans le respect des libertés individuelles. En outre, elle témoigne de la volonté du législateur genevois de permettre à la pratique de s'adapter progressivement à l'évolution de la science médicale (cf. RDAF 1990 p. 156 consid. 3b). S'agissant d'une question technique et complexe, telle que la définition du moment de la mort, il apparaît adéquat de permettre une adaptation immédiate de la réglementation à l'évolution des connaissances scientifiques, sans compter que la reproduction dans la loi de l'intégralité des directives aboutirait à alourdir indûment le texte légal, et en compromettrait une lecture aisée. Toute modification, même mineure, des directives nécessiterait alors une modification législative. Sous l'angle de la légalité, il suffit que les directives en question, publiées, soient accessibles. Les hésitations de la doctrine ne sont pas de nature à remettre en cause la jurisprudence admettant, dans ce domaine spécifique, le renvoi aux directives de l'ASSM.

ee) Cela étant, il n'appartient pas au Tribunal fédéral de s'immiscer dans la controverse scientifique relative à l'adéquation des critères permettant d'établir le décès, en particulier quant au délai de six heures qui doit s'écouler entre les deux diagnostics. Les critiques du recourant ne portent d'ailleurs pas sur ce point. Il suffit de constater ici que les directives de l'ASSM sont suffisamment précises pour que le particulier puisse comprendre la notion de la mort à laquelle le législateur a entendu se référer dans la loi attaquée. Ces directives, auxquelles plusieurs législations cantonales renvoient de manière générale ou spécifique (par ex. AR, BE, BL, GE, LU, OW, TI, ZH), expriment le consensus de la communauté médicale scientifique de Suisse et sont très respectées par les membres de la profession; dans leur teneur actuelle elles paraissent en outre — compte tenu de la retenue que doit observer le juge constitutionnel dans ce domaine — correspondre aux conditions posées aujourd'hui par le droit constitutionnel (cf. ATF 98 Ia 508 consid. 4 s'agissant de l'admissibilité du critère de la mort cérébrale, en fonction des directives de l'époque).

Il convient certes de réserver le cas d'un changement important que subiraient les directives auxquelles il est renvoyé; dans un tel cas en effet, la réglementation adoptée par le législateur genevois sur la base d'un texte déterminé pourrait se trouver fondamentalement modifiée, sans intervention de l'organe législatif. Le renvoi perdrait alors sa légitimité, et avec elle sa validité. Une telle hypo-

thèse ne suffit toutefois pas pour nier l'admissibilité du procédé lorsque, comme ici, il apparaît nécessaire, dans l'intérêt immédiat de la personne concernée, d'adapter régulièrement les techniques de diagnostic de la mort cardio-circulatoire ou cérébrale, afin d'obtenir, lors du second diagnostic, la certitude scientifique la plus élevée possible qu'il est indispensable d'atteindre en prévision d'un éventuel prélèvement d'organes.

ff) On ne saurait non plus soutenir, comme le fait le recourant, que l'art. 3 al. 2 de la loi serait imprécis en ce qui concerne le délai d'opposition de six heures à disposition des proches. Ce délai commence à courir au moment du premier diagnostic de la mort, telle que définie par les directives précitées de l'ASSM, soit à partir du premier diagnostic de l'arrêt irréversible des fonctions cardiaques ou cérébrales. La consultation des proches coïncide avec la durée minimale (6 heures) qui doit séparer les deux évaluations cliniques séparées, afin de permettre de poser avec certitude le diagnostic de mort cérébrale en vue d'un prélèvement d'organes (II, ch. 3.2). En effet, «avant qu'un prélèvement d'organe ne soit autorisé, toute possibilité de retour à la vie doit être exclue (...)». La seconde évaluation après l'intervalle exigé permet, dans le cas de la mort cérébrale, d'obtenir la certitude nécessaire en prévision d'éventuels prélèvements d'organes. Une garantie supplémentaire est encore donnée sur ce point par les directives, qui exigent que l'équipe médicale qui pose le diagnostic de la mort soit différente de celle qui effectue la transplantation.

d) Il découle de ce qui précède que les reproches d'imprécision que le recourant adresse à l'art. 3 de la loi ne sont pas fondés. En effet, le niveau de précision de l'art. 3 répond aux exigences du principe de la légalité, dans un domaine aussi délicat que celui des transplantations d'organes. Les justiciables visés par la loi, soit les personnes ayant eu leur dernier domicile légal dans le canton de Genève au moment de leur mort, ainsi que leurs proches (art. 3, al. 2, 1ère phrase de la loi attaquée), pourront — du moins après la mise en place nécessaire de la politique d'information (cf. ci-dessous consid. 9c) prévoir avec un degré raisonnable de précision les conséquences de la norme pour eux, et adapter leur comportement en conséquence.

8.— *Intérêt public*

Le recourant conteste l'existence en l'espèce d'un intérêt public prépondérant, justifiant la réglementation attaquée. Il s'en prend ainsi au système même du consentement présumé tel qu'il découle

de l'art. 3 de la loi. Cet intérêt public est néanmoins clairement établi en l'espèce.

a) Lors des travaux préparatoires qui ont conduit à la loi du 28 mars 1996, il a été longuement insisté sur la légitimité du don d'organes et la nécessité de mettre fin à une insécurité juridique dans un domaine certes délicat et sensible, mais qui intéresse la population dans son ensemble. En l'absence de législation fédérale, l'option d'une loi cantonale s'est imposée, non seulement pour favoriser les dons d'organes, mais aussi pour éviter et réprimer tout excès et abus pouvant résulter d'une pénurie et d'un trafic d'organes. Le législateur cantonal a également tenu compte de ce que la transplantation d'organes est susceptible de sauver des vies humaines et d'améliorer considérablement la qualité de vie des malades qui bénéficient de greffes. Ainsi, dans l'exposé des motifs précité du projet de loi à l'origine de la loi attaquée, il est relevé que si le nombre des transplantations en Suisse a légèrement augmenté au cours de ces dernières années (en raison de l'augmentation du nombre de donneurs multi-organes et des progrès des équipes de prélèvement), on constate, à l'inverse, une nette baisse du nombre total de donneurs, qui, après avoir culminé à 151 en 1986, n'a depuis lors cessé de diminuer, passant à 111 en 1994 pour tomber à 91 en 1995, et à 88 en 1996.

b) Le législateur genevois a également tenu compte d'une étude menée en 1994 à Zurich, qui montre que si 77% des citoyens acceptaient le don d'organes après une information adéquate, seul le 11% de la population suisse serait porteur d'une carte de donneur (voir «La disponibilité au don d'organes en Suisse», Bulletin des Médecins suisses, 6 septembre 1995). La baisse du nombre de donneurs a eu pour conséquence d'augmenter le nombre des patients en liste d'attente (dont le nombre a progressé, en ce qui concerne les transplantations rénales en Suisse, de 270 en 1987 à 386 en 1993), et de provoquer la mort de nombreux autres patients en attente d'un organe vital (coeur et foie en particulier). Au début 1997, 464 personnes se trouvaient en Suisse dans l'attente d'un organe à transplanter, alors que 43 patients sont décédés en 1996 faute d'un organe disponible (Rapport d'activité 1996 de la Centrale de coordination de transplantation Swisstransplant, Genève 1997, p. 37 ss, 54 ss). Cette situation a augmenté la tendance, considérée à juste titre comme inacceptable par le législateur genevois, d'inciter les patients les plus aisés à recourir «à un tourisme médical ignoble vers les pays où la transplantation est plus facile» (Mémorial 1996, p. 1386-1388).

c) Un autre élément qui semble avoir joué un rôle décisif dans le choix législatif genevois est celui des problèmes psychologiques liés à l'obtention du consentement des proches immédiatement après un décès causé notamment par un accident. L'annonce du décès d'un être cher, doublée de la demande presque simultanée de l'autorisation de procéder à un prélèvement d'organe, «constituent une épreuve que peu de gens sont en mesure de supporter»; elle n'est guère compatible avec le lent processus de deuil qui doit conduire à l'acceptation et à l'adaptation à la réalité de la perte d'un proche (voir, à ce propos, ATF 101 II 177 consid. 5d p. 194, et SCHÖNING, op.cit. p. 80 ad note 172). Or, relève encore l'exposé des motifs précité, il n'est pas rare que certaines familles, après avoir pu faire face au deuil qui les frappe, expriment le regret de n'avoir pas consenti au don d'organe.

d) C'est l'ensemble de ces considérations qui a incité le législateur genevois à introduire, en matière de prélèvement d'organes, la notion de consentement présumé se trouvant au coeur de la loi attaquée. En faisant ce choix, il a entendu respecter la liberté du donneur de s'opposer de son vivant à un prélèvement, et la possibilité de ses proches de le faire immédiatement après le décès. Il a tenu compte de l'existence de ce système dans la législation d'autres pays (p. ex. Autriche, Espagne, Finlande, France, Grèce, Italie, Portugal; voir GERMAINE MORAND et DOMINIQUE SPRUMONT, Pour une approche juridique globale, in Marco Borghi et Dominique Sprumont, op.cit., p. 29-105, 35) et dans la moitié des cantons suisses (cf. supra consid. 6c).

e) Le recourant fait grand cas des considérations, émises dans les travaux préparatoires, relatives aux économies que certaines transplantations (rénales en particulier) permettent de réaliser par rapport à un traitement ordinaire: il n'y voit pas un intérêt public suffisant. Il perd toutefois de vue qu'il ne s'agit que de considérations accessoires, la loi attaquée étant essentiellement fondée sur l'existence de l'intérêt public fondamental à la sauvegarde des vies humaines et à l'allégement des souffrances de patients.

9.— *Proportionnalité; devoir d'information*

Le recourant estime encore que la loi attaquée violerait le principe de la proportionnalité, en ce sens qu'il existerait d'autres moyens (une meilleure politique d'information par exemple) pour parvenir à l'augmentation du nombre des transplantations d'organes. Le recourant ne conteste toutefois pas que la norme soit adéquate pour atteindre le but visé.

a) aa) Selon le rapport précité de l'OMS relatif à la transplantation d'organes humains (Commentaires sur le principe directeur 1 de la Résolution WHA 44.25 de 1991, p. 10), il convient de distinguer entre deux systèmes principaux sur la question centrale du consentement au prélèvement d'organes de personnes décédées. Le premier est le système du «consentement explicite» (opting in/contracting in), par lequel une personne déclare expressément, de son vivant, accepter le prélèvement de ses organes après sa mort, ou par lequel un membre approprié de la famille exprime son approbation lorsque le défunt ne laisse aucune déclaration ou autre indication allant en sens contraire. Le second est le système du «consentement présumé» (opting out/contracting out) qui consiste à admettre que les organes peuvent être prélevés aux fins de transplantation sur le corps d'une personne décédée, à moins qu'elle ne s'y soit opposée de son vivant ou, éventuellement, que les proches n'aient indiqué au moment opportun qu'elle s'opposait à ce que les organes soient prélevés sur son corps après sa mort. Que l'on adopte le système du consentement explicite ou celui du consentement présumé, le prélèvement posthume d'organes sera exclu s'il existe une déclaration ou d'autres indications adéquates par lesquelles une personne s'y oppose. Quand rien n'indique qu'une personne décédée s'opposait à un prélèvement posthume, le système du consentement explicite exige normalement qu'un membre approprié de la famille donne son consentement au prélèvement d'organe. Dans le système du consentement présumé, cela n'est pas nécessaire, mais des membres de la famille peuvent faire part de l'opposition du défunt ou de leur propre opposition à un prélèvement.

bb) La doctrine suisse et allemande distingue encore d'autres possibilités de réglementation dans le domaine des prélèvements d'organes. Entre la solution de la pure opposition (Widerspruchslösung) et celle du consentement explicite (Einwilligungslösung, Zustimmungslösung) de l'intéressé et de ses proches (ECKHARD NAGEL/PETRA SCHMIDT, Transplantation, Leben durch fremde Organe, Berlin/Heidelberg 1996, p. 46-47), elle distingue diverses formes intermédiaires telle la solution dite de l'information (Informationslösung), qui consacre un droit d'opposition, tout en exigeant que leurs titulaires en soient préalablement et concrètement informés (HÖFLING, Rechtsfragen der Transplantationsmedizin, RJB 1996 p. 787-807, 802; voir aussi les autres modèles décrits par SCHÖNING, op.cit. p. 78-89, et par WINFRIED KLUTH et BIRGIT SANDER,

Verfassungsrechtliche Aspekte einer Organspendepflicht, Deutsches Verwaltungsblatt 111/1996 p. 1285-1293, 1291).

b) A ce stade, le droit international laisse sur ce point une grande liberté aux Etats; les textes pertinents précités admettent en particulier le système du consentement présumé pour les prélèvements d'organes aux fins de transplantations sur le corps de personnes décédées (consid. 4d; voir, plus spécifiquement, l'art. 10 ch. 2 de la Résolution WHA (78) 29 du Conseil de l'Europe, et le principe directeur 1 let. b de la Résolution WHA 44.25 du 13 mai 1991 de l'OMS, textes reproduits par SCHÖNING, op.cit. p. 306 et 303).

aa) Du strict point de vue de la liberté personnelle et du droit à se déterminer personnellement sur le sort de sa dépouille, la solution du consentement explicite est certainement la plus satisfaisante, puisqu'elle permet d'exclure avec certitude tout prélèvement d'organe qui ne correspondrait pas à la volonté de l'intéressé (SCHÖNING, op.cit. p. 80 et les références citées; HÖFLING, op.cit. RJB 1996 p. 803 ss). Toutefois, comme on l'a vu, la liberté personnelle des intéressés ne peut pas être considérée isolément; elle doit être mise en balance, notamment, avec l'intérêt privé des personnes en attente d'une greffe, attente qui participe de l'intérêt plus général lié au droit à la vie et à l'amélioration des conditions d'existence des malades. Or, le législateur genevois a considéré que la solution jusqu'alors en vigueur pouvait avoir pour conséquence l'impossibilité de prélèvements dans de nombreux cas où les intéressés n'auraient pourtant pas manifesté d'opposition. Cette solution obligeait par ailleurs à solliciter une autorisation, démarche souvent ressentie, par le malade ou ses proches, comme une agression grave (ATF 101 II 177 consid. 5d p. 195; JÖRG PAUL MÜLLER, Recht auf Leben, Persönliche Freiheit und das Problem der Organtransplantation, ZSR 1971 I 457-478, 472).

bb) Le modèle du consentement présumé permet de supposer, en l'absence d'une manifestation contraire, que l'intervention sur un cadavre en vue d'une transplantation d'organes a été approuvée.

Le Tribunal fédéral a déjà admis qu'une telle réglementation était «raisonnable» et conforme à la liberté personnelle (ATF 98 Ia 508): les transplantations doivent être effectuées dans un délai relativement court, de sorte que l'exigence d'un consentement explicite peut dans certains cas engendrer d'importantes difficultés pratiques lorsque, le défunt n'ayant pas laissé de déclaration de volonté, il faut entreprendre de longues recherches pour déterminer

qui sont ses proches et obtenir leur consentement. L'exigence du consentement explicite paraît aussi discutable du point de vue de la protection de la personnalité, car le fait de solliciter une déclaration de volonté d'un malade, voire d'un mourant ou de ses proches, et d'évoquer ainsi l'idée d'une mort prochaine, peut représenter une atteinte grave à la sphère personnelle protégée. Une telle démarche peut en outre provoquer une contrainte psychique excessive sur l'être humain qui, de ce fait, peut ne plus se trouver en mesure de prendre une décision raisonnable. Enfin, il faut tenir compte du fait que certaines personnes ne désirent absolument pas être interrogées sur le sort de leur cadavre, sans être pour autant opposées à un prélèvement d'organe. Compte tenu de l'ensemble des intérêts en jeu, il paraît justifié, selon l'arrêt précité, de renoncer à l'exigence d'une autorisation expresse et d'admettre un simple droit d'opposition; une telle concrétisation de la protection constitutionnelle de la personnalité ne pose pas de problème pour autant qu'elle soit portée à la connaissance des personnes virtuellement ou concrètement concernées, de telle manière que leur droit d'opposition soit effectif; dans le cas soumis alors au Tribunal fédéral, l'ordonnance attaquée satisfaisait à cette exigence, car, même si elle était muette sur la manière d'informer les personnes concernées, il fallait compter sur une application de ces dispositions qui soit respectueuse des droits de la personnalité et partir du point de vue que les intéressés seraient, autant que possible, informés de leur droit d'opposition; pour l'essentiel, la publication de l'acte attaqué dans la feuille des avis officiels, et sa parution au recueil officiel des lois, en assuraient une diffusion suffisante, sous réserve de cas exceptionnels (consid. 8c p. 524-526).

c) Ces considérations conservent, pour l'essentiel, toute leur pertinence, et il n'y a pas de raison d'y revenir en l'espèce, du moins pour ce qui concerne l'admissibilité de principe du système du consentement présumé tel qu'adopté par le législateur genevois. Il convient toutefois d'apporter les deux précisions suivantes, la première sur la prise en considération de la liberté personnelle du receveur potentiel, la seconde, capitale, sur le devoir d'information.

d) Au chapitre de l'examen de la proportionnalité de l'ingérence étatique que représente, pour le donneur potentiel d'organes, le système du consentement présumé, on ne saurait faire abstraction de la liberté personnelle du receveur potentiel. En effet, même si elle reste anonyme, toute opération de transplantation crée des liens idéaux de

solidarité entre la personne récemment décédée et le patient en attente d'un organe. Envisagée sous l'angle de l'art. 8 CEDH, l'ingérence de l'Etat sous l'autorité duquel est prélevé, en vue d'une transplantation, un organe sur une personne décédée, n'a de justification que si, prévue par la loi, elle répond pleinement au respect de la dignité humaine du donneur (voir ci-dessus consid. 4b et c), et constitue, dans l'optique du receveur potentiel, une mesure nécessaire, dans une société démocratique, à la protection de sa «santé», et à la protection de ses «droits» et «libertés», à commencer — s'il est en danger de mort — par son droit à la vie et son droit à jouir du meilleur état de santé physique ou mentale qu'il soit capable d'atteindre (voir en particulier les art. 2 et 3 CEDH et l'art. 12 du Pacte ONU I, ainsi que les autres dispositions citées ci-dessus, consid. 4d/aa). La liberté personnelle du receveur potentiel doit toutefois être contenue dans d'étroites limites. En particulier, 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 (contra: ANDREAS BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 3ème éd., Bâle 1995, n° 538; voir ANDREAS AUER, Rapport suisse présenté au Colloque international tenu à Paris les 6 et 7 février 1997 sur le thème «Constitution et bioéthique», destiné à la publication, par. 81, qui laisse la question ouverte).

e) L'information du public constitue, dans ce domaine extrêmement sensible qui touche aux convictions profondes de chaque individu, un élément essentiel sans lequel le système du consentement présumé perd sa légitimité. A cet égard, la simple publication de la norme au moment de son adoption, puis sa parution au recueil officiel, n'apparaissent pas comme des mesures suffisantes à elles seules. En d'autres termes, on ne saurait inférer du silence de l'intéressé qu'il consent à un prélèvement d'organes, s'il n'a pas été suffisamment informé que son silence pouvait être interprété comme un consentement. Le justiciable peut en effet, à défaut d'une information contraire, partir légitimement de l'idée qu'il est totalement maître du sort de son corps après décès et que, par conséquent, toute utilisation de sa dépouille n'est possible qu'avec son consentement préalable explicite. Le passage du consentement explicite au consentement présumé n'est dès lors envisageable qu'à condition d'être accompagné de mesures d'information spécifiques et adéquates de la population. Ce devoir s'étend par ailleurs, dans les cas concrets, aux indications qui doivent être données aux

proches, afin qu'ils puissent, eux aussi, décider librement de la portée de leur silence. On doit par conséquent distinguer entre le devoir d'information au sens large (politique d'information, ci-dessous aa), et le devoir d'informer, au sens étroit (information des proches, ci-dessous bb).

aa) Information au sens large; politique d'information

Manifestement, le législateur genevois s'est rendu compte de la nécessité d'une meilleure information du public relative aux dons d'organes. Il a adopté à cet effet, en même temps que la loi attaquée, une «motion» (dépourvue d'effet obligatoire) invitant le Conseil d'Etat à «mettre en place un système d'information destiné aux donneurs potentiels, aux receveurs et aux soignants, permettant d'optimaliser les prises de décision des sujets, de leurs proches et du personnel soignant», cette information devant être conçue «comme une aide à la décision», en tenant compte du fait que le don d'organe est «un geste exceptionnel de solidarité sociale et d'altruisme (qui) s'attache à la valorisation de ce don» (Mémorial 1996, p. 1458). Le législateur a toutefois considéré qu'une meilleure information constituait un moyen inadéquat, à lui seul, pour résoudre dans l'immédiat et concrètement le problème du manque d'organes et celui de l'augmentation correspondante des listes d'attente. Il a donc cherché à s'attaquer au noeud juridique du problème: celui de la substitution du consentement présumé (par l'obligation de faire opposition au prélèvement) au système antérieur du consentement exprès qui, dans la pratique, faisait souvent échec à des dons d'organes qui auraient été consentis en d'autres circonstances.

Le législateur genevois n'a dès lors pas méconnu la nécessité des mesures d'information générale, mais il a estimé que ces mesures — dont l'impact immédiat ne peut être apprécié a priori — devaient être doublées d'un changement de régime juridique, propre à faciliter le don d'organes. Compte tenu de l'importance de l'intérêt public en jeu, et en particulier de l'urgence que peut représenter la situation de pénurie, on ne saurait y voir une violation du principe de la proportionnalité. Il convient néanmoins d'insister, ici également, sur la nécessité d'une diffusion large de la nouvelle réglementation, non seulement dans le cadre des établissements médicaux, mais aussi auprès de l'ensemble de la population. La seule publication officielle est à cet égard insuffisante, et il conviendra de faire en sorte que la population soit, dans son ensemble, directement informée. Cette information devra par ailleurs être régulièrement renouvelée, puisque la présomption instaurée par la loi s'étend à toute personne

nouvellement domiciliée dans le canton. On peut certes regretter que cette politique d'information ne soit consacrée qu'implicitement dans la loi. Sur ce point, le texte de la loi genevoise présente une lacune que le juge constitutionnel peut combler dans le cadre de son interprétation conforme (consid. 2a): il appartiendra au Conseil d'Etat de prévoir des mesures adéquates dans l'élaboration du règlement d'application prévu à l'art. 5 de la loi (consid. 2c), qui doit être rapidement adopté.

bb) Information des proches

Le recourant critique enfin l'absence d'obligation, dans la loi, de rechercher les proches en vue de recueillir leur consentement. Sur ce point également, l'argumentation tombe à faux. La volonté du législateur genevois, exprimée à l'art. 2 al. 1 de la loi, de respecter les exigences des organismes faîtiers suisses tant de la transplantation que de l'éthique médicale, traduit son souci de mettre au premier plan l'éthique de la transplantation. Or, selon les Directives médico-éthiques précitées de l'ASSM de 1995, l'obligation d'informer les personnes les plus proches du donneur de la possibilité et du mode de prélèvement d'organes, ainsi que l'obligation d'en expliquer le déroulement, font partie de ces règles éthiques. Il y a donc une obligation, pour le personnel médical, de rechercher et d'informer concrètement les proches, du moins tant que la volonté de l'intéressé n'a pas pu être recueillie. Il découle de cette obligation que si les proches n'ont pas pu être atteints et que la volonté de l'intéressé n'est pas connue, aucun prélèvement aux fins de transplantation ne pourra être effectué. En revanche si, dûment informés, les proches renoncent à se déterminer, le personnel médical pourra inférer de ce silence éclairé l'existence d'une approbation implicite à un tel prélèvement. Cette obligation d'informer n'est pas sans incidence non plus du point de vue du droit civil, car un prélèvement d'organe effectué sans que les proches n'aient été recherchés serait de nature à engager la responsabilité de ses auteurs (cf. ATF 101 II 177 consid. 5 p. 190).

En rédigeant son règlement d'application, le Conseil d'Etat devra expressément rappeler l'existence, la portée et les sanctions attachées à ce devoir d'information des proches, devoir qui ne figure, lui aussi, qu'implicitement dans la loi.

f) La loi cantonale ne consacre donc pas, comme le redoute le recourant, le système de l'opposition dans son acception la plus stricte; elle peut au contraire être comprise comme imposant un devoir d'information générale et spécifique. Cette interprétation peut s'ap-

puyer sur la volonté clairement exprimée par le législateur et, à plusieurs égards, sur le texte même de la norme: le renvoi aux règles d'éthique implique le devoir d'informer, et l'application de la loi aux seules personnes domiciliées dans le canton s'explique par la volonté de mettre sur pied une politique cantonale d'information. Compte tenu de ces mesures d'information, dont les modalités devront encore être explicitement précisées dans le règlement du Conseil d'Etat, la loi peut être interprétée conformément à la Constitution sans trahir la volonté de son auteur (cf. ATF 109 Ia 273 consid. 12c p. 301).

10.— *Egalité devant la loi; art. 4 al. 1 Cst.*

a) Le recourant s'en prend ensuite à l'art. 3 al. 3 de la loi, selon lequel la règle du consentement présumé «s'applique en cas de décès de toute personne ayant son domicile légal dans le canton au moment de sa mort. A défaut, la législation du lieu de domicile du défunt s'applique». Il y voit une violation manifeste de la garantie de l'égalité de tous devant la loi, inscrite à l'art. 4 al. 1 Cst. Plus particulièrement, le recourant trouve choquant que l'on puisse restreindre davantage la liberté personnelle d'une personne domiciliée dans le canton de Genève que celle de Confédérés y séjournant ou de ressortissants de pays tiers soumis au régime du consentement explicite.

b) Selon la jurisprudence, le principe de l'égalité de traitement ne permet pas de faire de distinctions qu'aucun fait important ne justifie, ou de soumettre à un régime identique des situations de fait qui présentent entre elles des différences importantes, de nature à impliquer un traitement différent (ATF 120 III 147 consid. 4c). En l'espèce, on ne saurait reprocher à la loi de ne pas faire les distinctions objectives que requiert le traitement de situations de fait différentes. Seules les personnes ayant leur domicile légal dans le canton de Genève pourront être concrètement touchées par les mesures d'information que l'Etat devra mettre en place; seules celles-ci pourront être présumées consentantes à un prélèvement d'organes. Par ailleurs, compte tenu de la brièveté des délais utiles, on ne saurait contester qu'il est objectivement plus difficile, pour les autorités genevoises, d'entrer en contact avec les proches d'une personne qui n'est pas domiciliée dans le canton (dans ce sens, ATF 98 Ia 508 consid. 8c p. 525/526). Il est dès lors légitime que le législateur genevois ait voulu d'emblée exclure toute difficulté pratique et juridique qui découlerait inévitablement de prélèvements effectués sur des personnes étrangères au canton (sur ces problèmes complexes, voir

SCHÖNING, op.cit. p. 196-200). Il faut rappeler ici l'option législative de base du Grand Conseil genevois, qui, dans l'attente d'une législation fédérale fondée sur des principes valables pour l'ensemble de la Suisse, a volontairement renoncé à appréhender l'ensemble des problèmes posés par les prélèvements aux fins de transplantations, pour se concentrer sur la résolution des problèmes pratiques les plus immédiats. Le grief doit donc être écarté.

c) Le recourant voit enfin une dernière atteinte à l'égalité de traitement dans l'art. 2 al. 3 de la loi, selon lequel «Dans les établissements publics médicaux, ils [les prélèvements] se déroulent dans les divisions communes». Il interprète cette disposition comme facilitant les transplantations sur les personnes socialement défavorisées, par opposition aux patients hospitalisés dans des divisions privées.

d) Le recourant part, à tort, de la prémisse que les possibilités de transplantation sont fonction du régime hospitalier auquel le patient est soumis. Les travaux préparatoires de la loi permettent de dissiper cette crainte. En réponse à diverses interventions parlementaires, le rapporteur de la Commission a en effet expliqué que le choix de concentrer les transplantations en division commune découlait de la volonté de résoudre ainsi le problème des gains accessoires des professeurs effectuant des transplantations en division privée, avec les frais supplémentaires qui en découlent. Le rapporteur a indiqué clairement vouloir «éviter les dérapages» consécutifs au risque que les intérêts privés de professeurs passent avant les intérêts généraux de la population (Mémorial 1996, p. 1443-1445). La gratuité est en effet une composante essentielle du don d'organes, propre à prévenir les risques d'abus (cf. BORGHI, op.cit. p. 9-13; SCHÖNING, op.cit. p. 270-279; voir également les «principes directeurs» 5 à 9 de la Résolution de 1991 de l'OMS; les art. 8 et 9 de la Résolution (78) 29 du Conseil de l'Europe; et l'art. 21 de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine de 1997).

e) Le système instauré par la loi de 1996 n'engendre aucune discrimination entre les patients des divisions privées et ceux qui séjournent dans les divisions communes. Selon les art. 2 et 3 de la loi, si une transplantation est décidée pour un patient privé, l'opération elle-même s'effectue dans les divisions communes. Il en va bien entendu de même pour les patients séjournant dans ces divisions communes. Le texte légal doit ainsi être compris en ce sens que tant le prélèvement d'organe que la transplantation ont lieu dans les divisions communes, et l'art. 2 al. 3 remplit donc précisément un objectif d'égalité. Lors des débats parlementaires, le président du Conseil

d'Etat genevois a relevé que telle est la règle de l'ensemble des hôpitaux universitaires suisses et que l'introduction de cet alinéa 3 a été décidée en vue d'«enlever toute coloration d'honoraires à ce qui doit rester un don, y compris dans la prestation faite par le corps médical et le corps soignant» (Mémorial 1996, p. 1446). La loi genevoise ne consacre dès lors aucune discrimination injustifiée.

11.— *Résumé; conclusions, frais*

Sur le vu de ce qui précède, il apparaît en résumé que la loi attaquée constitue une base légale suffisamment claire pour permettre aux particuliers de comprendre le sens et la portée de la nouvelle réglementation, et d'adapter leur comportement en conséquence. Le renvoi aux directives de l'ASSM, à propos de la définition du diagnostic de la mort, n'apparaît pas critiquable (consid. 7c), et la lecture du texte légal permet d'écarter le grief d'imprécision que le recourant soulève, tant à l'égard du système du consentement présumé qu'à l'égard d'autres points (définition du cercle des proches, délai de six heures pour former opposition, subsidiarité du consentement des proches, consid. 7b). La réglementation attaquée repose sur un intérêt public suffisant (consid. 8); elle respecte le principe de la proportionnalité, pour autant que la politique d'information projetée soit mise en place et que le devoir d'informer au sens étroit soit dûment précisé et concrétisé; la loi se prête, sur ce point, à une interprétation conforme à la Constitution (consid. 9). Il appartiendra toutefois au Conseil d'Etat de fixer, dans le règlement prévu à l'art. 5 de la loi, les modalités de la politique générale d'information à mettre en place, dans l'intérêt complémentaire des donneurs potentiels, de leurs proches, des receveurs potentiels et du personnel soignant; ce règlement devra aussi définir l'existence, la portée et les sanctions attachées au devoir spécifique d'information des proches (consid. 9e). Enfin, la réglementation attaquée ne porte pas atteinte au principe de l'égalité de traitement (consid. 10).

Compte tenu de l'importante réserve dont le présent arrêt est assorti — dans le sens d'une précision de jurisprudence — sur la question essentielle de l'information, le recours de droit public doit en l'espèce être rejeté au sens des considérants.