

Géraldine Marks Sultan / Sandra Hotz

L'État et l'identification des vulnérabilités en pandémie

Défis et perspectives juridiques en lien avec l'usage des critères de non-discrimination

Lors de la pandémie de Covid-19, des groupes de personnes se sont retrouvés en situation de vulnérabilité. En cause, le virus lui-même mais aussi ses mesures de lutte et les inégalités sociales préexistantes. L'usage de critères médicaux était insuffisant pour les identifier et négligeait les facteurs sociaux et économiques. Cet article s'appuie sur le principe constitutionnel d'égalité des chances et l'expérience juridique du Pays de Galles dans ce domaine, pour évaluer comment les critères de non-discrimination de l'article 8 al. 2 Cst., pourraient servir à une évaluation systématique et intersectionnelle des effets des mesures de la LEp sur des groupes de personnes.

Catégories d'articles : Articles scientifiques

Domaines juridiques : Droit de la santé, Droits fondamentaux, Autres droits constitutionnels

Proposition de citation : Géraldine Marks Sultan / Sandra Hotz, L'État et l'identification des vulnérabilités en pandémie, in : Jusletter 25 août 2025

Table des matières

- Introduction
 - 1. La responsabilité de l'Etat d'appréhender les contextes de vulnérabilité de la population en temps de pandémie
 - 1.1. La protection de la santé de la population
 - 1.1.1. La sauvegarde des droits humains et du droit à la santé en particulier
 - 1.1.2. Etendue des compétences fédérales spécifiques pour protéger la société et ses membres
 - 1.2. Les défis de la délimitation des vulnérabilités au sein de la société
 - 1.2.1. Des « personnes concernées » aux personnes médicalement vulnérables
 - 1.2.2. La nécessité de considérer « les situations de vulnérabilité »
 - 1.2.2.1. Une appréciation large de la vulnérabilité par la Task Force Scientifique Nationale Covid-19
 - 1.2.2.1.1. Les groupes de personnes vulnérabilisées
 - 1.2.2.1.2. Trois causes : vulnérabilités économiques, sociales et mentales
 - 1.2.2.1.3. Potentiel de discriminations directes ou indirectes
 - 1.2.2.2. L'apport continu de la littérature sur l'interdépendance entre causes de vulnérabilités et les opportunités d'aide
 - 2. La responsabilité de l'Etat de ne laisser personne derrière : quels outils juridiques ?
 - 2.1. Les situations de vulnérabilité au prisme de l'égalité (art. 8 al. 1 Cst.)
 - 2.1.1. Le droit à l'égalité dans la Constitution fédérale
 - 2.1.1.1. Le droit à l'égalité et l'interdiction de discrimination
 - 2.1.1.2. Appréciation du cumul de vulnérabilités : discriminations multiples et approche intersectionnelle
 - 2.1.2. L'application du droit à l'égalité dans les mesures de lutte contre le Covid-19
 - 2.2. Le défi de l'égalité des chances en temps de pandémie
 - 2.2.1. La responsabilité de l'Etat en matière d'égalité des chances
 - 2.2.2. La prise en compte de l'égalité des chances dans les mesures économiques et sociales compensatoires
 - 2.2.2.1. Les mesures de la Loi Covid-19 en faveur de l'emploi : un levier essentiel mais partiel pour l'égalité des chances
 - 2.2.2.2. L'égalité des chances au prisme de la lutte contre la précarité dans les cantons de Fribourg et Genève, un ciblage partiel des situations de vulnérabilité
 - 2.3. Pour une évaluation systématique des mesures visant des individus ou la population, au crible des caractéristiques protégées
 - 2.3.1. Délimitation des personnes en situation de vulnérabilité au prisme de la promotion de l'égalité des chances
 - 2.3.2. Analyse de l'adéquation des critères de non-discrimination au regard des situations de vulnérabilité observées
 - 3. La gestion des conséquences dans le Plan national de pandémie du 1^{er} juillet 2025
 - 3.1. La liste de contrôle pour appréhender les conséquences de la gestion d'une pandémie
 - 3.2. Listes de contrôle en lien avec la promotion de l'égalité des chances
- Conclusion

Introduction

[1] Durant la pandémie de Covid-19, plusieurs groupes de population se sont retrouvés en situation de vulnérabilité. La littérature scientifique illustre de manière toujours plus précise, la manière dont la propagation du virus a eu des effets amplifiés en Suisse et à l'étranger, sur les personnes qui se trouvaient d'ores et déjà dans des situations difficiles. Elle montre aussi que

les mesures de lutte contre les effets du virus ont contribué à vulnérabiliser d'autres pans de la population.

[2] L'Etat a un rôle à jouer pour protéger ces personnes. Pour remplir cette mission, il doit prioritairement être en mesure de les identifier, afin de pouvoir intervenir de manière proportionnée, efficace et adéquate, mais aussi de créer un environnement plus propice à leur autonomisation progressive.

[3] L'analyse des mesures fédérales et cantonales adoptées entre le 1^{er} février 2020 et le 17 février 2022 révèle toutefois certaines lacunes dans la délimitation des groupes les plus susceptibles de subir les conséquences négatives de la pandémie et des mesures sanitaires. En effet, une première définition de ces groupes apparaissait dans l'Ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) du 13 mars 2020, dans sa version du 17 mars 2020. Toutefois, cette définition a disparu avec l'abrogation de l'Ordonnance 2 le 22 juin 2020, créant un vide juridique jusqu'au 18 janvier 2021, date à laquelle une nouvelle délimitation a été réintroduite dans l'Ordonnance 3 du 19 juin 2020. Bien que les recommandations de l'OFSP soient restées en vigueur durant cette période, ce vide juridique soulève des questions.

[4] L'intérêt public à maintenir une base juridique pour la protection des groupes vulnérables aurait-il soudainement disparu? Une telle hypothèse paraît peu vraisemblable, d'autant que l'entrée en vigueur de la Loi Covid, le 26 septembre 2020, a réintroduit les termes de « travailleurs vulnérables » et de « personnes vulnérables » dans ses articles 4 et 15 – sans toutefois fournir de définition juridique claire.

[5] Face à cette situation juridique confuse, il semble important de clarifier comment la notion de « situation de vulnérabilité en temps de pandémie » s'inscrit dans le cadre juridique suisse.

[6] Quelles sont ces situations de vulnérabilité? Comment les identifier systématiquement? Qui sont les personnes concernées? Comment l'Etat peut intervenir, et dans quels objectifs?

[7] Nous proposons dans cet article, une analyse de la responsabilité de l'Etat à l'égard des personnes qui se trouvent dans une situation de vulnérabilité en temps de pandémie, et n'ont pas les ressources pour se protéger elle-même.

[8] Nous commençons par une étude des fondements constitutionnels de cette responsabilité, puis nous envisageons ensuite comment l'utilisation systématique de critères juridiques lors de la prise de décisions, pourrait permettre de rendre visibles ces personnes qui font face à diverses formes de détresse.

[9] En l'absence de loi fédérale sur la prévention et la promotion de la santé en Suisse, le processus de révision actuel de la Loi fédérale sur les épidémies, est une opportunité de prévoir les moyens juridiques d'une protection plus fine de la société en ces circonstances, en ne laissant personne derrière.¹

¹ Sur la nécessité de protéger la société toute entière, voir, FF 2011 291. Message concernant la révision de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies, LEp) du 3 décembre 2010, pp. 291–434, p. 307.

1. La responsabilité de l'Etat d'appréhender les contextes de vulnérabilité de la population en temps de pandémie

[10] Les effets d'une pandémie sur la société se manifestent sous plusieurs angles.

[11] La nécessité de protéger la santé de la population apparaît en premier lieu, mais la responsabilité étatique va au-delà. Elle implique également une attention aux autres conséquences, sociales, économiques, familiales, éducatives, qui affectent différemment la capacité de chacun à prendre soin de sa santé par ses propres moyens. La délimitation des formes de vulnérabilités qui se manifestent en temps de pandémie, mais aussi l'identification des groupes de personnes concernées, représentent des défis essentiels pour la préparation aux prochaines pandémies. Le droit devrait les encadrer de manière plus précise à l'avenir.

1.1. La protection de la santé de la population

[12] L'action étatique en temps de pandémie doit être guidée par les principes énoncés dans la Constitution fédérale. Elle doit tout d'abord permettre la sauvegarde des droits humains de tous et le droit à la santé en particulier. Elle doit également répondre à l'intérêt public.

[13] A ce titre, les compétences fédérales énoncées dans la Constitution et leur concrétisation dans la loi, offrent d'ores et déjà un aperçu des domaines d'intervention nécessaires.

1.1.1. La sauvegarde des droits humains et du droit à la santé en particulier

[14] L'État garantit les droits et libertés fondamentales de la population. Selon l'article 2 de la Constitution fédérale (Cst.), la Confédération protège la liberté, les droits du peuple, ainsi que l'indépendance et la sécurité du pays. L'article 35 Cst. précise trois obligations étatiques : respecter les droits humains (en s'abstenant de les entraver), les protéger contre les atteintes de tiers (notamment dans les relations entre particuliers), et les mettre en œuvre activement, via des mesures favorisant leur réalisation, conformément à l'intérêt public (art. 5 al. 1 Cst.).

[15] Une pandémie ne remet pas en cause l'existence et la validité des droits humains. Ils constituent même un noyau central, qui, dans un état de droit, doit guider la réponse étatique.

[16] Garantir le maintien du droit à la santé arrive en première ligne. En quoi consiste-t-il ?

[17] Consacré au niveau international dans la Constitution de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) (1946), puis à l'article 12 du Pacte International relatif aux Droits Économiques, Sociaux et Culturels (1966), auquel la Suisse est partie, il n'est ni un droit à être en bonne santé, ni un simple droit d'accès au système de soins. Il est un droit à bénéficier d'un certain nombre d'installations, de biens, de services ainsi qu'à des conditions nécessaires² pour atteindre l'objectif fixé par l'OMS, à savoir la possession du meilleur état de santé susceptible d'être atteint. Ce droit doit ensuite être concrétisé dans les politiques nationales pour répondre aux besoins de la population. Il devrait alors prendre forme à travers, d'une part, des structures de soins efficaces, accessibles à tous sans discrimination, et d'autre part, des mesures de prévention des maladies et de promotion des

² Comité des Droits Economiques, Sociaux et Culturels. Observation Générale n° 14. E/C.12/2000/4. 11 août 2000. §9, p. 3. 23p.

conditions permettant à tous de prendre le contrôle de sa propre santé, pour avoir une chance qu'elle reste bonne le plus longtemps possible.³

[18] Dans la Constitution fédérale, le droit à la santé se concrétise à travers la protection et la mise en œuvre de plusieurs droits et libertés fondamentales.

[19] Le droit à la liberté personnelle tout d'abord (art. 10 al. 2 Cst). Celui-ci correspond à la fois à la garantie de l'intégrité physique, psychique de chaque être humain mais aussi à l'autonomie que chacun doit pouvoir exercer sur sa propre personne. Il constitue un fondement important des droits des patients et s'avère en temps de pandémie, un aspect essentiel de la capacité de chacun à faire des choix éclairés pour sa santé et son bien-être.

[20] L'article 41 al. 1. let.b consacre ensuite l'engagement de la Confédération et des cantons à ce que chaque individu bénéficie des *soins nécessaires* à sa santé. Il s'agit là d'un objectif à valeur programmatique pour l'Etat et non d'un droit justiciable pour les individus. Le droit à l'assistance en situation de détresse (art. 12 Cst.), par contre, consacre un droit garanti aux *soins essentiels*⁴, pour les personnes qui ne peuvent subvenir à leur entretien. L'objectif est clair, il s'agit selon le Tribunal fédéral de « *besoins élémentaires pour survivre d'une manière conforme aux exigences de la dignité humaine* »⁵. Il ne s'agit pas d'un revenu minimum, mais d'une aide d'urgence sous forme de prestations de première nécessité. Outre les soins médicaux de base, elle couvre la nourriture, le logement, l'habillement.⁶

[21] Enfin, l'article 8 Cst., consacre un droit à l'égalité entre les êtres humains et l'interdiction de toute discrimination fondée sur l'origine, la race, le sexe, la langue, la situation sociale, le mode de vie, la religion, opinions philosophiques ou politiques, et déficiences mentales ou psychologiques. Ces deux principes sont des piliers de l'action étatique en tout temps.

[22] Lors d'une pandémie, ces critères sont par exemple utiles pour identifier les discriminations dans l'accès aux soins. Au Pays de Galles, nous le verrons dans cette contribution, ils sont également pertinents pour systématiser l'attention portée sur certains groupes de population dans le processus de prise de décisions des autorités publiques.⁷

[23] Préserver la santé de la population alors qu'une maladie potentiellement grave menace, devient une nécessité impérieuse et oblige l'Etat à intervenir pour limiter sa propagation. Les mesures de lutte incarnent alors une forme d'équilibre entre plusieurs droits fondamentaux envisagés parfois comme rivaux,⁸ au nom de la santé publique.

[24] On pense en particulier ici à la liberté de mouvement qui découle aussi de la liberté personnelle ou encore à la liberté de réunion ou la liberté économique. En vertu de l'article 36 Cst., lorsqu'il existe une base légale et un intérêt public, l'Etat peut restreindre certains droits et libertés fondamentales. Il faut pour cela que l'intervention visée soit proportionnée, c'est-à-dire nécessaire et apte à atteindre le but visé et qu'elle ne porte pas atteinte à l'essence des droits

³ Comité des Droits Economiques, Sociaux et Culturels. Observation Générale n° 14. §8, p. 3.

⁴ GABRIELLE STEFFEN, Pourquoi un droit aux soins? Quel droit? Quels soins? Pour qui? In : Droit aux soins : 13ème journée de droit de la santé. Schulthess/Weblaw; 2007, pp. 41-64, p. 50.

⁵ ATF 121 I 367 consid. 2c). p. 373. ATF 130 I 71 consid. 4.1, p. 74.

⁶ ATF 135 I 119 consid. 5.3 p. 123.

⁷ Voir en particulier §2.3.1.

⁸ Frédéric Bouhon/Anne-Emmanuelle Bourgaux/Elise Degrave Camille Lanssens/Julien Pieret/Céline Romainville/Sébastien Van Drooghenbroeck. (dir.) (2023). Les droits humains en temps de pandémie. Perspectives internationales, européennes et comparées. Larcier. 626p.

fondamentaux, comme le principe de la dignité humaine ou l'interdiction de la torture et des traitements inhumains.

1.1.2. Etendue des compétences fédérales spécifiques pour protéger la société et ses membres

[25] Au-delà de la garantie des droits humains, l'intérêt public est le second principe sur lequel s'appuie l'intervention de l'Etat en Suisse (art. 5 al. 2. Cst.). Celle-ci ne se justifie donc qu'en présence d'un intérêt reconnu pour la collectivité, et que ce dernier ne puisse être satisfait adéquatement par l'initiative privée et la responsabilité individuelle (art. 6 Cst.). C'est notamment le cas lorsqu'il est nécessaire de garantir le respect de certains principes essentiels de l'Etat de droit, tels que le principe d'égalité et de non-discrimination ou encore la promotion de l'égalité des chances (art. 2 al. 3 Cst.)

[26] La lutte contre les maladies transmissibles répond à un intérêt public certain.

[27] La Constitution fédérale attribue en effet des compétences spécifiques à la Confédération dans ce domaine. Si le domaine de la protection et de la promotion de la santé est, en vertu du principe de subsidiarité, de la compétence des cantons (art. 3 Cst.), l'article 118 al. 1 Cst. indique que « *Dans les limites de ses compétences, la Confédération prend des mesures afin de protéger la santé.* ». Ces limites sont dès lors exposées de manière exhaustive dans le deuxième paragraphe⁹, qui mentionne notamment dans sa lettre b), le domaine de la lutte contre les maladies transmissibles.

[28] La Loi fédérale sur les épidémies (LEp) du 28 septembre 2012, et en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2016¹⁰, concrétise cette obligation constitutionnelle.

[29] Lors de l'avènement du coronavirus SARS-CoV-2, puis de la déclaration pandémique de l'OMS le 11 mars 2020, c'est à travers les outils juridiques prévus dans cette loi que la Confédération et les cantons ont pu intervenir rapidement. Cette loi sert de base légale à certaines restrictions aux droits humains, en vertu de l'article 36 Cst. susmentionné. L'objectif était de lutter contre la propagation du virus en mettant en œuvre des mesures de distanciation sociale. En parallèle, des mesures étaient prises pour renforcer la capacité des systèmes de soins cantonaux à faire face à l'afflux de personnes infectées, tout en essayant de maintenir une capacité de prise en charge des activités habituelles.

[30] Alors que la pandémie s'installait dans la durée et que les mesures de lutte déployaient leurs effets dans le temps, les dispositions de la LEp s'avéraient insuffisantes pour atténuer les conséquences sociétales de la propagation du virus.

[31] La nécessité d'appréhender les effets sociaux de la propagation de maladies transmissibles avaient été considérée brièvement par le Conseil fédéral dans son message présentant le projet de révision de la loi fédérale en 2010.¹¹ Elle a été traduite à l'art. 2 al. 2 let.f, de la loi, qui énonce que

⁹ BETTINA KAHIL-WOLFF HUMMER/MANON JOSPEH, in : Commentaire romand de la Constitution fédérale (vol. 2), Martenet/Dubey [éd.], 2021, n° 1, 8–9 ss ad art. 118; POLEDNAIN : Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer. J. Schweizer/Klaus A. Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung (2014), p.2072.ad art. 118; contra : NATACHA JOSET/DOMINIQUE SPRUMONT, Réflexion juridique sur la définition de la politique suisse de la santé, RDS/ZSR 135 (2016) II 89, 102.

¹⁰ Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies) (LEp; RS 818.101).

¹¹ FF 2011 291. Message concernant la révision de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies, LEp) du 3 décembre 2010, p. 339.

cette dernière a aussi pour objectif de « *réduire les effets des maladies transmissibles sur la société et les personnes concernées* ». Le contenu de la loi ne donne cependant pas de précision quant à la nature des effets possibles sur la société. Le message n'évoquait à titre d'exemple que « *les dommages à l'économie nationale (coûts et pertes d'efficience induits par les interruptions de travail)* ». ¹²

[32] Le terme « *personnes concernées* » est par ailleurs volontairement flou. Il vise à permettre d'adapter les mesures de lutte et de protection particulière au cas d'espèce. Il est un terme récurrent dans le message, où il est utilisé pour désigner plusieurs groupes potentiellement distincts. Il s'agit tantôt des personnes visées par des recommandations de vaccination, ¹³ celles touchées par des mesures ciblant des personnes en général ¹⁴, les voyageurs des transports internationaux en particulier ¹⁵, ou encore les personnes faisant l'objet de mesures de surveillance médicale ou de quarantaine ¹⁶ ou encore celles qui subiraient un dommage financier en raison des mesures prises par l'Etat et qui auraient droit à une indemnisation. ¹⁷

[33] Ainsi, ni le message, ni la loi ne donnent de précision quant à l'étendue des effets possibles de la propagation d'une maladie transmissible sur la société. Il en est de même pour la manière de délimiter les personnes concernées, lorsque ces derniers se produisent.

[34] Pendant la gestion de la pandémie de Covid-19, le terme de « *personnes vulnérables* » s'est substitué à celui de « *personnes concernées* ». Absent de la LEp, il est important de déterminer ce qu'il recouvre, mais aussi ce qu'il implique en termes de responsabilité étatique.

1.2. Les défis de la délimitation des vulnérabilités au sein de la société

[35] L'appréciation de la vulnérabilité a évolué au fil de la pandémie. Alors que le texte de la LEp envisage simplement que des personnes puissent être concernées par les effets des maladies transmissibles, les mesures de lutte contre le Covid-19 ont permis de délimiter des groupes de personnes médicalement vulnérables. Au regard de la multiplicité des expériences de vie à l'origine d'inégalités de bien-être au sein de la population, cette délimitation a été jugée incomplète. Au-delà des vulnérabilités intrinsèques, ce phénomène appelle une meilleure compréhension de la diversité des conditions dans lesquelles certains groupes de personnes naissent, vivent, vieillissent, et qui génèrent des « situations de vulnérabilité ».

1.2.1. Des « personnes concernées » aux personnes médicalement vulnérables

[36] A l'instar de nombreux autres pays, la Confédération a rapidement délimité de manière ad hoc des groupes de personnes présentant une vulnérabilité médicale au virus. L'objectif était de

¹² Message concernant la révision de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies, LEp). FF 2011 291, pp. 291–434. p. 338.

¹³ FF 2011 291, *op.cit.* p. 359.

¹⁴ FF 2011 291, *op.cit.* p. 365.

¹⁵ FF 2011 291, *op.cit.* p. 367.

¹⁶ FF 2011 291, *op.cit.* p. 370.

¹⁷ FF 2011 291, *op.cit.* p. 389. Tel que concrétisé à l'article 63 de la LEp, le message aborde aussi les personnes concernées par un dommage subi en raison de mesures prises par Etat. Le message précise ici l'étendue des dommages couverts dans cette disposition. Il s'agit des pertes de gain, le manque à gagner ainsi que les autres frais en lien direct avec la mesure ordonnée (p.ex. : coût consécutif à l'incapacité d'utiliser un billet d'avion à une date déterminée). Le message ajoute que l'indemnisation de ces dommages est à la charge de l'autorité qui a pris la mesure.

circonscire les catégories de personnes qui présentaient une probabilité accrue d'être infectées par le virus et, ou, de développer des formes plus graves de la maladie.

[37] Sur le fondement des connaissances scientifiques sur les effets du Covid-19, des critères médicaux ont été établis afin de déterminer qui devait faire l'objet d'une protection accrue. Ces critères, variables dans le temps, portaient sur l'âge, le statut de santé, la phase de grossesse, le statut vaccinal ou une primo infection. Voilà un aperçu de l'évolution des personnes considérées comme vulnérables, tout au long de la pandémie en Suisse.

- **Les personnes âgées de plus de 65 ans** ont été systématiquement placées dans la catégorie des personnes vulnérables entre le 17 mars 2020 et le 21 juin 2020. Cette catégorisation fondée sur l'âge n'a plus été réintroduite par la suite.
- **Les personnes atteintes de certaines pathologies**, hypertension artérielle, diabète, maladies cardiovasculaires, maladies respiratoires chroniques, faiblesse immunitaire due à une maladie ou à une thérapie, cancer ont été considérées comme personnes vulnérables dès le 17 mars 2020 et jusqu'au 21 juin 2020.¹⁸ A partir du 18 janvier 2021 et jusqu'au 16 mai 2021, ces mêmes personnes ont été à nouveau considérées comme vulnérables avec l'ajout du critère d'obésité.¹⁹ Ces critères médicaux n'étaient pas exhaustifs et des annexes²⁰ donnaient des précisions sur les maladies rendant vulnérables les personnes concernées. Par ailleurs, une évaluation clinique de la vulnérabilité par cas d'espèce par un professionnel habilité, pouvait également justifier le placement de certaines autres personnes dans cette catégorie.
- De même, les **femmes enceintes** l'ont été du 18 janvier au 17 mai 2021.

[38] Avec la durée de la pandémie, les guérisons et l'accessibilité progressive d'un vaccin susceptible de limiter les conséquences graves d'une infection, une redéfinition des groupes médicalement vulnérables a été nécessaire. La vulnérabilité des personnes précédemment citées a été nuancée à plusieurs reprises, au regard de leur statut de personnes vaccinées ou guéries, dans certains délais.

[39] La question de l'intention derrière la délimitation de certains groupes dits vulnérables est importante au regard du droit. L'identification de ces groupes de personnes n'a de sens que pour permettre à l'Etat de cibler ses interventions protectrices. L'éventail des mesures fédérales à leur égard s'étendait dès lors au fil du temps, d'un confinement strict, évitement des rassemblements de personnes, obligation de télétravail si faisable, tâches de substitution depuis le domicile, protection particulière par l'employeur si présence sur place indispensable. Les cantons ont pu compléter ces mesures dans leurs domaines de compétence.²¹

¹⁸ Article 10b Ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) du 13 mars 2020 et en vigueur le 17 mars 2020.

¹⁹ Article 27a Ordonnance 3 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) du 19 juin 2020 et en vigueur dès le 18 janvier 2021.

²⁰ Annexe 6 (en lien avec l'article 10b) relative aux catégories de personnes vulnérables, Ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) du 13 mars 2020 en vigueur le 30 mai 2020. Annexe 7 (en lien avec l'article 27a) relative aux précisions médicales sur les maladies rendant vulnérables les personnes concernées, Ordonnance 3 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) du 19 juin 2020 et en vigueur dès le 18 janvier 2021.

²¹ A titre d'exemples, on peut citer le domaine scolaire, avec le maintien de l'enseignement à distance « pour les élèves vulnérables ou les élèves vivant avec une personne vulnérable » (art. 2 al. 1 Ordonnance fribourgeoise concernant la reprise de l'enseignement présentiel au sein des établissements de formation dépendant de la DICS

[40] Cette démarche de protection spécifique des personnes médicalement vulnérables a été rapide, et a permis de préserver la vie, la santé de ces personnes, mais aussi la capacité des systèmes de soins cantonaux de continuer de fonctionner.

[41] Avec le temps, cependant, cette délimitation exclusivement médicale est apparue comme étant trop restrictive²² au regard de la responsabilité de l'Etat de protéger « *les personnes concernées* ». Les effets de la propagation durable d'un agent pathogène grave au sein d'une société ne se limitent pas à la sphère sanitaire.²³

[42] Il est dès lors indispensable de considérer « *les personnes concernées* » comme étant tous les groupes de personnes qui, pour diverses raisons, ne sont pas à même de continuer à jouir de leurs droits humains. Alors que progressivement, des dispositions ont été prises pour atténuer les conséquences économiques et sociales évidentes sur les travailleurs, les entreprises, les indépendants, de nombreuses voix s'élevaient pour attirer l'attention sur les effets différenciés des mesures de distanciation sociale au prisme du gradient social et d'expériences de vie.

1.2.2. La nécessité de considérer « les situations de vulnérabilité »²⁴

[43] A priori, en temps de pandémie, toute la population est concernée.

[44] Durant la pandémie de Covid-19, tout le monde était susceptible d'être contaminé par le virus et de le transmettre. En parallèle, tout le monde était touché par les mesures de distanciation sociale, qui remodelaient la manière de vivre en société. Bien que le virus ait eu dès le départ une capacité différenciée à porter atteinte à certains groupes de la population en fonction de ses caractéristiques infectieuses, l'ampleur et la durée de sa propagation ont transformé le phénomène sanitaire, en crise sociétale.²⁵

[45] Une telle approche holistique s'inscrit dans la conception éthique de la notion de « vulnérabilité ». Etymologiquement, la vulnérabilité, du latin « *vulnerare* », fait référence à une capacité à être blessé.²⁶

[46] Selon FINEMAN, qui a en a développé la première théorie, la vulnérabilité devrait être recon- nue comme étant la condition humaine fondamentale. Exposés à des changements susceptibles d'affecter notre bien-être tout au long de la vie, nous sommes tous susceptibles de faire l'objet

dans le cadre de la lutte contre le coronavirus (COVID-19) du 12 mai 2020). Dans le domaine de la justice, la possibilité pour les « personnes vulnérables » de demander un renvoi d'audience moyennant présentation d'un certificat médical pour les personnes âgées de moins de 65 ans (Directives du 27 avril 2020 du Tribunal cantonal du Jura en lien avec le Covid-19, section I Audiences §7).

22 Swiss National COVID19 Science Task Force – Aspects légaux, sociaux et éthiques du confinement prolongé des personnes vulnérables. Policy brief, 4 mai 2020. Voir aussi, la note de synthèse : Ethical, legal and social benchmarks for transition strategies. 11 mai 2020. 9p. p.5-7.

23 CLAUDINE BURTON-JEANGROS/YVES JACKSON/JUDITH RACAPE/MARIE-FRANCE RAYNAULT/ANDRÉA REA (dir.), Les inégalités sociales et de santé. Gestion de la crise de la Covid-19 à Bruxelles, Genève et Montréal, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, coll. « Sociologie Anthropologie », 2024, 205 p., Préface de Marius Gilbert.

24 PATRICK BODENMANN/YVES-LAURENT JULIEN JACKSON/HANS WOLFF, *Vulnérabilités, équité et santé*. Chêne-Bourg : Médecine et Hygiène, 2018. 430p.

25 LUCY BAYER-OGLESBY/NICOLE BACHMANN/SAMIN SEPAHNIYA/RETO JÖRG (2024), Inégalités sociales et COVID-19. Formes graves de COVID-19 nécessitant une hospitalisation et influence des facteurs démographiques, des antécédents médicaux, du statut social et des risques d'exposition (Obsan Bulletin 04/2024), Neuchâtel Observatoire suisse de la santé. 8p.

26 KEVIN MORISOT/MARY MALEBRANCHE/NICOLAS SENN/PATRICK BODENMANN, Vous avez dit populations vulnérables? *Rev Med Suisse* 2020, vol. 16, p. 1262–4. Voir aussi, Samia Hurst/Patrick Bodenmann/Hans Wolff/Carlos Madrid. Protéger les personnes vulnérables : une exigence éthique à clarifier, *Rev. Med Suisse*, 2013, vol. 386, p. 1054–57.

de dommages, que ce soit en raison de la maladie, du déclin physique ou de catastrophes naturelles ou générées par l'homme. La vulnérabilité apparaît ainsi comme une faille, un élément de faiblesse qui peut se manifester aussi bien physiquement, psychologiquement que socialement.²⁷

[47] Cette approche de la vulnérabilité appelle un État qui réponde aux besoins universels de l'être humain. Elle requiert une réorganisation de nombreuses structures existantes, qui reposent actuellement sur une conception de l'ordre juridique qui valorise la liberté et le choix individuels et ignore les réalités de la dépendance et de la vulnérabilité humaines.²⁸

[48] NEAL observe en effet cette tendance traditionnelle à apprécier la vulnérabilité comme un phénomène marginal, applicable à certains groupes déterminés de population, dans le domaine de l'éthique et du droit. Ce phénomène a eu pour effet de multiplier les moyens de réduire cette vulnérabilité au détriment d'une compréhension plus approfondie de ses possibles aspects positifs sur diverses formes de bien-être.²⁹

[49] Au 21^e siècle, la doctrine juridique et éthique s'oriente plus vers une approche de la vulnérabilité à la fois générale et relative.

[50] La vulnérabilité universelle est un des principes, avec la suprématie de la dignité humaine, sur lequel repose la théorie des droits humains.³⁰ D'application universelle, selon les principes du droit international, ces droits appartiennent à tous. Ils ont pour fonction de protéger la valeur intrinsèque de chaque individu et doivent leur permettre de mener une vie digne et d'exercer leur autonomie.³¹ Leur exercice permet en effet, de prendre des décisions libres, indépendantes et éclairées.

[51] En temps de pandémie, l'aspect relatif se concrétise par la réalisation que toute la population n'est pas susceptible d'être touchée de la même manière et surtout, d'une manière qui nécessite que l'Etat intervienne par le biais du droit, en vertu d'un intérêt public, pour compenser des inégalités.

[52] EGLI et BELSER envisage la vulnérabilité comme « *un état particulier de fragilité, qui résulte de l'interaction des facteurs risque et résilience : est vulnérable toute personne qui est exposée à un risque accru d'atteinte à ses droits fondamentaux et humains (risque) et qui, dans le même temps, ne peut mobiliser que peu de ressources – d'ordre matériel, psychologique, social, physique ou autre, permet-*

²⁷ MARTHA FINEMAN (2008), *The Vulnerable Subject : Anchoring Equality in the Human Condition*. *Yale J. of Law & Feminism*. 23p. See also, Martha Fineman « *The Vulnerable Subject and the Responsive State*, » *Emory Law Journal*, vol. 60, Symposium Issue on « *The New New Deal* », 2011. pp. 251–275.

²⁸ MARTHA FINEMAN, *Universality, Vulnerability, and Collective Responsibility* (January 4, 2021) for *Les ateliers de l'éthique/The Ethics Forum*. Special Issue : « *After Covid* » : ethical, political, economic and social issues in a post-pandemic world, Vol 16, No. 1. Hiver 2021, *Emory Legal Studies Research Paper* No. 21–13 (2021). 15p.

²⁹ MARY NEAL, *The idea of vulnerability in health care and ethics. From the margins to the mainstream?* in : *Embracing Vulnerability*, ed. Daniel Bedford/Jonathan Herring, Routledge, février 2020. 33p. Voir aussi. Seminar : *Vulnerability is Good – The Implications for Law of Positive Accounts of Vulnerability*. Exeter College, University of Oxford, 5 juillet 2017.

³⁰ ANICETO MASFERRER/EMILIO GARCIA-SANCHEZ (2016), *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights*. *Ius Gentium : Comparative Perspectives on Law and Justice*, vol 55. Springer. pp. 1–25. Voir aussi, Andorno, Roberto (2016). *Is Vulnerability the Foundation of Human Rights?* In : Aniceto Masferrer/Emilio Garcia-Sanchez (eds) *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights*. *Ius Gentium : Comparative Perspectives on Law and Justice*, vol 55. Springer, pp. 257–272. Voir aussi, United Nations General Assembly. Human Rights Council. *Principles and practical guidance on the protection of the human rights of migrants in vulnerable situations* Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights. A/HRC/37/34, 3 janvier 2018, §12–13, p. 5.

³¹ SAMANTHA BESSON (2014), *La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme : L'exemple de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*. In Laurence Burgogues-Larsen (ed), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, 7, Pedone, pp. 59–85, 2014, Cahiers européens.

*tant de réduire ce risque ou, lorsqu'il se matérialise, d'y faire face (résilience) ».*³² Sans se focaliser sur des causes précises, cette définition est intéressante car elle place l'incapacité à mobiliser des ressources, comme dénominateur à toute expérience de vulnérabilité vécue. En effet, comme ZIMMERMANN le précise, la notion de vulnérabilité est aussi nécessairement relative à chaque personne, en fonction de *ses risques et résiliences* dans des situations spécifiques, tout au long de la vie.³³ La vulnérabilité caractériserait donc une capacité d'autonomie réduite, due notamment à un contexte qui empêcherait d'exercer ses droits et libertés fondamentales.³⁴

[53] Cette double approche générale et relative, se retrouve aussi dans l'appréhension de la vulnérabilité de HURST (membre ultérieurement de la Task Force COVID). Elle la définit comme « *une probabilité accrue de subir un tort : n'importe quel tort, pour n'importe quelle raison* »³⁵, et met ainsi en exergue la nécessité de l'envisager comme une condition universelle. Pour cette raison, elle ne doit dès lors pas être appréhendée comme un attribut de la personne, mais plutôt comme une situation³⁶, qui résulte de facteurs spécifiques, parfois combinés³⁷, auxquels toute personne peut être confrontée au cours de sa vie.

[54] C'est un discours très marqué des *disability studies* et de la protection juridique des personnes en situation de handicap.³⁸ L'étiquette de la vulnérabilité peut, en effet, elle-même conduire à plus de stéréotypes, de stigmatisation et de discrimination des personnes qui sont dites vulnérables.³⁹ Il est ainsi préférable de parler, par exemple, des personnes ou d'une population avec

-
- ³² SANDRA EGLI/EVA MARIA BELSER, Réaliser les droits fondamentaux des personnes vulnérables, *in*, Renforcer les droits humains en Suisse Nouvelles idées pour la politique et la pratique. Centre suisse de compétence pour les droits humains. Chapitre 6. 2022. Pages 109–128, p. 112. Se fondant sur, NESA ZIMMERMANN, La notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : Contours et utilité d'un concept en vogue, Université de Genève 2022. Schulthess. 728p. p. 172.
- ³³ Résolution du Parlement européen du 1^{er} juin 2017 contenant des recommandations à la Commission sur la protection des adultes vulnérables (2015/2085(INL)); NESA ZIMMERMANN, La notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : Contours et utilité d'un concept en vogue. 2022. *Op.Cit.*
- ³⁴ SAMANTHA BESSON (2014), La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme : L'exemple de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. *Op. Cit.* Voir aussi, UNHCHR (2018). Addressing human rights protection gaps in the context of migration and displacement of persons across international borders resulting from the adverse effects of climate change and supporting the adaptation and mitigation plans of developing countries to bridge the protection gaps, UNGA/HRC. 20p. §14, page 6. Voir aussi, UNHRC (2018). The Slow onset effects of climate change and human rights protection for cross-border migrants. 60p. p. 52.
- ³⁵ SAMIA HURST/PATRICK BODENMANN/HANS WOLFF/CARLOS MADRID, Protéger les personnes vulnérables : une exigence éthique à clarifier; *op. cit.*
- ³⁶ PATRICK BODENMANN/YVES-LAURENT JULIEN JACKSON/HANS WOLFF, Vulnérabilités, équité et santé. Chêne-Bourg : Médecine et Hygiène, 2018. 430p, p. 278 ss. Voir aussi, MONIKA MAYRHOFER (2025). The concept of vulnerability and its relation to the concepts of inequality and discrimination – a review article. *The International Journal of Human Rights*, pp 1–30.
- ³⁷ ANNIKA FRAHSA, La vulnérabilité dans les différentes phases de vie. Favoriser l'égalité des chances en matière de santé dans la promotion de la santé et la prévention. Promotion Santé Suisse, Feuille d'information n° 113. Janvier 2025. 14p.
- ³⁸ MIKAELA HEIKKILA/HISAYO KATSU/MAIJA MUSTANIEMI-LAAKSO (2020), Disability and vulnerability : a human rights reading of the responsive state. *The International Journal of Human Rights*, 24(8), 1180–1200; Beverley Clough, « Disability and Vulnerability : Challenging the Capacity/Incapacity Binary », *Social Policy and Society* 16, no. 3 (2017) : pp. 474–6.
- ³⁹ JACKY LEACH SCULLY (2014), Disability and vulnerability : On bodies, dependence, and power. In Catriona Mackenzie/Wendy Rogers/Susan Dodds (Eds.), *Vulnerability : New essays in ethics and feminist philosophy* (pp. 204–221). Oxford University Press. Voir aussi, Floris Tomasini (2019). *Narratives of Vulnerability*. In *Vulnerable Bodies : New Directions in Disability Studies*. London : Palgrave Macmillan UK. pp. 45–77.

besoins spécifiques dans le domaine de la santé⁴⁰ ou mieux, de faire référence à des « *situations de vulnérabilité* »⁴¹ au lieu de personnes vulnérables.

[55] Appréhender la vulnérabilité requiert dès lors d'en identifier les causes possibles dans la vie quotidienne, en prêtant une attention particulière aux facteurs qui sont connus pour être déterminants en matière de santé. HURST suggère qu'un processus « de diagnostic » soit réalisé. Si ce terme a une connotation médicale potentiellement trompeuse, nous pensons aussi qu'un processus systématique de recherche des configurations de vulnérabilités est indispensable, pour identifier les dommages, mais aussi les moyens de protection et les personnes à qui incombe un devoir de protection.⁴²

1.2.2.1. Une appréciation large de la vulnérabilité par la Task Force Scientifique Nationale Covid-19

[56] L'établissement de la *Task Force* Scientifique Nationale Covid-19 (NCS-TF) par la cellule de crise du Conseil fédéral, l'OFSP et le SERI, avait pour objectif de fournir des recommandations médicales, économiques et sociales fondées sur des données probantes dans le cadre du processus décisionnel du Conseil fédéral. Ce mandat illustre la place donnée à l'information scientifique, et met bien en évidence la volonté étatique d'une prise de décisions fondée sur l'état de la science.

[57] Il est, à ce titre, intéressant d'observer les thématiques qui ont été abordées par la *Task Force*. Sur 96 *policy brief* publiés entre mars 2020 et mars 2022, 22 *policy brief* portaient sur une évaluation des effets sociaux de la pandémie et tout particulièrement sur certains groupes de populations.⁴³ La quantité n'est pas forcément ce qui importe le plus, car le message était clair.

[58] Dès le début de la pandémie, les experts du domaine éthique, légal et social, mettaient en évidence l'omniprésence d'un gradient socio-économique dans les effets des mesures.⁴⁴ Ils poin-

⁴⁰ PATRICK BODENMANN/YVES-LAURENT JULIEN JACKSON/FRANCIS VU/HANS WOLFF, Vulnérabilités, diversités et équité en santé. 22 mars 2022. 2ème éditions. RMS-Editions, Chêne-Bourg. 704p. Deuxième partie, p. 281ss.

⁴¹ YVES JACKSON/PATRICK BODENMANN/CLAUDINE BURTON-JEANGROS/KEVIN MORISOD/LAURENT GÉTAZ/ÉLODIE SCHMUTZ/STÉPHANIE BAGGIO/VÉRONIQUE S. GRAZIOLI, Recherche sur la santé des populations vulnérables : enjeux et opportunités. Rev Med Suisse 2023 ; 19 : 1311–4.

⁴² Voir pour « diagnostiquer la vulnérabilité », les « vulnérabilités claires » et les « vulnérabilité controversée » SAMIA HUST. Protéger les personnes vulnérables : une exigence éthique, in : Bodenmann et al, (éd) Vulnérabilités, diversités et équité en santé, 2e ed., RMS Editions / Médecine et Hygiène 2022, Chapitre 1.22, pp. 241.p. 1054–1057.

⁴³ Task Force Scientifique Nationale Covid-19. Ethical, legal, and social benchmarks for transition strategies (11 avril 2020), Aspects légaux, sociaux et éthiques du confinement prolongé des personnes vulnérables (4 mai 2020 « *Continued confinement of those most vulnerable to COVID-19* »), Inégalité des genres dans la crise du Covid-19 (14 mai 2020), Comment contrôler l'épidémie du Covid-19 en minimisant les coûts économiques et sociaux (26 mai 2020), Les effets psychologiques du confinement et du déconfinement (14 juin 2020), Prise en charge des personnes âgées durant l'épidémie du Covid-19 : comment les protéger tout en leur assurant leurs libertés (15 juin 2020), Protéger la santé physique et mentale du personnel soignant (15 juin 2020), Analyse de l'augmentation du chômage durant la pandémie (16 juin 2020), Avenir de la Swiss National COVID-19 Science Task Force (23 juin 2020), Communiquer clairement pour endiguer l'épidémie (22 juillet 2020), Quels compromis entre santé et économie? (18 août 2020), Evaluation de la stratégie d'infection généralisée (14 septembre 2020), Pourquoi, dans la situation actuelle, des mesures de politique de santé de grande envergure ont un sens d'un point de vue macroéconomique (19 janvier 2020), Les masques constituent un bien essentiel? (7 janvier 2021) L'impact de la pandémie de COVID-19 sur la santé mentale en Suisse (20 janvier 2021), Les conséquences de la saturation des unités de soins intensifs (20 janvier 2021), Protéger les personnes âgées en soins de longue durée et préserver leur qualité de vie (22 janvier 2021), Une stratégie nationale sur les certificats numériques est nécessaire (21 février 2021), Aspects éthiques, légaux et sociétaux de traitements différenciés pour les personnes vaccinées ou non contre le COVID-19 (19 février 2021), Comment établir les priorités pour l'accès aux futurs vaccins (12 mars 2021), Considérations sur les réponses à l'hésitation vaccinale (20 août 2021), Stratification sociale du COVID-19 (24 mars 2022).

⁴⁴ Task Force Scientifique Nationale Covid-19. Quels compromis entre santé et économie?, 18 août 2020, p. 4.

taient la nécessité d'identifier avec précision les groupes de personnes susceptibles d'être désavantagés par le virus d'une part, et par les mesures de lutte contre sa propagation, d'autre part.⁴⁵

[59] Tout au long de leurs recommandations, une distinction est ainsi faite entre les personnes qui font face à une susceptibilité plus forte d'être contaminées par le virus et, ou d'avoir une forme plus grave de la maladie⁴⁶, regroupées sous le terme « vulnérabilité au Covid-19 »⁴⁷, de celles qui sont vulnérabilisées par les mesures de lutte, leur contenu et leur durée.

[60] Bien que ces catégories ne soient pas hermétiques⁴⁸, des personnes pouvant se situer dans les deux, cette décomposition était importante dans un début de pandémie fortement marqué par la visibilité de la vulnérabilité médicale. Au-delà de la lutte contre la contamination, elle a ainsi ouvert la voie à une reconnaissance d'autres formes de vulnérabilités en temps de pandémie.

[61] Plusieurs formes de vulnérabilités ont été observées. Une première manière de les catégoriser a été de les répartir sous la forme de groupes de personnes vulnérabilisées. En parallèle, trois causes de vulnérabilités étaient aussi identifiées : la vulnérabilité économique, sociale et mentale. Enfin, la *Task Force* distingue des groupes de personnes présentant un risque potentiel de discrimination directe ou indirecte.

1.2.2.1.1. Les groupes de personnes vulnérabilisées

[62] Plusieurs groupes de personnes ont fait l'objet d'une attention toute particulière, en raison de leur exposition ou susceptibilité accrue à un désavantage, à la perte d'une chance de pouvoir prendre le contrôle de leur vie ou d'exercer leur autonomie.

[63] La catégorisation initiale des *personnes de plus de 65 ans* comme faisant partie du groupe des personnes vulnérables au Covid-19 a fait l'objet de critiques.⁴⁹ Il est en effet progressivement apparu que le critère de l'âge ne permettait pas de faire émerger un groupe homogène de personnes présentant un risque uniforme de subir des conséquences sévères d'une infection par le virus.⁵⁰ La justification d'un traitement différencié fondée sur ce critère s'est peu à peu étiolée.⁵¹

[64] De la même manière, les membres de la *Task Force* ont mis en évidence l'impact plus fort de la pandémie sur *les femmes*, en raison de leur exposition accrue au virus dans l'exercice de professions d'importance systémique. Ils observent par exemple, leur surreprésentation professionnelle dans des secteurs-clés de la réponse à la pandémie, comme le système de soins, les services d'ap-

⁴⁵ Task Force Scientifique Nationale Covid-19 (NCS-TF). Ethical, legal, and social benchmarks for transition strategies. ELSI Report, 11 avril 2020, 9 pages.

⁴⁶ Task Force Scientifique Nationale Covid-19 (NCS-TF), Continued confinement of those most vulnerable to COVID-19 4 mai 2020, p. 3.

⁴⁷ Task Force Scientifique Nationale Covid-19 (NCS-TF), Continued confinement of those most vulnerable to COVID-19 4 mai 2020, p. 3.

⁴⁸ Sur les conclusions scientifiques sur l'inégale distribution des effets du Covid-19 à travers les groupes socio-économiques, même en l'absence d'intervention par des mesures non-pharmaceutiques de l'Etat, voir Task Force Scientifique Nationale Covid-19. Quels compromis entre santé et économie? 18 août 2020, p. 4.

⁴⁹ Interpellation parlementaire d'Oliver FELLER 20.3552 du 4 mai 2020, N'est-il pas discriminatoire de qualifier sans aucune différenciation toutes les personnes de plus de 65 ans de « vulnérables »?. Conseil national. <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20203252> (5 août 2025).

⁵⁰ Task Force Scientifique Nationale Covid-19. Continued confinement of those most vulnerable to COVID-19 4 mai 2020. p. 2.

⁵¹ Voir aussi §2.1.1.1 dans cet article.

provisionnement en nourriture et l'éducation.⁵² Elles sont aussi souvent représentées dans les groupes de proche-aidants.⁵³ Si seules les femmes enceintes ont été temporairement placées dans la catégorie des groupes vulnérables, un traitement différencié des femmes en général par rapport aux hommes, aurait, à l'instar des personnes de plus de 65 ans, probablement été trop large pour délimiter un groupe homogène de personnes justifiant une différence de traitement sur la base du sexe. A des fins de détermination de mesures ciblées sur des groupes de femmes, la Commission fédérale sur les questions féminines recommandait en 2022, la mise en place de collecte spécifique de données différenciées par genre, niveau social et statut migratoire.⁵⁴ Il s'agit-là, d'une étape inévitable pour rendre visible des expériences de vie, identifier des besoins sanitaires, économiques et sociaux spécifiques, et finalement avoir la capacité d'adopter des interventions politiques ciblées.

[65] A l'instar des femmes, l'impact des mesures sur *les populations de jeunes* a aussi fait l'objet d'une attention particulière, avec une mise en perspective de l'évolution de leur santé mentale, de leur exposition au stress et à l'isolement social.⁵⁵ Un rapport de Pro Juventute de 2021 renforce ces observations.⁵⁶ Il souligne les effets de la pression psychologique exercée par les restrictions sociales sur leur bien-être et appelle à porter une attention toute particulière aux enfants et aux jeunes qui vivaient déjà dans des conditions difficiles avant la pandémie. Sont ainsi particulièrement visés, les enfants de familles socialement défavorisées ainsi que, les jeunes placés dans des institutions résidentielles de l'aide à l'enfance et à la jeunesse. Le rapport relève l'isolement généré par des mesures qui frappaient ces enfants, jeunes en dehors du cadre familial.⁵⁷ L'importance d'assurer une veille de ces effets à long terme a été relevée par plusieurs experts. Dans cette optique, il a été proposé de mettre en place un observatoire de la jeunesse, pour suivre les besoins sanitaires, sociaux, éducatifs des jeunes. Cette initiative pourrait contribuer à la production systématique de données sur ces groupes, et ainsi guider des interventions ciblées.⁵⁸ Des recommandations concrètes ont par ailleurs été formulées afin de mieux considérer les défis auxquels sont confrontés les enfants, notamment en incluant des jeunes, enfants et/ou des spécialistes des droits de l'enfant dans les task forces fédérales et cantonales créées en temps de pandémie, et au-delà.⁵⁹

⁵² Task Force Scientifique Nationale Covid-19. Inégalité des genres dans la crise du Covid-19 (14 mai 2020).

⁵³ Task Force Scientifique Nationale Covid-19. Ethical, legal, and social benchmarks for transition strategies (11 avril 2020). Voir aussi, CLAUDIA KESSLER/LISA GUGGENBÜHL, Répercussions de la pandémie de coronavirus sur la santé de la population en termes de vulnérabilité et de ressources. Sélection de résultats de recherches de 2020 pour la Suisse., Promotion Santé Suisse, Document de travail 52, 2021 Berne et Lausanne. 25p.

⁵⁴ Commission fédérale pour les questions féminines CFQF : Recommandations concernant l'étude « Effets sexospécifiques des mesures étatiques de lutte contre le COVID-19 », mai 2022.9p.

⁵⁵ Task Force Scientifique Nationale Covid-19. L'impact de la pandémie de COVID-19 sur la santé mentale en Suisse, 20 janvier 2021.

⁵⁶ Pro Juventute. Rapport de Pro Juventute sur le coronavirus. Impacts de la pandémie de Covid-19 sur les enfants, les jeunes et leurs familles en Suisse. 25 février 2021. 17p.

⁵⁷ Pro Juventute. 2021. *Op.cit.* p. 6.

⁵⁸ YARA BARRENSE-DIAS/JOAN CARLES, SURIS/SÉBASTIEN URBEN, Pandémie COVID-19 et jeunesse : le point de vue et les réflexions d'un groupe d'expertes. Lausanne, Unisanté – Centre universitaire de médecine générale et santé publique, 2021 (Raisons de Santé : Les Essentiels 33). 4p. pp. 2–3.

⁵⁹ SANDRA HOTZ, Le droit de participation des enfants en temps de pandémie, in Renforcer les droits humains en Suisse Nouvelles idées pour la politique et la pratique. Centre suisse de compétence pour les droits humains. avec références, Chapitre 12, pp. 223–244.

[66] De manière générale, c'est l'ensemble du *personnel de soins* qui a été également considéré⁶⁰, ainsi que les personnes qui n'ont pas la possibilité de télétravailler.⁶¹ Une étude de 2022, met en évidence l'évolution de la réponse psychique du personnel de soins et de première ligne tout au long de la pandémie. Elle met en lumière la peur liée notamment à l'incertitude, mais aussi la charge associée à l'augmentation du volume de travail durant la première vague, la survenue de la fatigue, de l'épuisement compassionnel et du stress.⁶² Plusieurs appels ont été formulés pour garantir des conditions de travail adéquates en temps de crise, pour soutenir la capacité du système de soins et veiller au bien-être du personnel de santé et les travailleurs de premières lignes.⁶³

1.2.2.1.2. Trois causes : vulnérabilités économiques, sociales et mentales

[67] Au-delà des groupes de personnes, trois causes de vulnérabilité étaient aussi identifiées.

[68] *La vulnérabilité économique*⁶⁴ était la plus évidente. Elle a découlé du ralentissement de l'activité économique du pays, des pertes de revenus⁶⁵, de la recherche d'emploi devenue plus difficile. Elle a justifié la mise en place de compensations financières⁶⁶ pour des travailleurs salariés, des demandeurs d'emploi, des indépendants et certaines entreprises. Ces mesures compensatoires ont non seulement permis de limiter la précarisation d'une partie de la société, mais elles étaient également indispensables pour assurer l'adhérence aux mesures d'isolement, de quarantaine et de confinement.⁶⁷

[69] En parallèle, des formes de *vulnérabilités sociales* ont été observées. Le confinement strict des personnes âgées⁶⁸, les restrictions de visites dans les EMS, la solitude, le manque d'autonomie⁶⁹ et de perspectives⁷⁰, ont contribué à vulnérabiliser certains groupes de personnes. Pour les experts

⁶⁰ Task Force Scientifique Nationale Covid-19. L'impact de la pandémie de COVID-19 sur la santé mentale en Suisse 20 janvier 2021.

⁶¹ Task Force Scientifique Nationale Covid-19. Ethical, legal, and social benchmarks for transition strategies (11 avril 2020).

⁶² VÉRONIQUE GRAZIOLI/KONSTANTINOS TZARTZAS/JÉRÉMIE BLASER/MADISON GRAELLS/ELODIE SCHMUTZ/ISABELLE PETITGENET/BERNARD FAVRAT/JAVIER SANCHIS ZOZAYA/IOANNIS KOKKINAKIS/REGIS MARION-VEYRON/PATRICK BODENMANN (2022), Risk Perception Related to COVID-19 and Future Affective Responses Among Healthcare Workers in Switzerland : A Mixed-Methods Longitudinal Study. *Int J Public Health*, vol 67, n° 1604517. 9p.

⁶³ SONJA WEILENMANN/JUTTA ERNST/HEIDI PETRY/MONIQUE C PFALTZ/ONUR SAZPINAR/SAMUEL GEHRKE FRANCESCA PAOLERCIO/ROLAND VON KÄNEL/TOBIAS R SPILLER (2021), Health Care Workers' Mental Health During the First Weeks of the SARS-CoV-2 Pandemic in Switzerland—A Cross-Sectional Study. *Front. Psychiatry* 12 :594340. Voir aussi, STEVE KISELY/NICOLA WARREN/LAURA MCMAHON/CHRISTINE DALAIS/IRENE HENRY/DAN SISKIND. Occurrence, prevention, and management of the psychological effects of emerging virus outbreaks on healthcare workers : rapid review and meta-analysis. *BMJ*. (2020) vol 369 :m1642. 11p.

⁶⁴ Task Force Scientifique Nationale Covid-19. Quels compromis entre santé et économie?, 18 août 2020.

⁶⁵ Task Force Scientifique Nationale Covid-19. Quels compromis entre santé et économie? 18 août 2020, p 4.

⁶⁶ Task Force Scientifique Nationale Covid-19. Analyse de l'augmentation du chômage durant la pandémie 16 juin 2020.

⁶⁷ Task Force Scientifique Nationale Covid-19. Strategy to control the epidemic of SARS-CoV-2 in Switzerland and protect lives and livelihoods 26 mai 2020, p. 3.

⁶⁸ Task Force Scientifique Nationale Covid-19. Prise en charge des personnes âgées durant l'épidémie du Covid-19 : comment les protéger tout en leur assurant leurs libertés, 16 juin 2020.

⁶⁹ Task Force Scientifique Nationale Covid-19. Prise en charge des personnes âgées durant l'épidémie du Covid-19 : comment les protéger tout en leur assurant leurs libertés, 16 juin 2020. Voir aussi, Protéger les personnes âgées en soins de longue durée et préserver leur qualité de vie, 21 janvier 2021.

⁷⁰ Task Force Scientifique Nationale Covid-19. L'impact de la pandémie de COVID-19 sur la santé mentale en Suisse, 20 janvier 2021.

de la *Task force*, un gradient social marque l'ensemble de la réponse sociétale à la gestion de la pandémie.⁷¹ Des facteurs tels que l'éducation, la race et l'ethnicité, le lieu de vie, le statut de citoyen⁷² ont pu conduire à des inégalités dans l'exposition au virus, mais aussi influencer la capacité à s'en protéger. Il a également été noté que ces facteurs pouvaient influencer l'accès à, et la compréhension, des messages de communication des autorités sanitaires.⁷³

[70] En conséquence directe, la *vulnérabilité mentale* a aussi été manifeste.⁷⁴ Présente pour les professionnels de santé exposés à la surcharge de travail⁷⁵ dans des conditions stressantes, elle a également été observée au sein de la population jeune et pour les adultes en raison de la précarité économique et autres causes sociales.⁷⁶

1.2.2.1.3. Potentiel de discriminations directes ou indirectes

[71] Enfin, les membres de la *Task force* ont aussi mis en évidence des formes de vulnérabilité liées au potentiel de certains groupes de personnes à faire l'objet de discriminations directes et indirectes. C'est le cas des personnes à risque de violences, celles vivant dans des conditions précaires, les familles monoparentales, les personnes en situation de handicap et les enfants rencontrant des difficultés d'apprentissage⁷⁷, mais aussi les personnes migrantes et sans-papiers.⁷⁸ Les patients malades atteints d'autres maladies que le Covid-19 sont également mentionnés.⁷⁹

[72] Ces experts notent aussi le développement de la pratique de triage informel face à la saturation des services de soins intensifs et l'exclusion de patients atteints du Covid-19 des soins

⁷¹ Task Force Scientifique Nationale Covid-19. Stratification sociale du COVID-19, 24 mars 2022.

⁷² Task Force Scientifique Nationale Covid-19. Covid-19 Vaccines : Process to determine priority and allocation & National and International Responsibilities for Access. 12 mars 2021, p. 12.

⁷³ Task Force Scientifique Nationale Covid-19. Communiquer clairement pour endiguer l'épidémie, 22 juillet 2020, p. 6.

⁷⁴ Task Force Scientifique Nationale Covid-19. Les effets psychologiques du confinement et du déconfinement, 20 mai 2020, voir aussi, L'impact de la pandémie de COVID-19 sur la santé mentale en Suisse, 20 janvier 2021. Dans la jurisprudence, « la vulnérabilité » face à une maladie mentale / prédispositions mentales est assez souvent citée : ATF 145 IV 383 (vulnérabilité aux épisodes dissociatifs), ATF 134 I 221 une pathologie schizophrénique implique la vulnérabilité ; « genetische Vulnerabilität » für eine psychische Krankheit / Depression : ATF du 9.6.2021 / 8C_752/2020, « narzisstische Vulnerabilität » : arrêts TF du 26.10.2011/8C_474/2011, 27.11.2018/9C_287/2018, et du 18.8.2017 / 8C_69/2017 et « vulnerable Prädisposition » für eine dissoziative « Störung » arrêts TF du 6.8.2020/2C_506/2020, du 30.7.2009/8C_1022/2008, du 20.2.2020/8C_416/2020.

⁷⁵ Task Force Scientifique Nationale Covid-19. Protéger la santé physique et mentale du personnel soignant, 15 juin 2020.

⁷⁶ Task Force Scientifique Nationale Covid-19. Aspects éthiques, légaux et sociétaux de traitements différenciés pour les personnes vaccinées ou non contre le COVID-19, 19 février 2021.

⁷⁷ Task Force Scientifique Nationale Covid-19. Ethical, legal, and social benchmarks for transition strategies. ELSI Report (11 avril 2020), 9 pages.

⁷⁸ JACOPO OGRABEK, Les personnes sans-papiers et leur (non-) accès aux soins, in : Jusletter 30 janvier 2023.

⁷⁹ Task Force Scientifique Nationale Covid-19. Ethical, legal, and social benchmarks for transition strategies. ELSI Report (11 avril 2020), 9p.

qui leur seraient nécessaires.⁸⁰ Il en est de même pour l'accès prioritaire aux vaccins⁸¹, voire à l'inverse les personnes qui ne souhaitent pas se faire vacciner.⁸²

1.2.2.2. L'apport continu de la littérature sur l'interdépendance entre causes de vulnérabilités et les opportunités d'aide

[73] En miroir aux perspectives de la *Task Force*, la littérature scientifique continue d'enrichir les connaissances sur la diversité des manifestations de la vulnérabilité en temps de pandémie.

[74] EGLI et BELSER, par exemple, les ont analysées sous l'angle de leurs causes et ont proposé trois « catégories », très en lien avec les modèles articulant les déterminants de la santé.⁸³ Il y aurait à la fois des *causes personnelles* (l'âge ou la maladie, par ex.), *situationnelles* (telles que privation de liberté ou situation de séjour irrégulière) et *structurelles* (pauvreté, racisme, LGBTIQ*-phobie ou d'autres formes passées et présentes de discrimination). On retrouve ces mêmes causes dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, où elles sont encore sous-catégorisées.⁸⁴

[75] Ces causes sont parfois difficiles à distinguer les unes des autres, et elles s'influencent mutuellement. Par exemple, un licenciement discriminatoire (structurel) peut entraîner le chômage (situationnel), qui peut conduire à la dépression ou à d'autres maladies mentales (individuelles), qui peuvent à leur tour engendrer de nouvelles formes de discrimination.

[76] Mais elles restent utiles selon notre opinion, pour comprendre les possibles causes primaires/initiales de la vulnérabilité. Elles ne doivent cependant pas être envisagées de manière hermétique. Il est essentiel de porter notre attention sur les interactions et chevauchements qui se nouent entre elles dans la pratique,⁸⁵ et la manière dont l'Etat à la capacité de systématiquement les intercepter, les considérer, pour apporter un soutien adapté à une autonomisation progressive.⁸⁶ Elles doivent par ailleurs être mises en relation avec les opportunités d'assistance situationnelles et structurelles. En effet, si les causes individuelles telles que le sexe, l'âge, l'état de santé, la déficience corporelle, mentale ou psychique peuvent expliquer des différences de susceptibilité aux pathogènes infectieux, elles ne deviennent des causes de vulnérabilité, que si elles ne sont pas adéquatement appréhendées par l'environnement situationnel et structurel, familial, social et politique.

⁸⁰ Task Force Scientifique Nationale Covid-19. Les conséquences de la saturation des unités de soins intensifs, 20 janvier 2021. Voir aussi le texte original en anglais, *The double burden of operating near intensive care saturation in Switzerland*. 12.01.2021. 8p.

⁸¹ Task Force Scientifique Nationale Covid-19. Comment établir les priorités pour l'accès aux futurs vaccins 12 mars 2021.

⁸² Task Force Scientifique Nationale Covid-19. Aspects éthiques, légaux et sociétaux de traitements différenciés pour les personnes vaccinées ou non contre le COVID-19, 19 février 2021.

⁸³ GÖRAN DAHLGREN/MARGARET WHITEHEAD 1991, *Policies and Strategies to Promote Social Equity in Health*. Stockholm, Sweden : Institute for Futures Studies, 67p. Voir aussi, Robert Evans/Gregory Stoddart. 1990. *Producing health, consuming healthcare*. *Social Science and Medicine* 31 :1347–1363.17p.

⁸⁴ *Vulnérabilité d'une personne en situation ou face à peine / prison* (ATF 141 IV 61), les situations des gens du voyage (ATF 145 I 73, 138 I 205) ou d'une personne en situation de fuite et en procédure de droit d'asile (TFA, arrêt du 2 avril 2019, E-1380/2019 cons. 4.4.1, 4.3.5., TFA, arrêt du 12 septembre 2016, D-3108/2016, TFA, arrêt du 31 mars 2021, D-3798/2019).

⁸⁵ SANDRA EGLI/EVA MARIA BELSER, *Réaliser les droits fondamentaux des personnes vulnérables*, in, *Renforcer les droits humains en Suisse Nouvelles idées pour la politique et la pratique*. Centre suisse de compétence pour les droits humains. Chapitre 6. 2022. Pages 109–128. p. 112.

⁸⁶ BÉNÉDICTE LAVAUD-LEGENDRE, *La paradoxale protection de la personne vulnérable par elle-même : les contradictions d'un « droit de la vulnérabilité » en construction*. RDSS. *Revue de droit sanitaire et social*, 2010, 03, pp. 520.

[77] L'exemple des personnes en situation de handicap est encore ici tout particulièrement parlant.

[78] Les personnes touchées par un handicap ne sont pas vulnérables en elles-mêmes. Ce n'est que lorsqu'elles sont confrontées à des obstacles particuliers, dans certaines tâches et étapes de la vie, et que l'environnement ne leur permet pas d'y faire face, qu'elles se retrouvent en situation de vulnérabilité.⁸⁷ La décision de la Cour constitutionnelle allemande demandant au législateur de prendre des dispositions pour éviter des cas de discrimination des personnes handicapées en cas de triage aux soins intensifs en temps de pandémie, est ici particulièrement illustrative. En l'espèce, des recommandations cliniques proposaient de justifier les décisions de triage sur la probabilité de succès thérapeutique, ce qui diminuait les chances des personnes en situation de handicap. La Cour fondait sa décision sur l'art. 25 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées et l'art. 3 Grundgesetz (La Loi fondamentale). Dans la décision, la Cour rappelle que la deuxième phrase de l'art. 3, al. 3 de la Loi Fondamentale interdit à l'Etat toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le handicap. Elle met ainsi en évidence l'obligation de protéger efficacement les personnes contre tout traitement défavorable en raison de leur handicap, y compris par des tiers.⁸⁸

[79] Il semble dès lors important de considérer la vulnérabilité dans le contexte de trajectoires de vie⁸⁹, constituées à la fois de défis personnels, structurels et situationnels, mais aussi d'opportunités structurelles et situationnelles.

[80] Les situations de vulnérabilité dans les trajectoires de vie résultent d'un déséquilibre entre les défis subis et les opportunités d'aides auxquelles certains groupes de personnes sont exposés.⁹⁰ Ainsi, au-delà des « causes personnelles » initiales, les trajectoires de vie incluent nécessairement le « contexte situationnel de la personne ». Celui-ci s'appuie sur une grande diversité de paramètres. En voici quelques exemples :

- *Le lieu de vie en est un.* La capacité d'obtenir des formes d'assistance et la variété, et la qualité de celles-ci, peuvent varier selon que la personne évolue seule, sans domicile, dans un milieu carcéral, en EMS, en établissement de soins de longue durée, dans un foyer d'accueil de victimes de violence domestique ou un hébergement collectif. La littérature met ici en évidence les différences de bien-être en fonction de la taille du logement et du nombre d'habitants qui y vivent,⁹¹ ainsi que l'environnement direct de ce logement, à savoir s'il se trouve en milieu urbain et la proximité de zones vertes.⁹²

⁸⁷ OMS. Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé. 2001.

⁸⁸ Bundesverfassungsgericht. Beschluss vom 16. Dezember 2021, No. 1 BvR 1541/20 –, Rn. 1–131. Le succès thérapeutique devait être évalué selon des critères médicaux : le pronostic individuel, la présence de comorbidités, le niveau de fragilité globale, ainsi que l'état général de santé du patient. Voir Günter DÜRIG/ROMAN HERZOG/RUPERT SCHOLZ, Beck-Online, 2021, Komm-Grundgesetz, art. 3 al. 3, n.1.

⁸⁹ JACQUES-ANTOINE GAUTHIER/GAELLE AEBY (2023), Life Trajectories as Products and Determinants of Social Vulnerability. In : Dario Spini/Erik Widmer (eds) *Withstanding Vulnerability throughout Adult Life*. Palgrave Macmillan, Singapore. 451p. Chapitre 18. pp. 285–302.

⁹⁰ STÉPHANE CULLATI/CLAUDINE BURTON-JEANGROS/THOMAS ABEL, Vulnerability in health trajectories : life course perspectives. *Swiss Journal of Sociology*, 2018, vol. 44, n° 2, p. 203–216.

⁹¹ FERDINANDO FORNARA et al., Space at home and psychological distress during the Covid-19 lockdown in Italy. *Journal of Environmental Psychology*, Volume 79, February 2022, 101747. 10p.

⁹² DANIELA D'ALESSANDRO et al., COVID-19 and Living space challenge. Well-being and Public Health recommendations for a healthy, safe, and sustainable housing. *Acta Biomed.* 2020 Jul 20;91(9-S) :61–75.

- *Les conditions de travail* constituent aussi un aspect essentiel de la mesure du degré de vulnérabilité et de la capacité de chacun à trouver des alternatives pour promouvoir les conditions de bien-être. Des études montrent un lien clair entre le niveau de formation professionnelle et le degré de télétravail.⁹³ Si le travail à distance permettait de se protéger du virus, la littérature illustre les difficultés rencontrées par certains ménages pour trouver un équilibre entre les tâches professionnelles et familiales d'une part, mais aussi l'isolement perçus par certaines personnes.⁹⁴ Les travailleurs des domaines dits essentiels ont en parallèle été plus exposés au virus et ont parfois dû exercer leur métier dans des conditions plus stressantes.⁹⁵
- Enfin, le contexte situationnel inclut aussi *la situation sociale*. Celle-ci dépend de multiples facteurs comme l'état civil, le niveau d'éducation, la situation familiale, le revenu et la langue parlée. Une étude conduite dans le canton de Genève montre que des regroupements de cas de Covid-19 ont persisté beaucoup plus longtemps dans les quartiers défavorisés sur le plan socio-économique.⁹⁶ Une autre propose des recommandations pour dépasser les iniquités en santé générées par des barrières de langues.⁹⁷ Il a également été observé ailleurs, que la pandémie avait altéré l'avantage des couples mariés en matière de bonheur par rapport aux personnes non mariées. Cette dernière analyse invite cependant les décideurs à considérer la situation des couples divorcés dont le niveau de bien-être a toujours été, même pendant la pandémie, en deçà du niveau des personnes mariées.⁹⁸

[81] Ces exemples de situations de vie s'apparentent pour les personnes qui y sont exposées, au mieux à des chances d'obtenir des formes d'assistance ciblée par le biais de la famille, des relations sociales, professionnelles et communautaires, mais aussi à des risques individuels et collectifs spécifiques en temps de pandémie.

[82] Il y a également l'influence du *contexte politique-juridique, donc structurel*, sur ces causes de vulnérabilité. Il est finalement celui qui semble le plus éloigné des vies des personnes mais ses effets sont en réalité considérables.⁹⁹ Il détermine l'ampleur des opportunités de corriger, ou au contraire de maintenir, les causes de vulnérabilités personnelles et situationnelles.

[83] Les politiques publiques y tiennent ainsi une place importante car ce sont elles qui structurent l'environnement politique, social et économique.¹⁰⁰ Ces politiques se concrétisent souvent par le biais du droit. Elles cristallisent à un moment donné, pour une population donnée, la ma-

⁹³ JAN-ERIK REFLE et al. (2020), First results of the Swiss Household Panel – Covid-19 Study. FORS Working Paper Series, paper 2020-1. Lausanne : FORS. 51p. p. 13.

⁹⁴ JAN-ERIK REFLE et al. (2020), Op. Cit. p. 46.

⁹⁵ MATTIAS DÜTSCH, COVID-19 and the labour market : What are the working conditions in critical jobs? *J Labour Market Res* 56, 10 (2022). 17p.

⁹⁶ DAVID DE RIDDER/JOSÉ SANDOVAL/NICOLAS VUILLEUMIER/ANDREW AZMAN/SYLVIA STRINGHINI/LAURENT KAISER/STÉPHANE JOOST/IDRISS GUESSOUS, Socioeconomically Disadvantaged Neighborhoods Face Increased Persistence of SARS-CoV-2 Clusters. *Front Public Health*. 2021 Jan 27;8 :626090. 4p.

⁹⁷ PILAR ORTEGA/GLENN MARTINEZ/LISA DIAMOND, Language and Health Equity during COVID-19 : Lessons and Opportunities. *J Health Care Poor Underserved*. 2020;31(4) :1530-1535. 6p.

⁹⁸ HUI LIU/NING HSIEH, Marital Status and Happiness During the COVID-19 Pandemic. *J Marriage Fam*. 2024 Apr;86(2) :pp. 473-493.

⁹⁹ SCOTT BURRIS et al., The « Legal Epidemiology » of Pandemic Control. *New England Journal of Medicine*, Volume 384, Number 21, May 27, 2021, p. 1973-1975.

¹⁰⁰ LAWRENCE O GOSTIN et al., The legal determinants of health : harnessing the power of law for global health and sustainable development. *The Lancet*, Volume 393, Issue 10183, 1857 – 1910

nière dont les organes décisionnels de l'Etat apprécient l'étendue de l'intérêt public, domaine de la responsabilité de l'Etat, par rapport à la responsabilité individuelle.

[84] Elles sont, en ce sens, sources d'opportunités de soutien, mais aussi parfois de négligence, quand elles ne prévoient pas les conditions nécessaires pour que toutes les personnes puissent exercer leur responsabilité individuelle.¹⁰¹

[85] Si la littérature est donc unanime sur la capacité du droit à modeler l'environnement dans lequel les individus vivent et à modifier les comportements¹⁰², il est crucial de déterminer (et ensuite de reconnaître) comment l'influence s'exerce. En tant que déterminant de la santé, le droit peut générer des répercussions positives ou négatives sur la capacité de certains groupes de populations à prendre le contrôle de leur santé et à se maintenir en bonne santé.¹⁰³ Cette influence doit pouvoir être observée dans le temps aussi, dans la mesure où les situations de vulnérabilité résultent parfois de l'ensemble des politiques auxquelles les individus ont été exposés au cours de leur vie.

[86] *La capacité à faire valoir ses droits et l'accès à la justice* est aussi importante. Elle permet de faire cesser des situations injustes et d'obtenir des formes de réparations.

[87] En Suisse, plusieurs mesures visant la population dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus sur la base de l'article 40 LEp, ont fait l'objet de recours devant les tribunaux. Il s'agissait de déterminer si les restrictions aux droits humains générées par les mesures cantonales, telles que l'obligation du port du masque dans les commerces et les supermarchés¹⁰⁴, de dépistage pour le personnel non vacciné des établissements de santé et institutions sociales¹⁰⁵, ou les limitations de réunions privées et de manifestations publiques¹⁰⁶, étaient compatibles avec les conditions de l'article 36 Cst. Le Tribunal fédéral a ici souvent jugé que les mesures Covid19 étaient légales et proportionnées. Il est important de noter que la capacité individuelle à faire valoir ses droits et d'agir en justice est souvent inégalement répartie.¹⁰⁷ Le rôle des syndicats et associations de représentation des intérêts de groupes de population est ici crucial pour rendre l'accès à la justice effectif. On peut notamment citer les associations de patients, de citoyens et de parents, mais aussi les associations médicales, économiques ou de travailleurs.

[88] A ce titre, devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), l'association Communauté genevoise d'action syndicale, a initialement obtenu gain de cause en faisant condamner la Suisse pour violation de l'article 11 al. 1 de la Convention Européenne des droits de l'homme, relatif à la liberté de réunion. Entre le 17 mars et le 30 mai 2020, une interdiction générale des réunions publiques, empêchait l'association de poursuivre ses activités de défense des intérêts des travailleurs. Les sanctions pénales prévues en cas de violation de cette interdiction justifiaient, selon la Cour, qu'un contrôle particulier de proportionnalité soit effectué par les juridictions in-

¹⁰¹ JEAN-MICHEL BONVIN/JEAN-PIERRE TABIN/ANNE PERRIARD/ÉMILIE ROSENSTEIN/MAX LOVEY, Social Policies, Vulnerability and the Life Course : A Complex Nexus In : Dario Spini/Erik Widmer (eds) *Withstanding Vulnerability throughout Adult Life*. Palgrave Macmillan, Singapore. 451p. Chapitre 8, pp. 123–138.

¹⁰² LAWRENCE O GOSTIN et al., The legal determinants of health : harnessing the power of law for global health and sustainable development. *Op. Cit.*

¹⁰³ SCOTT BURRIS et al., The « Legal Epidemiology » of Pandemic Control. *New England Journal of Medicine*, *op.cit.*

¹⁰⁴ ATF 147 I 393.

¹⁰⁵ ATF 149 I 105.

¹⁰⁶ ATF 147 I 450.

¹⁰⁷ JUDITH WYTENBACH/ELIANE BRAUN, Weniger Frauen als Männer vor Bundesgericht Kurzstudie : Auswertung von 4383 Urteilen. Bern, mars 2019. 13p.

ternes. En l'espèce, la CEDH a estimé que le caractère général et la durée considérablement longue de cette mesure ainsi que la nature et de la sévérité des sanctions prévues constituaient une ingérence disproportionnée au but de santé publique poursuivi.¹⁰⁸ Sous la requête du gouvernement suisse, cette affaire a été renvoyée devant la Grande Chambre, qui a finalement jugé irrecevable la plainte de l'association en raison d'un non-épuiement des voies de recours internes. L'association avait saisi la Cour après avoir renoncé à organiser un rassemblement en raison d'un refus d'autorisation, qui aurait pu être contesté devant les autorités suisses.¹⁰⁹

[89] Enfin les mesures *de participation démocratique directe et indirecte et les possibilités d'adhérer aux associations et de faire du lobbying* constituent aussi des vecteurs de visibilisation des intérêts des personnes en situation de vulnérabilité. En Suisse, l'initiative populaire et le référendum facultatif constituent un moyen éprouvé d'impliquer la population à la prise de décision politique. La population qui bénéficie du droit de vote a ainsi pu se prononcer à trois reprises sur le contenu de la Loi Fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (Loi COVID-19). Mais les enfants, les jeunes de moins de 18 ans et les personnes étrangères vivant en Suisse ne disposent pas de droits politiques au niveau fédéral et certains groupes de la population n'auront jamais les ressources pour participer aux processus politiques,¹¹⁰ notamment les personnes malades.

[90] Ils restent dès lors une certaine marge de manœuvre pour que le cadre juridique fédéral s'adapte.

2. La responsabilité de l'Etat de ne laisser personne derrière : quels outils juridiques ?

[91] Précédemment, nous avons exposé comment les dispositions constitutionnelles encadrent la responsabilité de l'Etat à l'égard des droits humains. L'expérience de la pandémie de Covid-19, nous invite cependant à questionner les effets possibles des mesures de lutte sur le maintien de l'égalité entre les individus. Dans cette seconde partie, les situations de vulnérabilité sont dès lors envisagées au prisme du droit à l'égalité et à la non-discrimination, consacré à l'article 8 Cst. L'objectif est de déterminer la nature des obligations de l'Etat à l'égard des personnes concernées.

[92] En temps de pandémie, la question de la réalisation du principe d'égalité des chances se pose aussi. Elle doit permettre d'articuler les obligations étatiques entre égalité stricte et égalité de résultat. Dans l'optique de trouver un équilibre, l'opportunité d'instaurer une évaluation systématique des mesures visant des individus ou la population, au crible des caractéristiques protégées devrait être considérée.

¹⁰⁸ CEDH, Arrêt *Communauté Genevoise D'action Syndicale (Cgas) c. Suisse* du 15 mars 2022 (no 21881/20).

¹⁰⁹ CEDH gd. ch., 27 nov. 2023, *Communauté genevoise d'action syndicale c. Suisse*, n° 21881/20.

¹¹⁰ MÉLANIE LEVY, La démocratie sanitaire à l'épreuve du droit : défis et perspectives. *Rev Med Suisse* 2025 ; 21 : 680-3.

2.1. Les situations de vulnérabilité au prisme de l'égalité (art. 8 al. 1 Cst.)

[93] Le respect, la protection et la mise en oeuvre du droit à l'égalité et à la non-discrimination constituent des obligations constitutionnelles de l'Etat. Durant la pandémie de Covid-19, plusieurs situations permettent d'illustrer l'importance du maintien de ces obligations.

2.1.1. Le droit à l'égalité dans la Constitution fédérale

[94] Alors que le droit à l'égalité et l'interdiction de la discrimination apparaissent comme des principes relativement simples à mettre en oeuvre, l'intégration d'une approche intersectionnelle des caractéristiques protégées semble nécessaire.

2.1.1.1. Le droit à l'égalité et l'interdiction de discrimination

[95] L'égalité en Suisse est un droit fondamental reconnu dans la Constitution fédérale.

[96] Il s'agit d'un droit à une égalité de traitement de tous les individus par la loi (article 8 al. 1 Cst.) et par toute personne qui assume une tâche de l'État (article 35 al. 2 Cst.). Au regard du droit, toutes les personnes dans une situation comparable doivent être traitées de la même manière.¹¹¹ A l'inverse, la reconnaissance d'une différence de situation, requiert que certaines personnes soient traitées différemment de la règle originelle.¹¹²

[97] En principe, cette différence de traitement ne peut pas être fondée sur des caractéristiques protégées. Il s'agit des critères énoncés à l'article 8 al. 2 Cst. qui indiquent qu'il est interdit de discriminer une personne du fait « *notamment de son origine, race, sexe, âge, langue, situation sociale, mode de vie, convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique* ». Ces critères visent des éléments fondamentaux de l'identité des personnes, à tel point qu'il est difficile, voire impossible, de les en dissocier. Ils portent non seulement sur des caractéristiques personnelles mais aussi des situations variées vécues par les personnes. Ils s'inspirent des dispositions relatives à l'interdiction de discriminer consacrées dans les traités internationaux généraux sur les droits humains¹¹³, mais aussi dans ceux qui protègent spécifiquement différents groupes de personnes, telles les personnes handicapées, les femmes, les enfants, ou les réfugiés.¹¹⁴ Leur reconnaissance progressive repose sur le constat que certains groupes ont historiquement été systématiquement désavantagés ou exclus, dans l'accès aux droits humains. On retrouve aussi ces critères de non-discrimination à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui en énonce aussi d'autres, comme l'origine nationale et la fortune et a développé une interprétation large du terme « *toute autre situation* ». ¹¹⁵ La jurisprudence du Tribunal fédéral met ainsi en évidence que, par nature, toute différenciation fondée sur une de ces

¹¹¹ ATF 146 II 56 consid. 9.1. p. 70. ATF 140 I 201 consid. 6.5.1. p. 210.

¹¹² ATF 143 I 361 consid. 5.1. p. 367. ATF 141 I 153 consid. 5.1.

¹¹³ Articles 1 et 2 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, 1948. Article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966; Article 2§2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 1966.

¹¹⁴ Notamment, article 2§1 de la Convention relative aux droits de l'enfant, 1989, article 3 de la Convention relative au statut de réfugiés 1951 et toutes les dispositions de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 1979 et de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, 2006.

¹¹⁵ CEDH, *Affaire Carson et Autres c. Royaume-Uni*, 42184/05, 16 mars 2010.

caractéristiques est suspicieuse et doit donner lieu à un soupçon de discrimination inadmissible. Pour être acceptable, elle doit donc systématiquement faire l'objet d'une justification qualifiée.¹¹⁶

[98] Le degré de justification dépend du critère utilisé, et de l'existence d'un lien avec un groupe historiquement désavantagé ou politiquement marginalisé. Si le critère de l'âge bénéficie ainsi d'une appréciation plus souple¹¹⁷, SCHWEIZER et FANKHAUSER mettent en évidence, par exemple, que des discriminations « systémiques » touchent particulièrement les femmes.¹¹⁸

[99] S'il est ainsi, par principe, interdit pour l'Etat de prendre des mesures qui, sur le fondement de ces critères, traiteraient de manière inégale certains groupes de personnes, des circonstances particulières peuvent cependant les justifier. Leur admissibilité est conditionnée par l'existence d'une part, d'une explication objective et d'autre part, sur une différence de traitement proportionnée.¹¹⁹ Il est en outre essentiel, qu'il y ait une égalité de traitement entre toutes les personnes placées dans une situation similaire.

2.1.1.2. Appréciation du cumul de vulnérabilités : discriminations multiples et approche intersectionnelle

[100] Les origines des cas de discrimination, comme les situations de vulnérabilité, peuvent ne pas être uniques. La littérature parle de *discrimination multiple*, lorsqu'une discrimination est fondée sur plusieurs caractéristiques protégées.¹²⁰ Dans la plupart des cas, les effets et la gravité de chacune sont amplifiés. C'est la raison pour laquelle la Confédération et les cantons doivent déployer des efforts particuliers pour les identifier et les éliminer.¹²¹

[101] Mais la discrimination multiple se produit aussi lors d'un cumul de caractéristiques, lorsque l'effet discriminatoire n'est déclenché que par une combinaison unique de facteurs inextricables (discrimination intersectionnelle).¹²² L'approche intersectionnelle¹²³ permet d'observer les situations de personnes à l'intersection de différentes formes de discriminations, et qui engendrent des expériences d'injustices spécifiques et des défis nouveaux.

[102] A l'heure actuelle, le Tribunal fédéral analyse les caractéristiques protégées de manière individuelle, sans tenir compte des effets de leurs chevauchements. Dans l'arrêt ATF 1D_6/2018,

¹¹⁶ ATF 147 I 1, consid. 5.2. p. 11.

¹¹⁷ ATF 116 V 198 E. 2a/bb. p. 207–208. ATF 138 I 265, consid. 4.3. p. 268.

¹¹⁸ RAINER SCHWEIZER/KIM FANKHAUSER, Die schweizerische Bundesverfassung St. Galler Kommentar. 4ème édition, 2023. pp. 395–429. 8 Cst. Féd/ IV. Diskriminierungsverbot (Abs. 2). pp 395ss.

¹¹⁹ ATF 138 I 265, consid. 4.3. p. 268.

¹²⁰ SANDRA HOTZ, Intersectionnalité, in : Fanny Matthey/Anne-Sylvie Dupont/Valérie Défago Gaudin (eds.), Glossaire scientifique en l'honneur de Pascal Mahon. Neuchâtel 2023, p. 192ss.

¹²¹ Deux nouvelles lois cantonales consacrent une approche intersectionnelle : L'art. 2 al. 3 Kantonales Gleichstellungsgesetz zu Geschlecht und sexueller Orientierung (SG 140.100) du 10 Janvier 2024 du Canton Bâle-Ville et l'art. 1 al. 3 let. e de la Loi sur l'égalité et la lutte contre les discriminations liées au sexe et au genre du 23 mars 023 (LED-Genre, 12843) du Canton de Genève. Peuvent aussi être mentionnées, l'art. 5 Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW); l'art. 3 de la Convention Istanbul n'est pas clair du point de vue de la terminologie, cependant, il semble évident que le champ d'application inclut une approche intersectionnelle. Voir en particulier le rapport du Groupe d'experts sur la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (GREVIO) du 15 novembre 2022, pour une approche intersectionnelle de la discrimination selon la Convention d'Istanbul, §§16, 19, pp. 13–14.

¹²² ELEONOR KLÉBER, Discrimination multiple : in Rainer Schweizer/Kim Fankhauser. *Op. Cit.* §63. Voir aussi SANDRA HOTZ, Intersectionnalité. *Op. Cit.* p. 192ss.

¹²³ KIMBERLY CRENSHAW, 1991, « Mapping the Margins : Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color », *Stanford Law Review* 43(6) : 1241–1299.

considérant. 7.1, la Cour n'utilise le terme de discrimination intersectionnelle qu'une fois, pour reconnaître que les femmes, qui élèvent leur enfant seules encourent statistiquement un risque nettement plus élevé de dépendre de l'aide sociale et qu'il existerait dès lors un risque de discrimination particulière. En l'espèce, le Tribunal a toutefois nié l'existence d'une discrimination, car la différence de traitement reposait sur une justification qualifiée. Dans le contexte des situations de vulnérabilité engendrées par la pandémie de Covid-19, l'approche intersectionnelle se présente cependant selon nous, comme une méthode pertinente. Sous différents angles d'analyse, elle permet en effet d'identifier et d'évaluer les effets du cumul des vulnérabilités particulières.¹²⁴ De manière générale, la jurisprudence de la CEDH reconnaît l'utilité d'une telle approche pour appréhender les situations de vulnérabilité.¹²⁵

2.1.2. L'application du droit à l'égalité dans les mesures de lutte contre le Covid-19

[103] Pour établir l'existence d'une discrimination dans le cadre de mesures étatiques, KLEBER explique, en s'appuyant sur la jurisprudence de la CEDH et de celle du Tribunal fédéral, qu'il faut tout d'abord déterminer s'il existe une différence de traitement entre des personnes placées dans des situations comparables, ou une absence de différence entre des situations différentes.¹²⁶ La différence, ou absence de différence, doit être fondée sur une caractéristique protégée et ne pas avoir de justification « qualifiée »¹²⁷, pour être considérée comme discriminatoire.

[104] La justification de traitements différenciés doit selon la jurisprudence, se fonder sur une appréciation des circonstances.¹²⁸ Selon SCHWEIZER et FANKHAUSER, cette analyse des circonstances doit tenir compte de la réalité sociale, de la perception de la situation inégale, de même que des besoins des personnes concernées.¹²⁹

[105] Il n'est pas possible en l'espèce d'apporter une réponse tranchée, dans la mesure où la situation de discrimination doit être appréciée en fonction de chaque cas d'espèce. Cependant, le contexte de lutte contre une maladie transmissible incite nécessairement à considérer la marge de manœuvre dont dispose l'Etat, en restreignant certaines libertés fondamentales, pour atteindre l'objectif d'intérêt public qu'est le maintien de la santé publique (article 36 Cst.).

[106] Le *contexte d'urgence* pourrait ainsi justifier la mise en œuvre de mesures indirectement discriminatoires, soit des mesures qui a priori ne contiennent pas de désavantage flagrant pour les groupes spécialement protégés contre la discrimination, mais qui par leurs effets désavantagent en réalité ces personnes.

¹²⁴ NESA ZIMMERMANN, La notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : Contours et utilité d'un concept en vogue, Université de Genève 2022op.cit.p.388. Voir aussi, un exemple concret d'un enfant en temps de Covid 19, Sandra HOTZ, Le droit de participation des enfants en temps de pandémie, in Renforcer les droits humains en Suisse Nouvelles idées pour la politique et la pratique. Centre suisse de compétence pour les droits humains. *Op.cit.* pp. 223–244. p. 192.

¹²⁵ CEDH, *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*, n° 17484/15, 2017 CouEDH, S.A.S. c. *France* [GC], n° 43835/11, 2014 CouEDH, *B.S. c. Espagne*, n° 47159/08, 2012.

¹²⁶ ELEONOR KLEBER, *Le droit antidiscriminatoire face aux discriminations multiples*, in : Jusletter 6 juin 2016, p. 17.

¹²⁷ CEDH [GC], 26 juin 2012, *Kuri et autres c. Slovaquie*, req. n° 26828/06, § 386; CourEDH [GC], 13 novembre 2007, *D. H et autres c. République tchèque*, req. n° 57325/00, § 163; CourEDH [GC], 22 décembre 2009, *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, req. n° 27996/06 et 34836/06, § 42; CourEDH [GC], 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, req. n° 34369/97, § 42.

¹²⁸ ATF 136 I 1 consid. 4.1. p.5-6.

¹²⁹ RAINER SCHWEIZER/KIM FANKHAUSER, *Die schweizerische Bundesverfassung St. Galler Kommentar*. 4ème édition, 2023. pp. 361–394. 8 Cst. Féd, §22.

[107] Cependant, l'urgence ne dédouane pas l'Etat de ses responsabilités à moyen et long terme. L'initiative de l'Académie suisse des sciences médicales (ASSM) et de la Société suisse de médecine intensive de préciser dès 2020 leurs directives « Mesures de soins intensifs » de 2013, en ajoutant une annexe sur les décisions de triage en cas de pénurie de ressources, va dans ce sens.¹³⁰ Elles permettaient ainsi d'anticiper d'éventuelles limites dans les capacités de prise en charge dans les unités de soins intensifs et d'intervenir sur le fondement de principes éthiques.

[108] Il est de la responsabilité de l'Etat de déterminer comment faire mieux la prochaine fois et de préparer les prochains épisodes pandémiques en déterminant comment mieux identifier les groupes de personnes en situation de vulnérabilité. L'objectif serait d'éviter de contribuer à la répétition de pratiques de lutte, soit indifférenciées, soit non accompagnées, qui se sont avérées délétères dans le passé.

2.2. Le défi de l'égalité des chances en temps de pandémie

[109] Au-delà du droit à l'égalité, l'Etat a pour objectif de garantir une égalité des chances aussi grande que possible (art. 2 al. 3 Cst). Après avoir exposé ce qu'implique ce principe en termes de responsabilité étatique, nous observons comment il a pris forme dans les mesures économiques et sociales compensatoires pendant la pandémie.

2.2.1. La responsabilité de l'Etat en matière d'égalité des chances

[110] Garantir une égalité des chances aussi grande que possible est un des buts de la Confédération énoncé dans la Constitution fédérale (article 2 al. 3 Cst.). Il s'inscrit comme un principe directeur de l'action étatique, au même titre que la prospérité commune, le développement durable, la cohésion interne et la diversité culturelle du pays ainsi que la conservation durable des ressources naturelles et un ordre international juste et pacifique.

[111] Alors que le principe d'égalité et de non-discrimination est un droit garanti, le principe de promotion de l'égalité des chances dans l'action étatique, est un but social. On le trouve ainsi consacré dans plusieurs documents stratégiques, non contraignants, de la politique de santé suisse, tels que la stratégie du Conseil fédéral « Santé2030 » (2019), la Stratégie nationale Prévention des maladies non transmissibles 2017–2028, la Stratégie nationale Addictions 2017–2028 ou encore récemment le Plan national de pandémie suisse (2025).

[112] Le principe d'égalité des chances va en effet plus loin que le principe d'égalité. Il fait référence aux ressources auxquelles les individus ont recours pour saisir des opportunités de développer un certain potentiel humain. Ces ressources peuvent être matérielles – revenus, patrimoine, emploi, milieu et conditions de vie... –, et immatérielles – niveau de formation, entourage social, état de santé... La littérature scientifique a largement mis en évidence l'inégale répartition de ces ressources dans la société¹³¹, ce qui est à l'origine des inégalités entre groupes sociaux.

¹³⁰ ASSM – Société Suisse de Médecine Intensive. Triage en soins intensifs en cas de pénurie exceptionnelle des ressources. Orientation pour la mise en œuvre du chapitre 9.3. des directives « Mesures de soins intensifs » (2013). Version 4, mise à jour le 23 septembre 2021.

¹³¹ MICHAEL G MARMOT et al., Closing the gap in a generation : health equity through action on the social determinants of health. *The Lancet*, Volume 372, Issue 9650, 1661–1669.

MARMOT explique qu'elles agissent sur la santé sous la forme d'un gradient social.¹³² La promotion de l'égalité des chances consiste dès lors à compenser les effets de ce gradient. L'équité en santé est le moyen d'y parvenir.¹³³ En reprenant les termes de KÄGI-DIENER, l'égalité des chances correspond donc à une volonté de corriger les conditions de départ afin que les normes juridiques puissent être appliquées de manière à obtenir un résultat substantiellement égal pour tous et conforme au principe d'égalité formelle.¹³⁴

[113] Pour l'Etat, il s'agit d'un processus visant à créer les conditions susceptibles de donner à tout le monde les mêmes possibilités d'améliorer, de préserver ou de rétablir sa santé, au-delà des inégalités sociales.¹³⁵ Dans l'ensemble de ses interventions, il doit normalement s'assurer que les chances de saisir des opportunités de rester en bonne santé sont égales, indépendamment de l'origine, de la race, du sexe, de l'âge, de la langue, de la situation sociale, du mode de vie, des convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique. En tant que principe directeur de l'action de l'Etat, il apparaît pertinent d'observer comment il se concrétise, en l'occurrence, dans les mesures qui ont été prises pour protéger la société en temps de pandémie.

[114] A l'heure actuelle, la LEp ne dispose pas d'un mécanisme clair pour guider la mise en œuvre du principe de promotion de l'égalité des chances au travers des mesures qu'elle prévoit. Cette absence d'encadrement, lors de la lutte contre des maladies infectieuses, fait peser une charge indue sur le principe de responsabilité individuelle envisagé brièvement précédemment (art. 6 Cst.).

[115] Si ce principe selon lequel « *Toute personne est responsable d'elle-même et contribue selon ses forces à l'accomplissement des tâches de l'Etat et de la société* » est un pilier de la gouvernance étatique en Suisse, l'expérience de la pandémie de Covid-19 montre que son application stricte est de nature à aggraver les inégalités sociales et de santé.¹³⁶

[116] La responsabilité individuelle consacre une vision de la vulnérabilité plus restreinte que l'approche éthique de FINEMAN et confirme les observations de NEAL. Elle repose sur le présupposé que la majorité des personnes est autonome et capable d'exercer sa responsabilité individuelle vis-à-vis d'elle-même. Ceci est en grande partie vrai, mais c'est aussi un mythe comme le souligne MAILLARD, « *La vulnérabilité a d'importantes conséquences morales. Elle apporte un démenti au mythe selon lequel nous serions des citoyens toujours autonomes et potentiellement égaux* ». ¹³⁷ Qu'en est-il alors de la part de population qui manque de ressources pour saisir et maintenir des opportunités de rester en bonne santé?

¹³² MICHAEL G MARMOT, Understanding social inequalities in health. *Perspect Biol Med*. 2003 Eté; 46(3 Suppl) : pp. 9–23. Voir aussi, MICHAEL G MARMOT. Public health and health inequalities : a half century of personal involvement, *Journal of Public Health*, Volume 44, Issue Supplement_1, Novembre 2022, pp 23–27.

¹³³ DOMINIK WEBER/SABINA HÖSLI (2020), Égalité des chances dans la promotion de la santé et la prévention. Approches éprouvées et critères de réussite. Version courte pour la pratique. Berne : OFSP, PSCH, CDS. 16p.

¹³⁴ REGULA KÄGI-DIENER, Die schweizerische Bundesverfassung St. Galler Kommentar. Art. 8 / V. Abs. 3. pp. 430–453. §141 et 142. Sur le fondement de l'ATF 131 II 361 (consid. 5.3, 374 ss) et qui mentionne une décision du uranaise sur les quotas dans l'ATF 125 I 21 (décision uranaise sur les quotas) relatif à l'interprétation de l'article 8 al. 3 Cst sur l'égalité de fait et de droit entre les hommes et les femmes.

¹³⁵ DOMINIK WEBER/SABINA HÖSLI (2020), Égalité des chances dans la promotion de la santé et la prévention. Approches éprouvées et critères de réussite. Version courte pour la pratique. *Op.cit.*

¹³⁶ Task Force Scientifique Nationale Covid-19. Stratification sociale du COVID-19. *Policy Brief* du 24 mars 2022. Recommandation 1.

¹³⁷ NATHALIE MAILLARD, La vulnérabilité : une nouvelle catégorie morale?, Genève, Labor et Fides, 2011.

[117] Ici, la similitude des caractéristiques protégées de l'article 8 al. 2 Cst, avec la diversité des situations de vulnérabilité analysées dans la première partie, interpelle. Elle rappelle la nécessité de ne pas considérer la vulnérabilité comme un phénomène uniquement personnel, mais plutôt comme une situation qui peut évoluer dans des environnements situationnels et structurels propices à l'autonomisation.

[118] Selon une approche réparatrice, une partie de la littérature considère que les droits fondamentaux, dont l'Etat est le garant, visent à permettre à chaque individu de protéger ses libertés et son autonomie pour exercer cette responsabilité.¹³⁸ L'exercice effectif de ces droits humains doit permettre de pouvoir résister aux contraintes extérieures qui représentent une menace pour la capacité d'auto-gestion.

[119] Dans une perspective préventive, il est nécessaire de considérer les conditions dans lesquelles les personnes évitent de se retrouver dans des situations de vulnérabilité, ou peuvent être rendues capables de s'en sortir grâce à des conditions structurelles favorables.

[120] Au-delà de l'action des cantons, le Conseil fédéral a mis en place plusieurs formes de mesures compensatoires dans le cadre des ordonnances d'urgence, puis dans la Loi Covid-19. Il reste à déterminer si la nature et l'ampleur de ces mesures étaient aptes à promouvoir l'égalité des chances sur tout le territoire.

2.2.2. La prise en compte de l'égalité des chances dans les mesures économiques et sociales compensatoires

[121] Durant la pandémie, le principe de l'égalité des chances a été défendu à travers des mesures économiques et sociales en faveur de l'emploi au niveau national. Deux exemples d'initiatives cantonales durant la pandémie de Covid-19 à Fribourg et Genève, permettent aussi de voir qu'il a été difficile de voir émerger un consensus des autorités sur l'étendue des personnes en situation de vulnérabilité et sur la manière de leur offrir une protection adéquate.

2.2.2.1. Les mesures de la Loi Covid-19 en faveur de l'emploi : un levier essentiel mais partiel pour l'égalité des chances

[122] En parallèle à l'adoption des mesures de lutte contre la propagation du virus en vertu de la LEp, plusieurs ordonnances d'urgence, fondées sur l'article 185 al. 3 Cst., étaient adoptées par le Conseil fédéral. Leurs objectifs étaient de compenser les effets de ces mesures primaires sur la société, l'économie et le fonctionnement des autorités.

[123] Pour déployer leurs effets dans le temps, ces ordonnances nécessitaient, après une période de six mois, une base légale formelle. C'est dans cette optique que la Loi sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (Loi COVID-19) a été adoptée le 25 septembre 2020. Elle a permis de donner la compétence à la Confédération d'adopter des mesures pour protéger l'emploi et la viabilité des entreprises, assurer l'approvisionnement du pays en produits médicaux et organiser le fonctionnement des institutions et du processus démocratique.

¹³⁸ ELENA PARIOTTI, Vulnerability and Human Rights : Which Compatibility? *Int J Semiot Law* (2023) 36 :1401-1413.

[124] Bien que le principe de l'égalité des chances n'ait jamais été consacré dans les dispositions de la loi, les mesures de soutien au marché du travail ont constitué un pilier important du maintien de la capacité des travailleurs à exercer une activité professionnelle. Il s'agit-là d'une condition sine qua non de leur autonomie financière et pour l'exercice effectif de leur responsabilité individuelle.

[125] Les mesures de la Loi Covid-19 et ses ordonnances, ont consisté en premier lieu à préserver l'emploi. En raison de la variabilité des situations et conditions d'emploi, tous les travailleurs n'ont pas subi les répercussions des mesures Covid-19 de manière similaire.

[126] Dans ce domaine, LOUSTAUNAU identifie ici trois situations professionnelles distinctes.¹³⁹

[127] Tout d'abord, il y avait les personnes qui pouvaient continuer à exercer leur travail à distance.

[128] La deuxième catégorie de travailleurs concerne ceux qualifiés de travailleurs essentiels. Ces derniers devaient majoritairement se rendre sur leur lieu de travail et exercer leur profession dans des conditions souvent plus difficiles et stressantes.

[129] Enfin, il y avait les travailleurs exerçant dans les domaines considérés comme non-essentiels. Travailleurs salariés et indépendants concernés, ont nécessairement subi des pertes de gains en raison du ralentissement de l'activité économique ou de la fermeture de leur lieu de travail.

[130] A ces trois situations, il faut également ajouter la situation des personnes demandeuses d'emploi.

[131] Pour toutes ces personnes, les mesures de la Loi Covid-19 et ses ordonnances, ont consisté en premier lieu à protéger les travailleurs salariés dans l'incapacité de travailler, notamment par le biais de mesures de réduction de l'horaire de travail. Elles permettaient de couvrir la part de salaire perdue par le ralentissement économique. Par ailleurs, l'indemnisation des chômeurs a été étendue et une allocation spécifique pour perte de gains a été établie pour soutenir les travailleurs indépendants, dont l'activité était touchée par les effets de la pandémie. Des mesures ont également été prises pour préserver la santé des travailleurs vulnérables ainsi que leur capacité à maintenir une activité professionnelle.

[132] L'octroi rapide de ces aides financières a été à l'origine du maintien de nombreux emplois. Il a aussi permis de soutenir financièrement un grand nombre de travailleurs. Plusieurs rapports identifient cependant des groupes de personnes qui n'ont pu bénéficier de ces aides adéquate-ment.

[133] C'est la situation des personnes employées par des ménages privés dans le secteur de l'économie domestique. La Commission fédérale pour les questions liées aux femmes indique que 88% des personnes concernées étaient des femmes, bénéficiant de revenus très bas et parfois d'un statut de séjour précaire. Ces dernières ont largement été exclues du bénéfice des aides susmentionnées. Il en a été de même pour les personnes ayant un emploi temporaire.¹⁴⁰

[134] Pour d'autres travailleurs et travailleuses au bas de l'échelle des revenus, notamment les femmes travaillant à moins de 50%, la Commission souligne que ces aides n'ont pas été accessibles. Elle prend pour exemple la situation des personnes indépendantes dont le niveau de re-

¹³⁹ LOLA LOUSTAUNAU/LINA STEPICK/ELLEN SCOTT/LARISSA PETRUCCI/MIRIAM HENIFIN (2021), No choice but to be essential : Expanding dimensions of precarity during COVID-19. *Sociological Perspectives*, 64(5), pp. 857–875.

¹⁴⁰ Eidgenössische Kommission für Frauenfragen EKF. Genderspezifische Effekte der staatlichen Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus Covid-19. Berne, mars 2022. 107p.

venus n'atteignait pas le seuil de revenu de 10 000 francs soumis à l'AVS, nécessaire pour bénéficier des allocations pour pertes de gains. De plus, il a été observé que certains secteurs, qui comprennent les services à la personne, tels que les salons de coiffure et les instituts de beauté, qui emploient une forte proportion de femmes, ont reçu moins d'aides.¹⁴¹ La *Task Force* déplore dans son rapport final que peu d'informations aient été systématiquement collectées pour documenter les situations vécues par certains groupes de populations, comme les sans-papiers et les sans-abris.¹⁴² Plusieurs études montrent que ces personnes n'ont également pas pu bénéficier des aides.¹⁴³

[135] Le domaine de l'emploi constitue un aspect central de la promotion de l'égalité des chances de maintenir son niveau de vie. Cependant, comme le constate FAKHOURY, ces mesures ne visaient pas les groupes de personnes dont la situation de vulnérabilité n'était pas nécessairement liée à une précarité financière ou au marché du travail.¹⁴⁴ Comme préalablement mentionné, on peut notamment penser aux situations de violences domestiques¹⁴⁵, mais aussi au bien-être des proches aidants¹⁴⁶ ou du personnel de santé.

[136] Il est alors important de considérer comment les autres aspects du maintien du bien-être ont pu être favorisés.

[137] La promotion de l'égalité des chances est aussi un objectif des cantons, d'autant plus que ce sont eux qui sont compétents dans les domaines qui organisent les conditions de vie des personnes. Il est important de considérer les variations entre cantons dans la mise à disposition des moyens de réduire les inégalités en santé.

2.2.2.2. L'égalité des chances au prisme de la lutte contre la précarité dans les cantons de Fribourg et Genève, un ciblage partiel des situations de vulnérabilité

[138] Ce sont les cantons qui sont traditionnellement compétents dans le domaine de l'action sociale. Les expériences des cantons de Fribourg et Genève destinées à identifier et cibler les personnes précarisées par la pandémie sont tout particulièrement intéressantes à observer.

[139] Il y a en premier lieu, l'Ordonnance relative au soutien des personnes nouvellement précarisées et à risque de pauvreté (OMEP COVID-19), adoptée par le Conseil d'Etat fribourgeois le 3 juin 2020. Quelques lignes en préambule illustrent d'une part la conscience du Gouvernement d'une précarisation d'une tranche de la population en raison de la crise, mais aussi une volonté de parvenir à délimiter les personnes concernées, au-delà des bénéficiaires actuels de l'aide sociale. L'Ordonnance met donc en place un soutien financier aux réseaux d'aides existants, vers qui les

¹⁴¹ Eidgenössische Kommission für Frauenfragen EKF. *Op. Cit.*

¹⁴² Task Force Scientifique Nationale Covid-19. Rapport scientifique et aspects de la gestion du SARS-CoV-2 au cours des 12 prochains mois, 15 février 2022.

¹⁴³ BURTON-JEANGROS et al. (2020), The Impact of the Covid-19 Pandemic and the Lockdown on the Health and Living Conditions of Undocumented Migrants and Migrants Undergoing Legal Status Regularization. *Front. Public Health*, 8 :596887.

¹⁴⁴ JULIEN FAKHOURY/NAËL FROEHLICH/MAËLLE MEIGNIEZ/ÉMILIE ROSENSTEIN/MATTHIAS STUDER/NICOLAS PONS-VIGNON/ALINE DUVOISIN, Politiques sociales et inégalités face à la pandémie. Enjeux, paradoxes, défis, in, Les inégalités sociales et de santé : gestion de la crise de la Covid-19 à Bruxelles, Genève et Montréal. Octobre 2024. pp. 55-72.

¹⁴⁵ DIANA NADINE MOREIRA/MARIANA PINTO DA COSTA, The Impact of the Covid-19 Pandemic in the Precipitation of Intimate Partner Violence. *Int J Law Psychiatry*, 2020 ; 71 :101606.

¹⁴⁶ CÉDRIC FOLLONIER et al., Mental health of informal caregivers during the COVID-19 pandemic : a Swiss cohort study, *Swiss Medical Weekly*, Mars 2025. 10p.

personnes nouvellement précarisées pourraient se tourner. Comme la composition de ces nouveaux groupes n'était pas clairement délimitée, les institutions partenaires bénéficiant de l'aide avaient pour mission d'assurer une veille afin de « prendre la mesure des profils et besoins spécifiques qui ont émergé avec la crise » (art. 6 OMED COVID-19). Les résultats montrent que la plupart des demandes et des aides octroyées portaient sur la couverture de besoins de bases pour des personnes entre 30 et 59 ans, souvent des familles avec enfants.¹⁴⁷ Le rapport fribourgeois sur la pauvreté de 2023 indique que 85% des soutiens ont été octroyés sous forme de bons alimentaires. Dans cette population de bénéficiaires, c'est la précarité économique de certains ménages, de travailleurs indépendants et la surreprésentation des femmes qui est mise en évidence.¹⁴⁸

[140] Dans le canton de Genève, la Loi sur l'indemnisation pour perte de revenus liée aux mesures de lutte contre le coronavirus (12723) du 25 juin 2020, entrée en vigueur le 7 avril 2021 après un référendum facultatif accepté par la population, révèle une réponse d'assistance différente. Elle introduisait une indemnité financière unique pour limiter la précarité qui pourrait frapper toute personne physique domiciliée, résidente ou séjournant dans le canton ayant eu, avant la crise du coronavirus, une activité lucrative, et qui ne bénéficiait pas d'autres aides fédérales ou cantonales (art. 1 let b et art. 3). Dans un contexte d'incertitude concernant l'étendue précise des personnes en situation de vulnérabilité, cette délimitation large permettait d'atteindre un grand nombre de personnes, à condition qu'elles aient eu une activité lucrative avant la crise. Les observations du terrain montrent que ce n'était pas toujours le cas.

[141] JACKSON et al. expliquent qu'avant la pandémie, dans le canton, environ 3'000 personnes bénéficiaient d'une aide alimentaire régulière par la Fondation des Colis du Cœur et que cette population est passée à plus de 14000 dans les trois premiers mois de la pandémie.¹⁴⁹ Plusieurs études parallèles ont cherché à identifier qui étaient ces personnes et à mettre en lumière les causes de leur précarisation économique.¹⁵⁰ Une enquête sollicitée par la Fondation montrait que les bénéficiaires à Genève étaient souvent touchés par une perte d'emploi ou une baisse significative de revenus déjà bas. L'étude mettait aussi en lumière l'impact de la pandémie sur les personnes sans contrat de travail, donc non ciblées par la Loi qui allait entrer en vigueur.¹⁵¹ Il ressort également des conclusions que la plupart de ces personnes n'ont généralement pas recours aux aides publiques, soit par manque d'informations ou par peur des répercussions sur leur statut de séjour ou par volonté de préserver un sentiment d'autonomie.¹⁵²

¹⁴⁷ MAËL DIF-PRADALIER, Qui a eu recours à l'aide d'urgence pendant la pandémie liée au COVID-19? Un éclairage issu des données récoltées par Caritas Fribourg entre le 30 mars et le 31 décembre 2020. Haute école de travail social- Fribourg. Sur le mandat du Service de l'action sociale du canton de Fribourg entre 2020 et 2021. Rapport non publié mais une synthèse disponible : Service de l'action sociale du canton de Fribourg (5 août 2025).

¹⁴⁸ Conseil d'Etat du canton de Fribourg. Rapports réguliers sur la pauvreté dans le canton de Fribourg Etat des lieux sur l'aide apportée par les associations contre la pauvreté et rôle du canton. Rapport 2023-DSAS-76. 7 novembre 2023. 50p. p. 34.

¹⁴⁹ YVES JACKSON/ALBANE SIBOURD-BAUDRY/SIMON REGARD/ROBERTA PETRUCCI, Populations précaires et Covid-19 : innover et collaborer pour faire face aux besoins sociaux et de santé. Rev Med Suisse 2021 ; 17 : 243-7. p. 245.

¹⁵⁰ ROBERTA PETRUCCI/GABRIEL ALCOBA/YVES JACKSON, Connaissances, attitudes et pratiques en lien avec le COVID-19 parmi les personnes en insécurité alimentaire à Genève. Genève : MSF et HUG, 2020. 11p. Voir aussi, YVES JACKSON/ROBERTA PETRUCCI/NOÉMIE WAGNER. Conditions de vie, Santé et Sécurité Alimentaire des Familles avec Enfants Participant aux Distributions Alimentaires durant la Crise Du Covid-19 à Genève. MSF et HUG. Genève, juin 2020. 11p.

¹⁵¹ JEAN-MICHEL BONVIN/MAX LOVEY/EMILIE ROSENSTEIN/PIERRE KEMPENEERS (2020), La population en grande précarité en période de COVID-19 à Genève : conditions de vie et stratégies de résilience. Rapport final de l'étude sollicitée par la Fondation Colis du Cœur. Genève : Université de Genève. 70p. pp. 15-19, 27, 31.

¹⁵² JEAN-MICHEL BONVIN et al. op.cit. p. 24 notamment.

[142] Si ces exemples de mesures montrent que ces cantons, la ville de Genève et leurs acteurs associatifs ont rapidement mis en place des dispositifs d'aides pour atténuer le stress financier, la question se pose de la manière dont les autorités pourraient cibler les causes réelles et antérieures à la pandémie, de cette précarisation économique. Les données fournies par les études citées ici permettent de voir que ces situations de précarité résultent souvent d'un cumul de fragilités¹⁵³ administratives, professionnelles, sociales qu'il est essentiel que le cadre juridique reconnaisse et encadre.

[143] La Commission fédérale sur les questions féminines soulignait à ce propos que la construction d'une société plus résiliente face aux maladies infectieuses et pandémie passe par la création de conditions plus égalitaires entre les groupes de populations.¹⁵⁴

2.3. Pour une évaluation systématique des mesures visant des individus ou la population, au crible des caractéristiques protégées

[144] La pandémie de Covid-19 a montré les limites d'une délimitation médicale des personnes en situation de vulnérabilité. Considérant ce qui précède, il semble opportun de considérer une délimitation fondée sur le principe de l'égalité des chances. En s'inspirant de l'expérience juridique du Pays de Galles en matière de promotion de l'égalité des chances dans toutes les décisions, nous envisageons ici comment l'usage systématique des critères de non-discrimination de l'article 8 al. 2. Cst permettrait d'identifier systématiquement des groupes de personnes en situation de vulnérabilité en temps de pandémie. Un tel mécanisme fait émerger de nouvelles recommandations pour le renforcement des outils juridiques suisses de lutte contre les effets des futures pandémies.

2.3.1. Délimitation des personnes en situation de vulnérabilité au prisme de la promotion de l'égalité des chances

[145] Les mesures de lutte contre une pandémie doivent nécessairement s'appliquer à tout le monde. Dans l'optique d'éviter d'accroître les inégalités et de promouvoir les chances de chacun de maintenir son bien-être et sa bonne santé, il est nécessaire d'accompagner les mesures de distanciation sociale.

[146] Utiliser les critères des caractéristiques protégées est alors utile pour identifier les personnes susceptibles de se retrouver en situation de vulnérabilité et pour délimiter des mesures d'accompagnement ciblées sur les besoins de ces personnes. L'expérience juridique du Pays de Galles (encadré 1) montre la faisabilité théorique d'une telle approche.

Encadré 1. Evaluation d'impact sur l'égalité : le cadre juridique mis en place au Pays de Galles

Pendant la pandémie de Covid-19, en vertu de l'article 149 de l'*Equality Act 2010*, les organismes publics gallois avaient l'obligation d'évaluer les effets des mesures gou-

¹⁵³ YVES JACKSON/ROBERTA PETRUCCI/NOÉMIE WAGNER, *Op. Cit.* p. 4. Voir aussi, JEAN-MICHEL BONVIN et al. *op.cit.* pp. 28-32 notamment.

¹⁵⁴ Commission fédérale pour les questions féminines. Effets sexospécifiques des mesures étatiques de lutte contre le COVID-19 Recommandations de la Commission fédérale pour les questions féminines CFQF. Mai 2022. 9p.

vernementales au prisme des critères de non-discrimination. Ces derniers – la race, le handicap, le sexe, l'âge, la religion ou les convictions, l'orientation sexuelle, la ré-assignation sexuelle, la grossesse et la maternité, le mariage ou le partenariat civil (section 4) – sont considérés comme des caractéristiques protégées. Dans toutes leurs activités, ces organismes sont tenus de considérer, en particulier, la nécessité d'éliminer la discrimination et de promouvoir l'égalité des chances. A ceci s'ajoute un devoir d'engagement avec les groupes de personnes partageant une ou plusieurs caractéristiques protégées. Pour chaque autorité concernée, il s'agit d'impliquer ces personnes, ou leurs représentants, qui ont un intérêt dans la manière dont l'autorité remplit sa mission.¹⁵⁵ Le rapport du Comité parlementaire sur l'égalité, le gouvernement local et les communautés, *Into sharp relief: inequality and the pandemic*, a noté à cet égard que l'engagement des autorités avec les groupes de personnes protégées a significativement contribué au ciblage des mesures visant certains groupes de population comme les personnes sans-abris souffrant de toxicomanie et de troubles mentaux.¹⁵⁶

Cette obligation, en vigueur depuis avril 2011, a été renforcée en mars 2021 par un « devoir socio-économique » obligeant certains organismes publics¹⁵⁷ à considérer les inégalités liées aux désavantages économiques (article 1). Durant la crise sanitaire, le gouvernement gallois a eu recours à des consultations en ligne pour recueillir l'avis des groupes protégés et tirer directement des enseignements de leurs expériences.¹⁵⁸

Si l'urgence de la situation a nécessité que le processus de prise de décisions soit accéléré dans un premier temps, plusieurs rapports établis relativement tôt durant la pandémie ont réitéré et rappelé la pertinence de se conformer à ces obligations légales pour lutter contre les inégalités.¹⁵⁹ Ils mettent aussi en exergue l'utilité de ce mécanisme pour disposer de données fiables à l'appui de la prise de décisions.¹⁶⁰

[147] Si cette approche d'évaluation systématique des décisions des autorités au crible du principe d'égalité n'est pas applicable en Suisse à l'heure actuelle, il serait opportun de considérer l'ajout d'une disposition dans la LEp qui rappelle que toutes les mesures étatiques pour lutter contre les épidémies doivent respecter le principe d'égalité et de non-discrimination. Ce principe doit non seulement être respecté par l'Etat, dans tous ses échelons, mais l'Etat doit aussi le faire respecter par les tiers et en assurer la mise en œuvre.

¹⁵⁵ The Equality Act 2010 (Statutory Duties) (Wales) Regulations 2011, Section 5.

¹⁵⁶ Equality, Local Government and Communities Committee. Parlement du Pays du Galles. *Into sharp relief: inequality and the pandemic*. Août 2020. 42p. §14ss.

¹⁵⁷ The Equality Act (Authorities subject to the Socio-economic Inequality Duty) (Wales) Regulations 2021, Section 2 (6).

¹⁵⁸ UK Covid-19 Inquiry. Module 1 : The resilience and preparedness of the United Kingdom A report by The Rt Hon the Baroness Hallett DBE Chair of the UK Covid-19 Inquiry July 2024. Page 34. Jeudi 13 juillet 2023. <https://covid19.public-inquiry.uk/reports/module-1-report-the-resilience-and-preparedness-of-the-united-kingdom/> (5 août 2025).

¹⁵⁹ Equality and Human Rights Commission. *Rebuilding a more equal and fairer Wales : ELGC Committee response*. Briefing paper, ELGC Cov 30, juin 2020. 203p. Voir aussi, First Minister's Black, Asian and Minority Ethnic (BAME) Covid-19 advisory group report of the socioeconomic subgroup chair : Professor Emmanuel Ogbonna. Juin 2020. 30p.

¹⁶⁰ Equality, Local Government and Communities Committee. *Op.Cit.* §19ss.

[148] Il reste alors à déterminer si la liste des critères de l'article 8 al. 2 Cst., est suffisamment exhaustive pour identifier et couvrir les formes de vulnérabilités observées durant la pandémie de Covid-19.

[149] Dans cette perspective, il nous paraît important de synthétiser les éléments d'analyse qui précèdent pour formuler une proposition de délimitation large des groupes de personnes en situation de vulnérabilité sous l'angle juridique.

[150] Sur le fondement des articles 6 et 8 Cst., nous proposons de considérer qu'une personne se trouve dans une situation de vulnérabilité lorsqu'elle ne peut exercer sa responsabilité vis-à-vis d'elle-même en raison de facteurs personnels et situationnels liés notamment à son origine, race, sexe, âge, langue, situation sociale, mode de vie, convictions religieuses, philosophiques ou politiques ou d'une déficience corporelle, mental ou psychique. Face à ces situations, l'Etat doit dès lors intervenir pour garantir les conditions structurelles d'une jouissance effective des droits fondamentaux d'une part, tout particulièrement le principe de non-discrimination, mais aussi les conditions d'une égalité des chances aussi grande que possible, d'autre part.

[151] Une telle approche permet de circonscrire les devoirs de l'Etat en temps de pandémie à l'égard des personnes qui doivent faire l'objet d'une protection particulière. En passant toutes les mesures adoptées au crible de ces critères, il est possible de penser qu'un certain nombre de personnes en situation de vulnérabilité seront identifiables. Mais est-ce suffisant pour ne laisser personne derrière ?

2.3.2. Analyse de l'adéquation des critères de non-discrimination au regard des situations de vulnérabilité observées

[152] Les causes des situations de vulnérabilité sont rarement uniques. La littérature scientifique propose de nombreuses perspectives sur l'intérêt d'une approche intersectionnelle pour appréhender les effets de la pandémie sur différents groupes sociaux.¹⁶¹

[153] Dans le contexte de la pandémie de Covid-19, HANKIVSKY et KAPILASHRAMI défendent l'intérêt d'une approche intersectionnelle pour véritablement appréhender les effets de la superposition et des interactions de liens sociaux, tels que la « race », « l'ethnicité, l'indigénéité, le genre, la classe, la sexualité, la géographie, l'âge, le handicap, le statut migratoire, la religion », sur les situations de vulnérabilité.¹⁶²

[154] La littérature met en évidence les effets spécifiques du cumul de certaines caractéristiques dans le contexte du Covid-19.¹⁶³ Aussi, est-il important de considérer comment l'analyse de ces interactions peut être rendue systématique en temps de pandémie.

¹⁶¹ LARA MAESTRIPIERI, The Covid-19 Pandemics : why Intersectionality Matters, *Frontiers in Sociology*, vol. 6 26 mars 2021. Voir aussi, MIRIAM ACEBILLO-BAQUÉ/LARA MAESTRIPIERI, Intersectionality Theory and Its Application in the COVID-19 Pandemics. In : Pranee Liamputtong. (eds). *Handbook of Social Sciences and Global Public Health*. Springer, Cham, 2023. pp. 1–23.

¹⁶² OLENA HANKIVSKY/ANUJ KAPILASHRAMI, Beyond sex and gender analysis : An intersectional view of the COVID-19 pandemic outbreak and response. University of Melbourne. p. 1, 31 mars 2020.

¹⁶³ YVES JACKSON/PATRICK BODENMANN/CLAUDINE BURTON-JEANGROS/KEVIN MORISOD/LAURENT GÉTAZ/ÉLODIE SCHMUTZ/STÉPHANIE BAGGIO/VÉRONIQUE GRAZIOLI, Recherche sur la santé des populations vulnérables : enjeux et opportunités. *Op.cit.* Voir aussi PATRICK BODENMANN/BRIGITTE PAHUD-VERMEULEN/LAURENCE BOUCHE/JAVIER SANCHIS ZOZAYA/MURIELLE BAUERMEISTER/AHMED BERZIG, Populations précarisées, COVID-19 et risques d'iniquités en santé : guide du réseau socio-sanitaire Vaudois. *Rev Med Suisse* 2020 ; 16 : 859–2. Voir aussi, JENNY BIRCHALL (2021) Intersectionality and Responses to Covid-19, Covid Collective Helpdesk Report 3, Brighton : Institute of Development Studies, Voir aussi, K-C LUNA/MEGAN MACKENZIE, Postcards from the Pandemic : Women, Intersectionality, and

[155] L'existence d'une base légale s'avère à ce titre, un moyen majeur pour garantir l'intervention de l'Etat et les moyens pour le faire.

[156] La Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006 consacre cette approche de vulnérabilités multiples et corrélées, en consacrant deux articles singularisant la situation des femmes et des enfants handicapés.

[157] En Suisse, la Loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées du 13 février 2002 consacre aussi cette dimension intersectionnelle de la vulnérabilité dans son article 5. Ce dernier indique que la Confédération et les cantons doivent prendre des mesures pour prévenir, réduire ou éliminer les inégalités à l'égard des personnes handicapées, avec une attention particulière pour les besoins spécifiques des femmes handicapées.

[158] Si le droit consacre dans ce contexte spécifique la nécessité de tenir compte des effets du cumul de sources de vulnérabilité, force est de constater que la LEp ne le permet pas à l'heure actuelle. Il s'agit d'une lacune importante au regard de la nécessité d'appréhender les effets collatéraux des mesures visant des individus, la population et, ou, certains groupes de personnes (Chapitre 5 LEp) sur la société et les groupes concernés (art. 2 al. 2 let. f LEp).

[159] Comment est-ce que ce phénomène d'intersectionnalité doit-être appréhendé en temps de pandémie ?

[160] L'imposition de mesures de distanciation sociale a un impact sur la manière dont les groupes de populations vivent, se déplacent, travaillent, interagissent, se projettent. Cela est notamment le cas en situation de confinement, de fermeture des écoles, d'interdiction des rassemblements de personnes, de fermetures des services non-essentiels. En agissant sur les conditions de vie, les mesures altèrent l'équilibre sur lequel les individus s'appuient pour construire leur bien-être. Cinq capacités semblent tout particulièrement touchées : la capacité de travailler, de subvenir à ses besoins financiers essentiels, d'effectuer un travail de qualité, de se maintenir en bonne santé physique et mentale et de conserver des interactions sociales.¹⁶⁴

[161] En temps normal, certains groupes de personnes ont d'ores et déjà des difficultés à exercer ces capacités. La cause, souvent, ne repose pas sur un facteur en particulier, mais plutôt sur un cumul de facteurs qui nuisent à l'exercice adapté de la responsabilité individuelle. Lors de la pandémie, s'ajoutent les mesures étatiques, et la manière dont elles sont appliquées. Elles créent de nouvelles dynamiques sociales et économiques et dès lors de nouvelles interactions entre les caractéristiques protégées.

[162] Dans ce contexte, il apparaîtrait d'autant plus opportun que la LEp consacre des dispositions au maintien des conditions propices à une égalité des chances aussi grande que possible.

[163] Cette analyse montre que c'est la confrontation des caractéristiques protégées, et des effets de leurs interactions, sur la capacité à être autonome dans l'exercice de certaines activités humaines fondamentales, qui crée les situations de vulnérabilité en temps de pandémie.

[164] Il appartient à l'Etat de considérer l'existence de ces vulnérabilités dans le processus de révision de la LEp. La loi devrait ainsi rappeler l'obligation générale de l'Etat de veiller aux per-

Gendered Risks in the Global COVID-19 Pandemic, *International Studies Review*, Volume 26, Issue 4, December 2024.

¹⁶⁴ Voir Projet PNR80 « Covid-19 policies and inequities in adult wellbeing : Building back fairer from the pandemic in Switzerland ». Sous la direction de Joachim Marti. <https://www.nfp80.ch/fr/5BvJh8tmyXETnW2p/projet/inegalites-et-bien-etre-face-aux-mesures-de-lutte-contre-la-pandemie> (5 août 2025).

sonnes qui vivent avec une, ou l'interaction de plusieurs, caractéristiques protégées. Elle devrait par ailleurs organiser une prise en considération systématique des désavantages auxquels ces groupes de personnes sont confrontés, quand il s'agit d'exercer seul des activités fondamentales comme se maintenir en bonne santé physique et mentale, travailler, subvenir à ses besoins financiers essentiels, réaliser un travail de qualité et conserver des interactions sociales.

[165] La consécration de la compétence du Conseil fédéral pour examiner « *périodiquement l'efficacité, l'adéquation et l'économicité des mesures prises en vertu de [cette] [...] loi* » (art. 81 LEp) n'est pas suffisamment précise, pour que soit systématiquement mise en place une évaluation des effets des mesures prises en vertu de cette loi, sur certains groupes de population. Elle énonce une nécessité d'examiner l'efficacité de loi, mais ne délimite pas de critères d'efficacité. Une telle analyse pourrait dès lors se borner à observer la réduction des contaminations sans considération pour les conséquences sociales des mesures adoptées.

[166] Il en est de même pour la consécration de la nécessité de mesurer l'adéquation des mesures. En l'absence de précisions sur la manière dont la loi tend à « *réduire les effets des maladies transmissibles sur la société* » (article 2 al. 2. let. f LEp), il n'est pas possible de déterminer si les mesures adoptées sont adéquates.

3. La gestion des conséquences dans le Plan national de pandémie du 1^{er} juillet 2025

[167] La Confédération vient de procéder à la mise à jour du *Plan national de pandémie* datant de 2018, en intégrant des leçons tirées de la gestion de la pandémie de Covid-19. Ce plan sert désormais de base à la planification d'intervention et d'urgence aux niveaux cantonal, régional et local. Depuis le début du mois de juillet 2025, cet instrument est accessible au format numérique, pour toutes personnes intéressées.¹⁶⁵ Il se fonde sur les bases juridiques en vigueur, principalement la LEp, mais il n'a pas de valeur juridique. Il a cependant une valeur scientifique et morale importante en raison de son processus de conception, qui consacre un consensus et une légitimité scientifique solides.¹⁶⁶

[168] Désormais, le plan donne également une place toute particulière à la gestion des conséquences économiques et sociales d'une pandémie et à la promotion de l'égalité des chances. Sous la rubrique des « thèmes transversaux », pertinents pour toutes les activités de gestion d'un tel événement, figure une attention spécifique pour « les conséquences » d'une pandémie. Le Plan considère la mise en place d'un suivi « *précoce et régulier des conséquences* » comme un élément *sine qua non* de la capacité d'adoption de mesures proportionnées et adaptées « *aux plus vulnérables* », mais aussi pour « *créer une résilience durable de la société* ». ¹⁶⁷

[169] Plusieurs Listes de contrôle à l'attention des décideurs sont proposées pour faciliter l'intégration des recommandations du Plan dans les prises de décisions. Plusieurs d'entre elles s'ins-

¹⁶⁵ CONFEDERATION SUISSE. Plan national de pandémie suisse. 1^{er} juillet 2025. <https://www.pandemieplan.admin.ch/fr> (28 juillet 2025).

¹⁶⁶ OFSP. Plan national de pandémie Suisse. Rapport sur les résultats de la consultation. Berne. Mars 2025. 46 pages.

¹⁶⁷ CONFEDERATION SUISSE. Plan national de pandémie suisse. 1^{er} juillet 2025. Thèmes transversaux, Conséquences. <https://www.pandemieplan.admin.ch/fr/themes-transversaux-consequences> (5 août 2025).

crivent tout particulièrement dans la continuité de l'analyse réalisée dans cet article. Elles portent notamment sur l'évaluation des conséquences et la promotion de l'égalité des chances.

3.1. La liste de contrôle pour appréhender les conséquences de la gestion d'une pandémie

[170] Une liste de contrôle est consacrée à l'appréhension des conséquences d'une pandémie.¹⁶⁸ Elle contient six recommandations destinées à faciliter l'identification, la limitation et la compensation des conséquences d'une pandémie sur la société et ses membres, lors du processus décisionnel. Elles sont formulées de manière générique afin de pouvoir s'adapter à tout type de situation pandémique.

[171] Pour considérer systématiquement tous les types de conséquences, sanitaires, sociales et économiques, elles mettent en évidence la nécessité d'impliquer une diversité représentative des acteurs concernés tout au long du processus de lutte contre la pandémie. Il s'agit-là d'une condition pour que les effets et les groupes de personnes concernées soient adéquatement identifiés, et que des interventions ciblées compensatoires soient adoptées. Une sensibilisation des responsables politiques à la nécessité de tenir compte tant des effets individuels que systémiques est également préconisée.

[172] Ces indicateurs doivent pouvoir aider à trouver un équilibre entre lutte contre la propagation du pathogène et conséquences pour la société et les individus. Ce dernier s'avère essentiel pour préserver la confiance de la population et l'adhésion aux mesures.

[173] Les acteurs concernés – professionnels, personnes touchées, autorités et société civile – doivent être impliqués dès le début pour anticiper les conséquences des mesures sanitaires, sociales et économiques. Un suivi régulier doit permettre d'identifier les effets à tous les niveaux (systémique et individuel), en portant une attention particulière aux groupes en situation de vulnérabilité, afin d'adapter les décisions et de concevoir des mesures compensatoires ciblées. Enfin, les responsables politiques doivent être sensibilisés à l'importance de cet équilibre pour garantir l'adhésion de la population et une gestion durable de la crise.

3.2. Listes de contrôle en lien avec la promotion de l'égalité des chances

[174] Deux listes de contrôle complémentaires sont proposées pour promouvoir l'égalité des chances dans le cadre de la gestion d'une pandémie.

[175] La première a pour objectif de synthétiser sept principaux facteurs sociaux de vulnérabilité, qui rejoignent l'analyse faite dans la première partie de cette contribution (éducation, moyens financiers, degré d'intégration, logement collectif, conditions de logement difficiles, emplois et droit de séjour précaires ou illégaux).¹⁶⁹ Le texte qui introduit cette Liste met en évidence les liens qui peuvent exister entre ces facteurs et les situations de cumul de vulnérabilités qu'il est important de considérer.

¹⁶⁸ Liste de contrôle « Gestion d'une pandémie : conséquences ». 1^{er} juillet 2025. <https://www.pandemieplan.admin.ch/fr/consequences-bases> (5 août 2025).

¹⁶⁹ Liste de contrôle « Gestion d'une pandémie : principaux facteurs sociaux de vulnérabilité », 1^{er} juillet 2025. <https://www.pandemieplan.admin.ch/fr/gestion-egalite-des-chances> (5 août 2025).

[176] Au-delà de l'identification des facteurs de vulnérabilité, une autre Liste de contrôle a pour objectif de guider les décideurs dans la conception de mesures propices à l'égalité des chances.¹⁷⁰ Celle-ci insiste tout d'abord sur l'utilité d'une participation des personnes en situation de vulnérabilité dans l'élaboration des mesures qui les concernent. Trois indicateurs sont par ailleurs proposés pour un contrôle systématique de l'adéquation de ces mesures sur des besoins certains. Ils visent l'accessibilité aux soins, aux informations et à des formes d'assistance.

[177] Ces listes constituent des outils précieux pour les décideurs en temps d'urgence pandémique. Le format est propice à un contrôle facilement réalisable de la prise en considération d'éléments clés dans les décisions, à tous les échelons.

[178] Le Plan pandémique demeure cependant un outil non contraignant.

[179] Il est à ce titre essentiel que la LEp, en cours de révision, tienne compte des éléments de ce consensus scientifique et de la société civile. Cela nécessite une intégration de moyens juridiques propices à la limitation des effets des inégalités sociales, mais aussi à la promotion de l'égalité des chances de tous de maintenir un niveau de bien-être en temps de pandémie.

Conclusion

[180] La pandémie de COVID-19 stimule un réexamen nécessaire des obligations étatiques en matière de protection des personnes en situation de vulnérabilité. Il est essentiel que cette réflexion soit conduite sous l'angle interdisciplinaire et de manière participative.

[181] La perspective juridique proposée dans cette contribution s'appuie sur les nombreux résultats scientifiques d'autres disciplines, car se sont elles qui permettent de faire lumière sur la réalité sociale que le droit vient encadrer.

[182] Le droit est traditionnellement un moyen d'organiser la société, à travers ses institutions et relations sociales. Il assure un ordre social et une certaine prévisibilité dans la mise à disposition et l'utilisation de ressources qui, en temps de pandémie, peuvent s'avérer fondamentales pour une intervention rapide et efficace.

[183] Le droit évolue dans le temps et dans l'espace et comme toute intervention sociale, il doit pouvoir être évalué pour savoir si ses dispositions sont suffisantes pour permettre à l'Etat de satisfaire à ses devoirs constitutionnels.

[184] L'expérience de la pandémie de Covid-19 a mis en lumière la nécessité de mieux délimiter les groupes de personnes en situation de vulnérabilité.

[185] Ce processus n'est pourtant pas facile à mettre en place, car les vulnérabilités peuvent varier en fonction des circonstances sanitaires, politiques, sociales, économiques, culturelles...

[186] L'usage de critères doit dès lors être envisagé, comme une forme d'incitation à la prise en considération systématique des effets des mesures adoptées dans le cadre de la LEp sur certains individus et groupes de personnes, qui ont historiquement fait l'objet de discriminations.

[187] En ce sens, la liste non exhaustive des caractéristiques protégées de l'article 8 al. 2 Cst., apporte une orientation pertinente pour effectuer une évaluation élémentaire. Les circonstances

¹⁷⁰ Liste de contrôle : « Gestion d'une pandémie : concevoir les mesures de façon à favoriser l'égalité des chances » (5 août 2025) <https://www.pandemieplan.admin.ch/fr/gestion-egalite-des-chances>.

précises d'un évènement doivent ensuite conduire à l'exploration d'autres formes de vulnérabilités uniques ou cumulées, en favorisant une approche intersectionnelle.

[188] La mise en oeuvre de cette dernière nécessité aussi de disposer d'une expertise véritablement interdisciplinaire. La *Task Force COVID 19* n'est plus en activité à l'heure actuelle. Néanmoins, un comité consultatif scientifique COVID-19, mandaté par l'OFSP et la CDS, demeure. Il a pour mission de fournir une analyse et des conseils scientifiques indépendants, dans la phase actuelle. Sur ces 14 membres, ce comité regroupe dix médecins, deux représentants des sciences politiques, un des sciences économiques et une éthicienne.¹⁷¹ L'ordonnance sur l'organisation de crise de l'administration fédérale (OCAF) du 20 décembre 2024, qui régit les responsabilités de l'administration en cas de pandémie,¹⁷² prévoit dans son article 16, la compétence du Conseil fédéral pour mettre en place un organe scientifique, sans préciser l'éventail des disciplines et représentations nécessaires pour minimiser les conséquences d'une pandémie sur la société dans son ensemble. Il est essentiel que le cadre juridique précise cette composition. Il s'agit d'une étape importante pour que l'égalité des chances devienne un pilier central de la lutte contre les épidémies à l'avenir.

GÉRALDINE MARKS SULTAN, Dr.iur., Senior researcher, Health Law Institute, Faculty of Law, University of Neuchâtel.

SANDRA HOTZ, Professor of Civil and Medical Law, Co-director of the Health Law Institute, Faculty of Law, University of Neuchâtel.

Cet article a été réalisé dans le cadre du projet « *Covid-19 policies and inequities in adult well-being : Building back fairer from the pandemic in Switzerland* » au sein du Programme National de Recherche « Covid-19 et Société » (PNR80), financé par le Fond National Suisse.

¹⁷¹ <https://wiss-gremium-covid19.ch> (5 août 2025).

¹⁷² Ordonnance sur l'organisation de crise de l'administration fédérale du 20 décembre 2024 (OCAF, RS 172.010.8) en vigueur dès le 1^{er} février 2025.