



## **Motion 22.3246 é Mo. Graf Maya. Encadrer par la loi le tri des patients pour l'accès aux soins intensifs, en prévoyant l'interdiction de discriminer les personnes handicapées**

Prise de position du Prof. Dr. iur. Bijan Fateh-Moghadam, Université de Bâle

### **I. La décision de tri des patients doit-elle être fixée au niveau de la loi?**

1. La médecine ne peut pas répondre à la question de savoir comment les ressources des soins intensifs vitales *doivent* être distribuées en cas de pénurie de ressources - il s'agit d'une question normative, c'est-à-dire éthique et juridique. La nature normative des décisions de répartition a fait l'objet d'intenses discussions dans le cadre de la procédure législative relative à la loi sur la transplantation (LTx). Dans le message concernant la LTx, le Conseil fédéral déclare ainsi:

*«Il s'agit d'accroître l'efficacité du traitement au niveau individuel, d'empêcher la survenance de dommages, de traiter équitablement ceux qui ont besoin d'un organe et de combattre l'inégalité des chances. Les décisions qui sont prises, en l'occurrence, se fondent sur de purs jugements de valeur. Ainsi, la thèse selon laquelle l'attribution des organes est régie par des critères médicaux est fautive: l'attribution obéit en réalité à des principes éthiques.»<sup>1</sup>*

2. Les décisions de tri concernant l'accès aux traitements de soins intensifs touchent des droits fondamentaux essentiels des patients concernés, notamment le droit fondamental à l'égalité des chances de participer aux ressources salvatrices des soins intensifs (art. 10 al. 1, art. 8 al. 1, art. 7 et art. 12 Cst.). Dans un État de droit démocratique, les dispositions importantes qui fixent des règles de droit sur la garantie des droits fondamentaux en matière de santé doivent être adoptées en forme d'une loi (art. 164 al. 1 Cst.). Cela s'applique en particulier lorsque l'attribution des ressources est de fait déjà guidée par des directives générales et abstraites, comme c'est le cas dans les soins intensifs. La nécessité de définir des critères de répartition au niveau de la loi a également été réfléchi dans le message concernant la LTx:

*«Il appartient au législateur et non au corps médical de définir les critères et la procédure d'attribution. Ce constat découle (...) directement de la constitution puisque la procédure d'attribution implique une décision touchant des droits fondamentaux des patients (...). Le législateur doit, pour le moins, définir les principes généraux auxquels devront obéir les critères d'attribution déterminants ainsi que la procédure d'attribution elle-même. Ces principes seront concrétisés au niveau de l'ordonnance.»<sup>2</sup>*

3. Les décisions de tri comportent des risques élevés de discrimination des patients en raison de leur handicap, de leur fragilité ou de leur âge.<sup>3</sup> Ce risque n'est pas atténué, mais renforcé par les directives de triage de l'ASSM<sup>4</sup>, qui régissent la pratique actuelle.

---

<sup>1</sup> Message concernant la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules (Loi sur la transplantation) du 12 septembre 2001, FF 2002 19, 106.

<sup>2</sup> Message concernant la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules (Loi sur la transplantation) du 12 septembre 2001, FF 2002 19, 107 sq.

<sup>3</sup> Concernant les risques de discrimination des personnes handicapées dans le tri, cf. la décision du Tribunal constitutionnel fédéral d'Allemagne BVerfG, décision du 16.12.2021 - 1 BvR 1541/20.

<sup>4</sup> «Triage en soins intensifs en cas de pénurie exceptionnelle de ressources. Orientation pour la mise en œuvre du chapitre 9.3. des directives « Mesures de soins intensifs » (2013)», version 4 du 23 septembre 2021.



- a) Avec le tri dit *préventif* et le tri dit *ultérieur*, les directives de l'ASSM recommandent une pratique illégale et punissable. Selon ces directives, les patients dont les chances de succès sont moindres, mais néanmoins réalistes, doivent être exclus des soins intensifs à un moment où les ressources ne sont pas encore entièrement épuisées (tri préventif). Même les patients déjà traités en soins intensifs doivent s'attendre à ce que leur traitement soit interrompu parce que le traitement d'autres patients promet statistiquement un meilleur résultat (tri ultérieur). Une telle interruption de traitement dans l'intérêt d'autrui ne peut pas être justifiée par le droit pénal. Les directives de l'ASSM ne complètent pas le droit pénal et le droit constitutionnel en vigueur, mais les bafouent.
- b) Les critères de non-admission définis principalement par l'âge et la fragilité des directives de l'ASSM sont discriminatoires à l'égard des personnes handicapées, fragiles et âgées (art. 8 al. 2 Cst.). Selon les directives de l'ASSM, l'âge, le handicap ou la démence ne doivent certes pas être «en soi» des critères qui peuvent être appliqués. Cependant, le critère de la *probabilité de survie relativement meilleure à court terme* confère précisément une importance décisive à ces critères. Les directives de l'ASSM ne considèrent pas seulement l'âge et la fragilité liée à l'âge comme des facteurs déterminants pour la détermination pronostique de la probabilité de survie, mais tiennent également compte des *comorbidités qui sont directement liées à leur handicap* pour les personnes handicapées.<sup>5</sup>
- En plus de la discrimination indirecte systématique par le critère du pronostic de réussite relativement meilleur, les critères dits de non-admission formulés dans les directives discriminent aussi directement les personnes fragiles et âgées. Ainsi, les personnes de plus de 65 ans sont exclues d'une façon forfaitaire de l'accès aux soins intensifs si elles présentent une fragilité moyenne (Clinical Frailty Scale (CFS) niveau 6); les personnes de plus de 75 ans sont déjà exclues si elles sont légèrement fragiles (CFS niveau 5).<sup>6</sup> Un tel lien direct avec un certain âge et un certain degré de fragilité pour une décision de vie ou de mort est anticonstitutionnel (art. 8 al. 2 Cst.)

4. Dans ce contexte réel d'une pratique mal orientée par des directives, le législateur a l'obligation de protection fixée par le droit fondamental, de prendre des dispositions qui empêchent une nouvelle discrimination des personnes handicapées, des personnes âgées et des personnes souffrant de maladies préexistantes (art. 8 al. 2 et 4 Cst., art. 35 Cst.). Le législateur devrait s'acquitter de cette obligation de protection en réglementant le tri au niveau de la loi.

5. Une procédure législative visant à réglementer le tri garantit le grand débat social nécessaire sur l'équité de la répartition des chances de survie en cas de pénurie de ressources due à une pandémie et aboutit à des directives démocratiquement légitimées pour le tri en soins intensifs. L'ancrage de prescriptions légales pour une répartition équitable des ressources médicales vitales s'est avéré juste dans le domaine d'application de la LTx.

## II. Comment assurer que les personnes ne sont pas discriminées en raison de leur handicap lors de la prise de telles décisions ?

<sup>5</sup> «Triage en soins intensifs en cas de pénurie exceptionnelle de ressources. Orientation pour la mise en œuvre du chapitre 9.3. des directives « Mesures de soins intensifs » (2013)», version 4 du 23 septembre 2021, 5. Là il s'agit de directives qui ne seraient pas compatibles avec la réglementation légale du tri en Allemagne dans le § 5c de la loi sur la protection contre les infections.

<sup>6</sup> Triage en soins intensifs en cas de pénurie exceptionnelle de ressources. Orientation pour la mise en œuvre du chapitre 9.3. des directives « Mesures de soins intensifs » (2013)», version 4 du 23 septembre 2021, 7 sq.



1. Pour garantir une protection efficace contre la discrimination, une réglementation légale de la répartition des ressources limitées en soins intensifs devrait avant tout définir de manière négative les critères d'attribution qu'il ne faut pas prendre en compte.

2. Le critère de la probabilité de survie relativement meilleure, qui est déterminant dans les directives de l'ASSM, n'est pas compatible avec une attribution équitable et non discriminatoire des ressources en soins intensifs. L'orientation unique sur la probabilité de réussite relativement meilleure conduit à une position systématiquement défavorable des personnes handicapées. Dans le débat sur la répartition équitable des organes à des fins de transplantation, on a reconnu la tension entre la maximisation de l'utilité médicale et l'équité ; il ne faut pas revenir aujourd'hui en arrière de ce point de discussion:

*«Appliqué au pied de la lettre, le critère de la maximisation de l'utilité médicale aurait pour effet de faire des patients à risque ainsi que des patients (...) âgés, des laissés pour compte ou presque lors de l'attribution. Aussi ce critère d'attribution, s'il devait avoir la primauté, voire l'exclusivité, poserait-il des problèmes extrêmement épineux.»<sup>7</sup>*

3) La tâche d'une réglementation légale du tri consisterait donc à établir un rapport approprié entre l'objectif d'une utilisation efficace et orientée vers les bénéfices des soins intensifs d'une part et, d'autre part, l'objectif concurrent d'une répartition juste et équitable de ces ressources.<sup>8</sup> La manière de résoudre concrètement ce rapport de tension devrait justement faire l'objet des consultations parlementaires et ne doit pas être définie ici de manière définitive. Étant donné que chaque vie a la même valeur et que l'enjeu est le même pour chaque patient, indépendamment du degré de probabilité de succès, un ordre de répartition légal ne doit en aucun cas priver quiconque de ses chances.

---

<sup>7</sup> Message concernant la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules (Loi sur la transplantation) du 12 septembre 2001, FF 2002 19, 108 sq.

<sup>8</sup> Cf. également le message concernant la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules (Loi sur la transplantation) du 12 septembre 2001, FF 2002 19, 108 sq.