

Prise de décision politique concernant les mesures d'endiguement de la pandémie de SARS-CoV-2 : point de vue éthique

Prise de position n° 38/2021

Berne, le 15 mars 2021

Contenu

Remarque préliminaire	2
Résumé	2
1. Contexte	4
2. Fondements	5
2.1 Perspective éthique	5
2.2 Décider et agir dans l'incertitude	6
2.3 Arbitrages	7
3. Considérations éthiques	8
3.1 Discussion éthique de la pandémie de SARS-CoV-2	8
3.2 Protection de la vie et de la santé	9
3.3 Personnes particulièrement vulnérables et dignes de protection	11
3.4 Principe de proportionnalité	12
3.5 Solidarité internationale	14
Annexe : Chronologie des mesures et des décisions pertinentes depuis le début de l'année 2020	15

Remarque préliminaire

Selon l'art. 28 de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), la Commission nationale d'éthique dans le domaine de la médecine humaine (CNE) « suit l'évolution dans les domaines des techniques de procréation et du génie génétique en médecine humaine et donne des avis consultatifs d'ordre éthique sur les questions sociales, scientifiques et juridiques qui en résultent ». De manière plus générale, elle « suit les développements scientifiques et leurs applications dans les domaines de la santé et de la maladie chez l'être humain » et conseille, sur demande, le Parlement, le Conseil fédéral et les cantons (art. 1 de l'ordonnance sur la Commission nationale d'éthique dans le domaine de la médecine humaine).

Dans un courrier du 23 février 2021, le Conseil fédéral confie à la CNE le mandat de se prononcer, d'un point de vue éthique, sur différents aspects de la question de savoir dans quelle mesure la stratégie suivie jusqu'à présent par le Conseil fédéral et les mesures prises pour faire face à la pandémie de COVID-19 se justifient et où des améliorations sont nécessaires. Le mandat porte sur des questions éthiques de nature générale. Comme celles-ci concernent une crise dans laquelle les questions de santé figurent au premier plan, elles relèvent du domaine de compétence de la CNE. La commission remercie le Conseil fédéral pour ce mandat et, consciente de sa responsabilité sociopolitique, prend position sur les questions qui lui sont adressées.

La CNE souligne que son rôle, tel qu'elle le conçoit, consiste à éclairer les aspects éthiques et les conditions générales de la situation dans laquelle s'inscrivent les décisions passées et à venir, mais pas à se prononcer sur la pertinence politique des mesures concrètes. Ces décisions peuvent et doivent être prises sur la base de fondements éthiques auxquels le présent document est consacré. Mais elles doivent aussi toujours tenir compte des multiples réalités pragmatiques, politiques et scientifiques et prendre en considération les besoins et les opinions de la population.

Résumé

La CNE considère que les décisions prises en réponse à la pandémie doivent tenir compte des considérations fondamentales ci-après :

- 1) **Proportionnalité** : le principe de proportionnalité exige que les restrictions à la liberté qui affectent toutes les personnes soient justifiées par l'intérêt public. De telles restrictions ne peuvent être légitimées que pour une période limitée, et leur proportionnalité doit être régulièrement réexaminée. Plus la pandémie se prolonge et nous permet d'accumuler des connaissances et de l'expérience, plus il devient important que les mesures visant à la combattre aient une portée et une efficacité aussi spécifiques que possible. L'objectif devrait être de protéger spécifiquement les groupes identifiés comme particulièrement vulnérables. L'arrivée des vaccins, la généralisation des tests (rapides), l'existence de mesures de protection faciles à mettre en œuvre comme le port du masque ou le respect des distances et l'amélioration des connaissances sur les probabilités d'infection ont considérablement changé la donne à cet égard par rapport au début de la pandémie il y a un an. Le respect du principe de proportionnalité oblige à tenir compte de ces changements.

- 2) **Pesée des biens** : le caractère différent des biens en jeu doit être pris en compte lors de leur pesée. Certains de ces biens (la vie, la santé, la socialité, p. ex.) constituent des conditions indispensables pour pouvoir jouir des autres (le revenu, la propriété, la nourriture, p. ex.). Les tensions qui surviennent lors de la pondération des biens ne sauraient être résolues indépendamment du contexte spécifique. C'est pourquoi il faut traiter ces controverses de la manière la plus ouverte possible et procéder chaque fois à une nouvelle pesée en tenant compte du contexte de la décision.
- 3) **Justice** : la protection du droit à la vie, des libertés individuelles et de la santé, en tant que ces éléments représentent des conditions importantes pour pouvoir mener une vie bonne, constitue un devoir et un objectif central de l'État. Les restrictions qui sont apportées à la liberté pour lutter contre la pandémie ne peuvent se justifier qu'au regard de ce devoir et de cet objectif. À moyen et à long terme, elles peuvent toutefois elles-mêmes mettre en danger la santé, voire la vie. En effet, l'autodétermination, l'intégration sociale et la participation à la vie sociale sont des conditions indispensables à une vie saine au sens large. Dans ce contexte, les décisions politiques et la communication publique ne doivent être guidées ni par une vision étroite et exclusivement médicale ni par une conception purement épidémiologique de la pandémie. Elles doivent au contraire tenir compte suffisamment de la question de la solidarité entre les générations et des conséquences sociales, sociétales, économiques et psychologiques à moyen et à long terme des mesures de lutte contre la pandémie, notamment en ce qui concerne la justice intergénérationnelle. Elles doivent également prendre en considération le fait que la pandémie et les mesures gouvernementales visant à la combattre ont conduit à une aggravation significative des inégalités sociales existantes et à l'apparition de nouvelles inégalités. Enfin, la solidarité internationale et interétatique représente un aspect qui ne doit pas être ignoré, car une pandémie mondiale ne peut, en définitive, être combattue durablement qu'à l'échelle mondiale. Une évaluation de la justice des mesures prises doit également intégrer cette perspective.
- 4) **Vulnérabilité** : un des aspects de la justice est que les conséquences des mesures de lutte contre la pandémie sur les différents groupes sociaux ne doivent pas uniquement être discutées du point de vue des conflits qui peuvent exister entre les revendications légitimes des différents groupes. Au contraire, il importe de considérer également la vulnérabilité de ces groupes et d'y apporter une réponse de façon égale et, si possible, simultanée. Il faut suivre une stratégie qui, par exemple, permette à la fois de protéger de manière adéquate les groupes à risque et de répondre aux besoins spécifiques des enfants et des adolescents, qui souffrent particulièrement des restrictions en vigueur. La vulnérabilité des groupes concernés par les mesures restrictives doit être considérée de manière différenciée.
- 5) **Action dans l'incertitude et communication** : l'action gouvernementale constitue, à bien des égards, une action menée dans l'incertitude, et les conditions spécifiques d'une pandémie viennent amplifier considérablement la portée de ce constat. L'incertitude concernant les *conditions* futures de la décision et de l'action est renforcée par la méconnaissance des *conséquences* de l'action politique. En l'absence de connaissances fiables, ce n'est souvent qu'après coup que l'on peut savoir si les décisions prises reposaient sur des

bases adéquates et si les critères d'évaluation étaient efficaces. Cette situation ne changera pas dans un avenir prévisible. L'accompagnement scientifique de la prise de décision et la communication transparente de toutes les bases de décision n'en demeurent que plus importants. Dans l'esprit d'une culture positive de l'erreur, elle doit permettre d'identifier les erreurs d'appréciation et la nécessité d'adapter les décisions tout en montrant quels objectifs ont été atteints et comment les connaissances acquises peuvent être intégrées dans les décisions futures, même au-delà de la pandémie. Bien entendu, la science connaît aussi des incertitudes et des controverses. Elles doivent être abordées d'une manière ouverte, critique et constructive, qui permette de communiquer les bases et les critères des décisions de manière exhaustive et appropriée à toutes les parties prenantes, aux différentes instances de décision et au public, tout en reconnaissant leur caractère provisoire. Les objectifs poursuivis par les mesures de lutte contre la pandémie doivent donc être constamment réexaminés en fonction des données scientifiques disponibles concernant la situation épidémiologique et l'évolution du virus ou de ses variants. Les stratégies déployées doivent être compréhensibles pour tous à la lumière de ces objectifs.

1. Contexte

Les présentes réflexions éthiques de la CNE s'appuient sur l'examen des principales mesures prises par le Conseil fédéral et les autorités de la Confédération dans le contexte de la pandémie de SARS-CoV-2. Les décisions et les événements de l'année écoulée que la commission juge les plus importants sont résumés dans l'annexe au présent document.

Quatre phases peuvent être distinguées en ce qui concerne l'évolution de la pandémie à ce jour en Suisse : la première vague de la pandémie en hiver et au printemps 2020 ; la baisse des taux d'infection et de mortalité au cours de l'été 2020 ; la deuxième vague, plus massive, de la pandémie en automne et en hiver 2020 ; et enfin la phase actuelle, marquée par les espoirs liés à l'arrivée des premiers vaccins, mais aussi par les problèmes que posent la propagation de souches virales mutantes et les retards dans la livraison des vaccins. Les mesures politiques prises durant les deux vagues pandémiques pendant les périodes hiver/printemps et automne/hiver 2020 ont suivi les stratégies de l'endiguement (*containment*) et de l'atténuation (*mitigation*). L'accent a été mis sur les *restrictions structurelles à la liberté* (entraves à la liberté de circulation et de réunion ainsi qu'à l'exercice des activités professionnelles, sportives et culturelles), sur les *mesures de protection individuelle* prises par les particuliers (distance physique, traçage numérique des contacts, obligation de port du masque, mesures d'hygiène, télétravail, etc.), sur les *mesures visant à protéger les personnes et les groupes vulnérables*, par exemple dans les établissements de soins de longue durée, ainsi que sur les *mesures structurelles de sécurité*, notamment en vue de maintenir les capacités sanitaires au moment du pic du nombre d'infections (augmentation de la capacité des soins intensifs, directives de l'ASSM sur le triage, etc.). À la différence de la première *phase de transition* de l'été 2020, une caractéristique de la phase de transition actuelle est l'existence d'une mesure de prévention médicale efficace pour lutter contre le virus, à savoir le lancement de la campagne de vaccination à la fin de l'année 2020.

Sur la base de l'art. 6 de la loi du 28 septembre 2012 sur les épidémies (LEp), le Conseil fédéral a d'abord déclaré, le 28 février 2020, l'état de « situation particulière ». Confronté à l'évolution rapide de la pandémie, il a ensuite déclaré, le 16 mars 2020, l'état de « situation extraordinaire », d'abord jusqu'au 19 avril, puis jusqu'au 26 avril 2020 (art. 7 LEp). Les mesures décidées et appliquées pendant cette situation extraordinaire n'ont pas été fondamentalement différentes de celles adoptées par les autres pays européens. Les différents pays se sont inspirés les uns des autres, reprenant parfois des mesures qui n'avaient pas nécessairement fait l'objet d'un examen critique quant à leur efficacité et à leur adéquation (ou qui, faute de connaissances suffisantes, n'avaient pas pu faire l'objet d'un tel examen).

Les mesures prises lors de la deuxième vague de la pandémie en automne et hiver 2020 diffèrent de celles du printemps 2020 sur deux points. D'abord, malgré les conséquences plus massives de la pandémie, le Conseil fédéral n'a pas à nouveau décrété la situation « extraordinaire » et a donc laissé aux cantons l'essentiel des compétences gouvernementales en matière de décision et d'action. Ensuite, contrairement aux pays voisins, la Suisse n'a eu recours à aucune des mesures restrictives suivantes au cours de la deuxième vague de la pandémie : restrictions générales de sortie, restrictions temporaires de sortie (couvre-feu), restrictions de circulation (interdictions de sortir d'une certaine zone), interdiction générale d'enseignement dans les écoles et restriction des services à la personne (y compris la fermeture des hôtels). Même lorsque les taux d'infection et de mortalité ont atteint des niveaux nettement plus élevés que lors de la première vague et même lorsque la Suisse a eu à déplorer un nombre comparativement très élevé de décès par rapport à sa population, aucune mesure supplémentaire de restriction des libertés n'a été décidée, l'objectif principal restant d'éviter une surcharge du système de santé. Ainsi, pour ce qui est de l'arbitrage entre la liberté et la sécurité, il apparaît que la Suisse – y compris en comparaison avec de nombreux autres pays européens – accorde plus de poids aux libertés individuelles, malgré le risque accru qui en découle, qu'à la protection par des mesures collectives de sécurité.

2. Fondements

2.1 Perspective éthique

De par son caractère *étatique*, l'action de l'État est fondée sur le droit en vigueur et liée par celui-ci. En tant qu'elle constitue une *action*, c'est-à-dire une pratique intentionnelle guidée par des règles, elle revêt également une dimension éthique. L'éthique ne s'interroge pas, comme le fait le droit, sur la *légalité* (ou la conformité juridique) d'une action, mais sur sa *légitimité*. Une pratique est légitime si elle peut être étayée de manière argumentée et discursive et justifiée au regard d'un système de normes éthiques généralement acceptées. Le droit et l'éthique s'inscrivent ainsi dans une relation de référence mutuelle et de complémentarité.

Du point de vue éthique, toute action et toute pratique collective, y compris l'appréciation politique de la situation, se caractérise notamment par quatre aspects. Elle est fondée sur des principes (déontologie), axée sur les conséquences (conséquentialisme), orientée vers des biens (téléologie, éthique des biens) et liée à certaines exigences concernant les agents (éthique de la vertu). Une approche qui fait autorité depuis plusieurs années dans le domaine

de l'éthique médicale et de la bioéthique se focalise sur les quatre principes que sont le *respect de l'autonomie*, la *non-malfaisance*, la *bienfaisance* et la *justice*. Ces principes, qui ne sont pas absolus et qui peuvent donc entrer en conflit les uns avec les autres, indiquent l'équilibre qui doit être trouvé entre le respect de la liberté (de la personne), le souci d'éviter les conséquences négatives des décisions et des actions, la recherche positive des fins et des biens et enfin la justice conçue comme adéquation, proportionnalité et réciprocité par rapport aux attentes et aux intérêts de l'ensemble de la société. Dans un État de droit libéral, la primauté accordée à la liberté oblige non seulement à garantir et à protéger la liberté de la personne, mais aussi à faire en sorte que chaque personne puisse faire usage de cette liberté et soit en mesure de mener sa vie de façon libre et autodéterminée. Les ressources nécessaires à cette fin doivent, quant à elles, être réparties de manière adéquate et équitable, en tenant compte de la diversité des situations et des besoins des membres de la société.

Ces quatre principes de même niveau formulent des revendications éthiques incontournables, mais qui sont souvent en conflit les unes avec les autres et entre lesquelles il est par conséquent nécessaire de procéder à un arbitrage dans une situation concrète d'appréciation, de décision ou d'action. Dans la perspective libérale, la priorité est de garantir la liberté et les possibilités de réalisation de la personne tout en garantissant les libertés et les possibilités de réalisation de toute autre personne.

2.2 Décider et agir dans l'incertitude

La pandémie de SARS-Cov-2 confronte la politique, la société, la science et la médecine à une imprévisibilité et une incertitude considérables. Les décideurs et les institutions concernés ne peuvent compter ni sur des connaissances suffisamment sûres et scientifiquement établies (*know that*) ni sur des expériences pratiques évaluées et validées (*know how*) pour lutter contre la pandémie. Les décideurs doivent apprécier la situation, prendre leurs décisions et agir dans des conditions d'ignorance et d'imprévisibilité qu'ils avaient rarement rencontrées jusqu'alors. Ces limites de notre capacité de connaissance et d'action dans le contexte de la pandémie de COVID-19 sont toutefois difficiles à admettre et à reconnaître pour notre société, tant est ancré le postulat culturel qui veut que l'être humain, grâce à sa maîtrise scientifique et technique, peut exercer un contrôle suffisant sur les différents phénomènes naturels. Le défi que représente la nécessité de prendre des décisions sans pouvoir compter sur des connaissances et des expériences suffisamment étayées se manifeste notamment dans la diversité des opinions et des évaluations formulées au sujet des mesures ordonnées et de leur bien-fondé. Dans ce contexte, le fait que l'on ne puisse pas ne pas agir et que les décisions, précisément lorsqu'elles ont été couronnées de succès, peuvent rétrospectivement être jugées trop strictes constitue un dilemme auquel il n'est pas possible d'échapper. C'est vrai pour les particuliers comme pour les décideurs politiques et les institutions politiques et sociales.

Les évolutions rapides et incessantes de la situation obligent par ailleurs les responsables à apprécier la situation et à prendre des décisions dans des délais particulièrement courts. Les formes et les modalités d'infection peuvent changer de manière significative en peu de temps. L'incertitude concernant les *conditions* futures de la décision et de l'action est renforcée par la méconnaissance des *conséquences* de l'action politique. Outre les possibilités très limitées, sur le plan virologique et épidémiologique, de prévoir les variants du virus et leur propagation

ou les effets des mesures médicales dans des conditions réelles, il est difficile de déterminer à l'avance quelles seront les conséquences pour le système de santé, pour la population et pour la situation économique et sociale. De plus, la diffusion en temps réel des informations à l'échelle mondiale fait que les *réactions de la population* aux décisions politiques peuvent évoluer rapidement et de manière inattendue et sont, par conséquent, difficiles à anticiper. À cela s'ajoute le fait que la probabilité d'infection varie selon les situations sociales. Ce contexte rend particulièrement importantes et souhaitables des caractéristiques qu'il est par ailleurs difficile d'exiger du point de vue politique, notamment l'aptitude à supporter l'ambivalence ou à valoriser une maîtrise du pouvoir discrétionnaire de l'État. Une culture positive de l'erreur est, elle aussi, importante : agir dans l'incertitude conduit à des erreurs d'appréciation et à des décisions qui devront être révisées. Une culture de la discussion et de la communication, qui aborde ces évolutions sans partis pris et qui s'efforce d'intégrer dans les décisions futures les enseignements tirés d'erreurs d'appréciation, accroît leur acceptation.

De manière plus concrète, cela signifie qu'à l'instar de la procédure d'autorisation des vaccins, les mesures gouvernementales de lutte contre la pandémie sont, elles aussi, soumises à une sorte de procédure d'examen en continu, qui peut être comprise comme une forme d'apprentissage par la pratique. Étant donné que les acteurs étatiques ne disposent pas de connaissances et d'expériences suffisantes, les critères d'évaluation et de décision ne peuvent être obtenus que de manière empirique. Un accompagnement scientifique des mesures gouvernementales, notamment sous la forme d'une collecte et d'une évaluation méthodiques des données, d'un recours aux enseignements de la théorie de la décision et de la réalisation d'études d'impact, s'avère dès lors indispensable. Les connaissances ainsi acquises doivent être expliquées et communiquées de manière transparente à la société et aux responsables politiques et être utilisées pour la prise de décisions concrètes.

La dynamique des mesures gouvernementales de lutte contre la pandémie représente un défi pour la communication politique et scientifique. Le lien habituellement établi entre continuité et confiance ou entre changement et méfiance se reflète clairement dans les réactions de la population. À rebours de la perspective irréaliste selon laquelle il serait possible de surmonter la pandémie sans conséquences sociales et économiques à long terme, la société et la politique se trouvent impliquées dans un vaste processus d'apprentissage qui suppose d'anticiper la dynamique du changement et de l'intégrer dans la vie quotidienne des gens. Les changements dans les attitudes, les attentes et les ressources nécessaires à la cohésion et à la confiance au quotidien exigent des efforts particuliers en matière d'information et de communication. Ils supposent également de renforcer les ressources sociales et sociétales qui sont indispensables pour absorber et mener à bien de tels changements. C'est la raison pour laquelle les efforts permanents déployés par les responsables politiques pour que les mesures soient comprises et acceptées par la population jouent un rôle central. Car c'est bel et bien le comportement de la population qui, en définitive, permettra de contenir efficacement la pandémie.

2.3 Arbitrages

Pour un État libéral, la sécurité est liée à la liberté de deux manières : de manière négative, car les restrictions apportées à la liberté ne sont admissibles que si elles permettent de protéger les libertés en général ; de manière positive, car la sécurité sert à garantir et à promouvoir

pour chaque personne l'exercice et la réalisation de ses droits à la liberté. Dans le contexte de la pandémie de SARS-Cov-2, l'action de l'État doit tenir compte de la tension éthique qui existe entre les deux objectifs que sont la *liberté* et la *sécurité* ou le *risque*, mais aussi de la nécessité permanente de procéder à des arbitrages entre les différents risques et leurs horizons temporels respectifs.

Dans un État de droit libéral, la politique vise à donner à la population la possibilité de mener une vie bonne, de manière libre, socialement intégrée et responsable. La *protection de la vie*, l'*intégrité physique*, la *liberté*, la *santé* et l'*intégration sociale (participation)* constituent des conditions essentielles à la réalisation de cet objectif. L'obligation particulière pour l'État de protéger ces biens découle du fait qu'ils représentent des conditions nécessaires à la réalisation des projets de vie personnels et communs. La vie et la santé font ainsi partie de ce que l'on appelle des biens conditionnels. Selon l'*éthique des biens*, l'importance primordiale des biens conditionnels que sont la vie et la santé durant une pandémie est de nature à justifier la priorité que l'État accorde à la protection de la santé sur la protection de la liberté dans cette situation spécifique. La restriction ainsi apportée au bien de la liberté ne se justifie toutefois qu'aussi longtemps et pour autant que les risques pour la santé de la société dans son ensemble menacent de façon sérieuse et substantielle l'exercice des libertés individuelles. La priorité accordée de manière ponctuelle à la protection de la santé vise à garantir les conditions qui sont indispensables à l'exercice par l'individu de ses libertés (à l'avenir).

La valeur des biens individuels que sont la vie et la santé (ou un niveau minimal de santé) n'existe pas pour l'individu indépendamment des objectifs de vie et des opportunités qu'il veut et peut réaliser grâce à eux. Et la réalisation de ces objectifs et de ces opportunités dépend de façon essentielle d'un ensemble de conditions et de ressources matérielles, principalement des biens sociaux que sont une économie et une sphère politique performantes ainsi qu'une infrastructure institutionnelle, un système de formation et une vie culturelle adéquats. La hiérarchie entre les différents biens peut, dans une situation concrète, faire l'objet de désaccords au même titre que l'évaluation des biens affectés par une mesure et leur pesée. C'est la raison pour laquelle les arbitrages qui sont opérés entre ces différents biens doivent être réexaminés en permanence de façon à déterminer si les restrictions apportées à un bien au profit d'un autre sont toujours justifiées sur le plan éthique et proportionnées du point de vue juridique.

3. Considérations éthiques

3.1 Discussion éthique de la pandémie de SARS-CoV-2

Depuis le début de la pandémie de SARS-Cov-2, la CNE s'est exprimée à diverses occasions sur les questions éthiques liées aux mesures gouvernementales visant à la contenir et à la combattre :

- 27.3.2020 : Communiqué de presse : Pandémie de corona : du point de vue éthique la protection de la vie et la solidarité sont au centre ;
- 6.4.2020 : Prise de position n° 33/2020 : Le traçage numérique des contacts, instrument de lutte contre la pandémie : aspects centraux dans une perspective éthique ;

- 8.5.2020 : Prise de position n° 34/2020 : Protection de la personnalité dans les établissements de soins de longue durée : considérations éthiques dans le contexte de la pandémie de coronavirus ;
- 22.12.2020 : Communiqué de presse : Vaccin contre le COVID-19 : la CNE soutient les modalités de distribution élaborées par l'OFSP et la CFV ;
- 11.2.2021 : La vaccination contre le COVID-19 : considérations éthiques sur des questions fondamentales et des domaines spécifiques d'application. Résumé et recommandations ;
- voir aussi : Questions éthiques : OFSP, Plan suisse de pandémie Influenza : stratégies et mesures pour la préparation à une pandémie d'Influenza, 5^e édition, Berne, 2018, p. 92-99.

S'appuyant sur les considérations factuelles et méthodologiques préliminaires, la discussion éthique sur les mesures gouvernementales de lutte contre la pandémie se concentre sur trois questions : 1. *Quel niveau de sécurité est-il souhaitable d'obtenir au détriment de la liberté ou, inversement, quel niveau d'insécurité est-il acceptable de tolérer au profit de la liberté ?* 2. *Quel est le niveau de risques que la population et les responsables politiques sont prêts à accepter à la lumière de leurs propres intérêts ou des intérêts de leur groupe avant que l'État n'intervienne et, inversement, quels risques sont à ce point inacceptables pour la société et les responsables politiques que des mesures restrictives – même au détriment d'intérêts particuliers – deviennent indispensables ?* Et 3. *Comment ces arbitrages doivent-ils être conçus et décidés pour que les coûts et les opportunités soient répartis de façon équitable entre l'ensemble des acteurs et des groupes sociaux ?*

3.2 Protection de la vie et de la santé

L'importance particulière de la protection de la vie et de la santé est fondée sur le droit à la vie, lequel est protégé par les droits de l'Homme et les droits fondamentaux. La vie, quelle que soit sa valeur subjective, est placée sous la protection objective de la loi. Les tâches étatiques de protection de la santé et du système de santé sont, quant à elles, fonctionnellement liées à ce droit à la vie et au bien que représente le fait de pouvoir mener une vie bonne. C'est cette caractéristique qui leur confère une importance particulière. Comme l'exprime la CNE : « La santé est comprise comme un bien transcendantal ou une condition de possibilité au sens où elle doit être donnée pour que de nombreux autres biens de la vie puissent se réaliser [...]. C'est la raison pour laquelle elle devrait jouir d'un statut particulier dans la hiérarchie des biens que doit promouvoir la politique. Cela se manifeste de façon particulièrement claire en période de pandémie, lorsque de temps à autre, même des restrictions à des droits fondamentaux sont politiquement acceptées au nom de la santé publique¹. »

La protection du droit à la vie, de la santé et des libertés individuelles en tant que fondements de la vie bonne constitue un devoir et un objectif central de l'État. Si ces obligations sont irremplaçables et que l'une ne peut pas compenser les autres, elles peuvent néanmoins entrer en conflit dans des situations spécifiques. En ce qui concerne la protection de la santé dans une situation de pandémie, la CNE rappelle : « La santé publique relève typiquement de l'intérêt public et peut ainsi justifier des restrictions des droits fondamentaux des individus, à condition que celles-ci soient fondées sur une base légale et proportionnelle au but visé (art. 36 Cst.). Lors de l'examen d'un tel conflit entre droits fondamentaux, il faut garder à l'esprit que la santé publique protège en définitive aussi d'autres droits fondamentaux, en l'occurrence les

¹ CNE, Le prix des médicaments : considérations sur l'accès équitable aux nouveaux médicaments onéreux. Prise de position n° 35/ 2020, Berne, 2 juillet 2020, p. 18.

droits élémentaires à la vie et à l'intégrité physique (art. 10, al. 1 et 2, Cst.). [...] Dans ce contexte, la liberté personnelle constitue également un bien fondamental à protéger, tandis que la poursuite de l'activité économique et le bon fonctionnement des institutions publiques ainsi que des établissements de santé publique garantissent la protection des biens fondamentaux². »

La dimension temporelle joue un rôle décisif dans l'évaluation éthique des mesures. Dès mars 2020, la CNE soulignait dans un communiqué de presse : « Dans une situation de pandémie, la protection de la vie, la justice, la liberté, la responsabilité et la solidarité sont aussi à placer au centre de toute appréciation éthique. » Dans la situation actuelle, il est notamment « nécessaire de peser très soigneusement la protection de la santé et les conséquences à long terme, y compris celles liées à la santé, qui pourraient affecter particulièrement les membres les plus fragiles de la société, en raison du préjudice économique causé par les mesures prises ». Les restrictions actuelles à la liberté sont justifiées « afin d'éviter d'autres entraves à la liberté [...] et afin de pouvoir limiter les mesures prises à un laps de temps aussi court que possible. De telles restrictions supplémentaires de la vie publique et privée aggraveraient les problèmes déjà croissants liés à l'isolement social, à l'insécurité économique et au manque d'exercice physique – à savoir, la violence domestique ainsi que les maladies mentales et somatiques – et contribueraient ainsi à accroître les dommages sanitaires et économiques causés par la pandémie³. »

À moyen et à long terme, les restrictions apportées à la liberté dans le but d'assurer la protection de la vie et de la santé ont non seulement des effets politiques, sociaux, économiques et culturels, mais peuvent elles-mêmes mettre en danger la santé, voire la vie. L'autodétermination, l'intégration sociale et la participation à la vie sociale sont en effet des conditions indispensables à une vie saine au sens large. La responsabilité et la solidarité, auxquelles la CNE accorde une importance centrale et auxquelles les responsables politiques font, eux aussi, publiquement appel, présupposent la liberté personnelle *de* prendre des responsabilités et *de* faire preuve de solidarité.

L'extension problématique des restrictions à la liberté dans le temps a été favorisée par la dépendance des responsables politiques à l'égard des évaluations et des prévisions des spécialistes en virologie et en épidémiologique, dépendance qui s'est accrue au cours de la première vague de la pandémie. Une logique étroitement médicale a imprégné non seulement la façon dont les responsables politiques ont évalué la situation et pris leurs décisions, mais encore la conception même des mesures gouvernementales. En conséquence, d'importants aspects sociaux ont été insuffisamment pris en compte, voire complètement ignorés. Alors même que la possibilité pour la population de comprendre et de mettre en œuvre les prescriptions gouvernementales, la question de la solidarité entre les générations et les conséquences sociales, sociétales, économiques et psychologiques à moyen et à long terme des mesures de lutte contre la pandémie nécessitent une attention de tous les instants, la situation de crise alimente une tendance à se concentrer sur les conséquences à court terme et à négliger l'impact à moyen et à long terme sur la substance de la société. Cette tendance devient d'autant

² CNE, Le traçage numérique des contacts, instrument de lutte contre la pandémie : aspects centraux dans une perspective éthique. Prise de position n° 33/ 2020, Berne, 6 avril 2020, p. 9.

³ CNE, Pandémie de corona : du point de vue éthique la protection de la vie et la solidarité sont au centre, Berne, 27 mars 2020

plus problématique que la crise dure, voire s'installe. Enfin, il faut souligner que les biens que sont la vie et la santé doivent également être pris en compte dans la mesure où la prévention des décès et des maladies graves (mortalité et morbidité) occupe une place prépondérante dans les critères des décisions politiques.

3.3 Personnes particulièrement vulnérables et dignes de protection

Les art. 10b s. et l'annexe 6 de l'ordonnance 2 COVID-19⁴ définissaient les « catégories de personnes vulnérables » et les obligations des employeurs à leur égard sur leur lieu de travail. Le Conseil fédéral faisait appel à des définitions et à des critères médicaux pour fonder d'importantes restrictions à la liberté qui, parce qu'elles portent atteinte à des droits fondamentaux, nécessiteraient une justification particulière. Cette façon de fonder des décisions et des actions de nature *politique* sur des catégories de nature exclusivement *médicale* a eu des conséquences majeures : l'intention initiale du recours à la notion de vulnérabilité, qui était d'établir des droits spéciaux à la reconnaissance, à la sollicitude et à la solidarité sur la base de besoins médicaux et sociaux, a été largement perdue de vue par la suite. La vulnérabilité a été avant tout associée à un risque accru de développer une forme grave de COVID-19 et en est venue à désigner un état de précarité de personnes exposées, en grande partie sans protection, aux mesures gouvernementales. Cette situation a été aggravée par le fait que les restrictions strictes apportées aux libertés et aux possibilités de contacts ont considérablement limité ou même rendu impossible le soutien et la solidarité des parents et des proches. C'est ainsi que les personnes qui, du fait de leur vulnérabilité, auraient eu le plus besoin de soutien sont devenues le groupe social le plus isolé. Faisant référence aux résidents des établissements de soins de longue durée, la CNE affirme :

« Dans le contexte de la pandémie, [ces résidents] ont dû, pour leur propre protection, pour celle des autres résidents et pour celle du personnel, se conformer à des règles revenant pour eux *de facto* à être privés de leur autodétermination pour des décisions personnelles essentielles. [...] Dans le cas d'une incapacité de discernement, en particulier, les proches parents, les représentants légaux ou des membres des autorités doivent avoir accès à la personne concernée, dans la mesure où ils exercent pour elle, tout au moins pour les premiers, des droits strictement personnels. Ces droits concernent le consentement aux mesures médicales, les transferts, l'information relative à des mesures limitatives de la liberté inévitables, leurs motifs, leur étendue et, surtout pour des traitements forcés, l'indication des moyens de recours. Le contact personnel est alors souvent indispensable, par exemple si d'importantes décisions doivent être prises et que le représentant d'un résident doit pouvoir juger en personne de la situation de ce dernier pour faire le bon choix. [...] Il y a lieu, même si l'on a affaire à des personnes capables de discernement, de procéder à une pesée des intérêts aux plans éthique et juridique entre une interdiction des visites et la préservation du lien social dans le cadre du cercle familial restreint. Le respect des droits de la personnalité suppose aussi que les personnes qui vivent en institution puissent participer à la détermination du risque qu'elles sont disposées à courir dans les contacts avec des proches parents, des amis et des thérapeutes.

⁴ Ordonnance 2 du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) (Ordonnance 2 COVID-19), RS 818.101.24. Cette ordonnance a été abrogée le 22 juin 2020 et n'est plus en vigueur. Voir : www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2020/141/fr

Et pour qu'elles soient en mesure de le faire, il faut, d'une part, leur expliquer en toute transparence la situation prévalant dans l'établissement et d'autre part les informer des différentes options s'offrant à elles. D'un point de vue éthique, il faut avant tout déterminer si une personne, par son comportement, court un risque pour elle-même ou fait courir un risque à d'autres⁵. »

Au début de la pandémie, il s'est avéré parfois difficile de tenir suffisamment compte du « bien-être du plus faible » dans la réponse gouvernementale à la situation. L'adoption d'une définition médicale de la vulnérabilité a toutefois eu un autre effet problématique. Elle a presque complètement détourné l'attention des autres groupes sociaux vulnérables qui étaient particulièrement touchés par la situation : les enfants, les adolescents, les mères et les pères célibataires, les familles vivant dans une situation de précarité socio-économique ou de difficultés psychosociales, mais aussi des malades chroniques dont les traitements ont parfois considérablement été repoussés. Le caractère trop étroit et déséquilibré de l'attention politique a empêché de tenir compte de façon équitable de la situation des différents groupes vulnérables de la société. La question n'est pas de chercher à opposer les groupes de personnes vulnérables les uns aux autres, mais de répondre de manière équitable et, si possible, simultanée à leurs besoins. Concrètement, cela suppose certes d'assurer une protection particulière des groupes à risque et, comme c'est d'ailleurs prévu, de leur garantir un accès prioritaire à la vaccination, mais aussi, par exemple, de prévoir des dérogations justifiées aux restrictions générales en faveur des jeunes – notamment en ce qui concerne les activités sportives – ou de certains commerces qui souffrent particulièrement de ces restrictions.

La notion épidémiologique de pandémie ne constitue donc pas une base suffisante sur laquelle fonder une action politique à moyen et à long terme. La politique n'est pas comparable à la médecine, et la société n'est pas comparable à une salle d'hôpital que l'on peut abandonner une fois la crise sanitaire passée. Les critères qui doivent guider les décisions politiques reflètent une vision plus globale que ceux qui guident les décisions en médecine et en santé publique. Les enseignements tirés des pandémies précédentes et des premières recherches sur la pandémie de SARS-CoV-2 montrent que l'infection affecte les personnes de manière très inégale. Il existe une corrélation entre la situation sociale d'une personne et son risque d'être infectée et de développer une forme sévère de la maladie. De même, il existe une corrélation entre l'infection virale, l'évolution de la maladie, les comorbidités et la situation socio-économique des personnes concernées. La pandémie et les mesures gouvernementales visant à la combattre ont conduit à un renforcement significatif des inégalités sociales existantes. Les personnes en situation de précarité sociale et professionnelle sont doublement désavantagées, car elles ont moins de possibilités de se protéger contre une infection et n'ont pratiquement aucune possibilité ou ressource leur permettant de faire face ou de compenser les conséquences sociales et économiques de la pandémie.

3.4 Principe de proportionnalité

La proportionnalité signifie « que la mesure poursuit concrètement la protection de biens majeurs, et qu'elle est appropriée, nécessaire et raisonnablement exigible pour y parvenir. Plus elle vise directement à déjouer un danger avéré, grave et imminent, plus elle est justifiée. Cela

⁵ CNE, Protection de la personnalité dans les établissements de soins de longue durée, p. 6 s.

étant, une mesure a beau être efficace et la moins restrictive possible, elle peut être disproportionnée si l'empiètement s'avère excessif par rapport à l'effet visé. La proportionnalité doit donc toujours être évaluée dans le contexte concret où la mesure intervient⁶. » Le principe de proportionnalité évalue les objectifs et les effets des décisions et des mesures par rapport à d'autres droits et d'autres biens. De tels arbitrages ont lieu à la fois dans des contextes juridiques et dans des contextes politiques et éthiques.

Du point de vue juridique, le fait de pouvoir s'appuyer sur des bases légales est une condition nécessaire mais non suffisante pour une mesure gouvernementale. Le choix politique d'une option prévue par la loi suppose également l'existence d'une justification discursive qui puisse en principe être comprise par l'ensemble de la population, notamment en ce qui concerne les raisons pour lesquelles les autres options ont été écartées. Dans un État de droit libéral, les libertés individuelles sont la règle et toute restriction à ces libertés constitue l'exception qui doit fondamentalement être justifiée auprès de chacune des personnes concernées. Les restrictions générales à la liberté qui affectent tout le monde et ne servent pas à protéger la liberté de chacun doivent par conséquent être justifiées en faisant appel au critère robuste de l'intérêt public. Il en résulte trois principes de pondération applicables à l'action de l'État : 1. Les droits fondamentaux ne doivent pas être limités ou, si cela s'avère inévitable, le moins possible et pour une période aussi courte que possible. 2. Les mesures de lutte contre la pandémie devraient avoir une portée et une efficacité aussi spécifiques que possible afin d'assurer une protection démontrable et ciblée aux groupes identifiés comme particulièrement vulnérables. 3. Les restrictions de la liberté doivent être soumises à un examen permanent de proportionnalité et doivent être raisonnablement limitées dans le temps. Concrètement, il ressort notamment de ces considérations que les stratégies de lutte contre le virus axées sur les tests et la vaccination sont préférables aux restrictions générales à la liberté. De telles stratégies visent en effet plus spécifiquement la protection individuelle et la prévention de la transmission de la maladie. La commission écrit à ce sujet : « La CNE considère qu'un engagement des pouvoirs publics en faveur d'une couverture vaccinale la plus élevée possible et, le cas échéant, d'une immunité collective se justifie au regard de l'équilibre qui doit être trouvé, également au sujet de la vaccination contre le COVID-19, entre le respect des libertés individuelles et la protection des intérêts de la société dans son ensemble⁷. »

Du point de vue politique et éthique, l'exigence de proportionnalité des mesures gouvernementales de protection se pose surtout face aux inégalités sociales. Les éléments pertinents sont, d'une part, les effets des mesures gouvernementales de lutte contre la pandémie sur certains groupes de population et, d'autre part, les possibilités et les ressources dont disposent les différents groupes de population pour faire face à la pandémie et à ses conséquences socio-économiques. Des questions de justice se posent non seulement en ce qui concerne la protection et la garantie des biens conditionnels, mais aussi en ce qui concerne la répartition et l'accessibilité d'autres biens pour lesquels l'utilisation ou la jouissance des biens conditionnels constitue un préalable nécessaire. Cela est vrai en particulier dans le contexte des effets à long terme, encore peu étudiés, de la pandémie sur les différents secteurs sociaux et sur la

⁶ CNE, Le traçage numérique des contacts, instrument de lutte contre la pandémie, p. 14

⁷ CNE, La vaccination contre le COVID-19 : considérations éthiques sur des questions fondamentales et des domaines spécifiques d'application. Résumé et recommandations, Berne, 11 février 2021, p. 2

société dans son ensemble, ainsi que des effets du « Covid long », dont la fréquence, l'évolution et les conséquences à long terme sont encore mal connues.

3.5 *Solidarité internationale*

L'importance particulière de la solidarité sociale, clairement mise en évidence durant la pandémie, ne diminuera pas, bien au contraire, lorsque celle-ci aura été maîtrisée. Ce constat se vérifie également dans le contexte international : comme la crise climatique et la crise des réfugiés avant elle, la pandémie de SARS-CoV-2 a confirmé de manière spectaculaire l'interdépendance au niveau planétaire. La pandémie est le problème d'États inscrits dans le contexte de la mondialisation. Comme le virus ne s'arrête pas aux frontières nationales, il ne peut pas être combattu à l'échelle nationale. Les différents États, souvent tributaires de leurs capacités économiques, ne disposent toutefois pas tous des mêmes possibilités pour lutter contre le virus. La répartition et l'accessibilité des vaccins en sont un bon exemple. La valeur de la solidarité entre les États et la tradition humanitaire de la Suisse justifient donc un engagement de notre pays dans la lutte contre la pandémie à l'échelle mondiale, d'autant plus que la vitalité du commerce mondial, des échanges économiques, scientifiques et culturels internationaux et du tourisme mondial dépend dans une large mesure du succès de la lutte contre la pandémie mondiale. Combattre la pandémie à l'échelle *mondiale* correspond par conséquent aussi à un intérêt *national* immédiat. Un engagement accru de la Confédération dans la lutte mondiale contre le virus se justifie donc du point de vue tant de l'intérêt propre de la Suisse que de sa responsabilité éthique.

Annexe : Chronologie des mesures et des décisions pertinentes depuis le début de l'année 2020

- 23.1.2020 : L'OFSP crée une task force COVID-19 interne.
- 31.1.2020 : Le DFI introduit l'obligation de déclarer le « nouveau type de coronavirus (2019-nCoV) » (modification de l'ordonnance du DFI sur la déclaration d'observations en rapport avec les maladies transmissibles de l'homme).
- 28.2.2020 : Le Conseil fédéral qualifie la situation en Suisse de « situation particulière » (au sens de l'art. 6 LEp) et édicte l'ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) (en vertu de l'art. 6, al. 2, let. b, LEp).
- 1.3.2020 : L'OFSP lance la campagne « Voici comment nous protéger » (avec site Internet) et met en place l'« Infoline coronavirus ».
- 13.3.2020 : Le Conseil fédéral adopte l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (Ordonnance 2 COVID-19) (concernant les mesures aux frontières, les mesures visant la population, l'obligation de communiquer et les capacités sanitaires).
- 16.3.2020 : Le Conseil fédéral déclare la « situation extraordinaire » (conformément à l'art. 7 LEp) jusqu'au 19.4.2020 (prolongée jusqu'au 26.4.2020 le 8.4.2020).
- 18.3.2020 : Le Conseil fédéral annule la votation populaire prévue le 17.5.2020.
- 20.3.2020 : Le Conseil fédéral institue l'État-major chargé de gérer la crise du coronavirus (EMCC), conformément aux instructions concernant la gestion des crises dans l'administration fédérale et à la demande du DFI du 17.3.2020, et décide des mesures visant à compenser les conséquences économiques des mesures ordonnées par les autorités.
- 27.3. / 3.4.2020 : Le Conseil fédéral adapte l'ordonnance 2 COVID-19 (concernant les exceptions en faveur des cantons en cas de risque spécifique, les mesures visant à garantir l'approvisionnement en biens médicaux importants, l'amélioration de la coordination et d'autres adaptations).
- 16.4. - 6.7.2020 : Le Conseil fédéral décide d'assouplir par étapes les mesures visant à lutter contre le COVID-19 et procède aux adaptations correspondantes de l'ordonnance 2 COVID-19.
- 28.4.2020 : L'OFSP publie la fiche d'information « COVID-19 : informations et recommandations pour les institutions médico-sociales telles que les homes et les EMS » (révision de la version du 2.4.2020 ; dernière actualisation le 26.10.2020).
- 30.4.2020 : Le Conseil fédéral met à disposition 400 millions de francs pour lutter contre la pandémie à l'échelle mondiale.
- 4-6.5.2020 : Session extraordinaire des Chambres fédérales à Berne
- 13 / 20.5.2020 : Le Conseil fédéral adopte l'ordonnance sur l'essai pilote du système suisse de traçage de proximité et un message concernant la modification urgente de la LEp nécessaire à cet effet.
- 19.6.2020 : Le Conseil fédéral met fin à la « situation extraordinaire » pour revenir à la « situation particulière » ; l'EMCC est automatiquement dissous et remplacé par l'organisation appelée à lui succéder, notamment la Swiss National COVID-19 Science Task Force de l'OFSP.
- 6.7.2020 : Le Conseil fédéral introduit l'obligation de porter un masque dans les transports publics ; l'OFSP établit une liste mensuelle actualisée des « États et zones présentant un risque élevé d'infection ».
- 7-25.9.2020 : Session d'automne des Chambres fédérales à Berne
- 18.10 / 29.10 / 2.11 / 4.12 / 11.12.2020 : Le Conseil fédéral décide de nouvelles mesures, applicables à l'échelle nationale, pour lutter contre la pandémie (extension du port obligatoire du masque ; limi-

tation du nombre de personnes pour les manifestations ; limitation de la capacité d'accueil des magasins et des restaurants ; réduction des horaires de fermeture ; fermeture des lieux de loisirs ; interdiction des activités présentielle dans les hautes écoles et les universités ; extension des règles de quarantaine pour les personnes entrant en Suisse) ; il introduit les tests rapides antigéniques en plus des tests PCR utilisés jusqu'alors.

18 / 21 / 28.12.2020 : Le Conseil fédéral décide la fermeture des restaurants, des établissements culturels et sportifs et des lieux de loisirs et renforce l'obligation de quarantaine.

- 6.1.2021 : Le Conseil fédéral décide de prolonger les mesures jusqu'à fin février et adapte l'ordonnance COVID-19 pour empêcher les cantons d'assouplir les mesures en cas de situation épidémiologique favorable.
- 13.1.2021 : Le Conseil fédéral déclare l'obligation du télétravail et décide la fermeture des magasins ne vendant pas de biens de consommation courante.
- 27.1.2021 : Le Conseil fédéral décide de prendre en charge le coût du dépistage des personnes non symptomatiques et assouplit les règles relatives à la quarantaine.
- 17.2.2021 : Le Conseil fédéral annonce « un assouplissement prudent et progressif » des mesures à partir du 1.3.2021.

Ce document a été adopté par la Commission nationale d'éthique dans le domaine de la médecine humaine le 15 mars 2021, avec une abstention.

Membres de la Commission nationale d'éthique dans le domaine de la médecine humaine :

Présidente

Prof. Dr. iur. Andrea Büchler

Vice-président

Prof. Dr. theol. Markus Zimmermann

Membres

Dr. phil. Christine Clavien, Prof. Dr. med. Samia Hurst, Prof. Dr. med. Dr. phil. Ralf Jox; Prof. Dr. iur. Valérie Junod, Prof. Dr. med. Dipl. Soz. Tanja Krones, Dr. med. Roberto Malacrida, Prof. Dr. theol. Frank Mathwig, Dr. med. Benno Röthlisberger, Prof. Dr. iur. Bernhard Rüttsche, Prof. Dr. Maya Zumstein-Shaha FAAN, Prof. Dr. iur. Brigitte Tag, PD Dr. med. Dorothea Wunder.

Bureau

Nadine Brühwiler, Dr. iur. Tanja Trost, Dr. theol. Jean-Daniel Strub, Dr. phil. Simone Romagnoli

Commission nationale d'éthique dans le domaine de la médecine humaine

CH-3003 Berne

Tel. +41 (0)79 638 75 62

Fax +41 (0)31 322 62 33

info@nek-cne.admin.ch

www.nek-cne.ch

Cette prise de position est publiée en français, en allemand et en anglais. La version en allemand est la version d'origine.

@ 2021 Commission nationale d'éthique dans le domaine de la médecine humaine, Berne.
Reproduction autorisée avec mention de la source.