



Cellule de Soutien **Ethique**



La mise en place du passe sanitaire dans les établissements de soins

Quels enjeux éthiques ?

Echanges entre les membres de la Cellule de Soutien Ethique (CSE), du Conseil d'Orientation de l'Espace de Réflexion Ethique Bourgogne – Franche-Comté (EREBCF) & du Réseau des comités d'éthique locaux (Réseau ComEth)

20.09.2021

Contexte

Cet été 2021, la France a vu son taux d'incidence de Covid-19 augmenter de manière significative avec l'apparition du variant Delta, entraînant une augmentation des hospitalisations (y compris en réanimation). Dans ce contexte, le gouvernement Français a adopté le 05 août 2021 la loi n°2021-1040 impliquant l'obligation vaccinale des personnes travaillant dans les secteurs sanitaire, social et médico-social, ainsi que de la mise en place du « passe sanitaire » pour permettre l'accès à certains lieux, loisirs et événements, notamment les établissements de santé.

La CSE a été saisie début août 2021 par un professionnel de santé qui s'est interrogé sur le risque de discrimination, d'inégalité d'accès aux soins et sur la liberté de consentement à la vaccination et aux tests PCR dans un contexte de contrainte impliqué par cette nouvelle loi ; le requérant mettant en avant des hiatus avec d'autres lois qui régissent l'activité de soin (Code de la Santé Publique, le Code de déontologie avec l'article 7 de non-discrimination et la loi relative aux droits des malades de 2002). La question portée à la CSE était la suivante : **La mise en œuvre de l'obligation de présenter un passe sanitaire valide pour accéder aux soins et rendre visite à un proche malade, est-elle en accord avec notre devoir de non-discrimination des patients selon le code de déontologie et respecte-t-elle le droit des malades de refuser un acte de manière libre et éclairée ?**

Par ailleurs, face aux inquiétudes liées à la possible application du passe sanitaire en psychiatrie non seulement pour les hospitalisations mais aussi éventuellement pour l'ambulatoire, un comité d'éthique local s'est saisi de cette question avant qu'une cellule de crise ne décide des modalités

d'application de la loi dans son établissement, afin de rendre un avis sur ce qui semblait problématique d'un point de vue éthique. Dans ce dernier, il questionne la restriction d'accès aux soins impliquée par cette nouvelle loi et soulève les risques de renoncement aux soins et de crispations, *a fortiori* en psychiatrie, qui peuvent susciter, pour des raisons psychiatriques, de fortes résistances et qui poseraient des problèmes aux professionnels de santé, notamment dans le rôle de surveillance qui n'est pas compatible avec le rôle soignant.

Aussi, il nous a semblé pertinent de mener une réflexion conjointe entre les membres de la CSE et du Conseil d'Orientation de l'EREBFC ainsi que ceux du Réseau ComEth¹ à propos de la mise en place du passe sanitaire dans les établissements de soins.

Rappel de la loi n°2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire à propos de l'application du passe sanitaire dans les lieux de soins

Le passe sanitaire consiste en la présentation, numérique ou papier, d'une preuve sanitaire parmi les suivantes² :

- un certificat de vaccination justifiant d'un schéma vaccinal complet ;
- le résultat d'un examen de dépistage virologique négatif à la Covid-19 de moins de 72 heures ;
- Le résultat d'un test RT-PCR ou antigénique positif attestant du rétablissement de la Covid-19, datant d'au moins 11 jours et de moins de 6 mois.

Conditions d'application au sein des établissements de soins

« Le passe sanitaire s'applique dans les services et établissements de santé et établissements médicosociaux au public à partir du 9 août 2021 :

a) Lors de leur admission, les personnes accueillies dans les établissements de santé pour des soins programmés, sauf décision contraire du chef de service ou, en son absence, d'un représentant de l'encadrement médical ou soignant, quand l'exigence de présentation du passe est de nature à empêcher l'accès aux soins du patient dans des délais utiles à sa bonne prise en charge ;

b) Les personnes accompagnant ou rendant visite à des personnes accueillies dans des établissements et services de santé, sociaux et médico-sociaux à l'exclusion des personnes accompagnant ou rendant visite à des personnes accueillies dans des établissements et services médico-sociaux pour enfants.

¹ Le réseau ComEth est composé des membres des instances éthiques locales recensées en Bourgogne-Franche-Comté ; l'EREBFC a pour rôle principal de développer les liens entre ces instances. Pour davantage d'informations sur le réseau ComEth, vous pouvez consulter : <http://www.erebfc.fr/reseau-cometh/>

² « Pass sanitaire : toutes les réponses à vos questions », Gouvernement [*en ligne*], 12 juillet 2021. Disponible sur : <https://www.gouvernement.fr/pass-sanitaire-toutes-les-reponses-a-vos-questions>

➤ Précision sur l'application du passe sanitaire dans les établissements médico-sociaux

Les personnes hébergées au sein des établissements concernés, ainsi que les personnes accueillies mais non hébergées en établissement (accueil de jour, externat...) ou en service sont exemptées du passe sanitaire.

➤ Précision sur l'application du passe sanitaire dans les établissements sanitaires

Les soins programmés sont ainsi définis : tout soin organisé dans un délai de prévenance suffisant pour permettre au patient de satisfaire à l'obligation de présentation d'un passe sanitaire au préalable de sa prise en charge. Ainsi, les entrées par les services d'urgence ou de maternité des établissements de santé ou dans les consultations de soins non programmés assurées au titre de la permanence des soins mais aussi l'accès à un dépistage, la vaccination, le cas échéant en centre de vaccination, et les interruptions volontaires de grossesse ne sont pas soumis à la présentation d'un passe sanitaire.

Toutes les autres prises en charge dont le différé entraînerait une perte de chance pour le patient peuvent également en être exemptées sur appréciation de l'encadrement médical ou soignant de l'établissement. Lorsque la prise en charge d'un patient relevant des situations décrites ci-dessus nécessite l'accompagnement d'un tiers, l'accompagnant peut bénéficier d'une exemption au passe sanitaire sur appréciation des équipes de l'établissement.

Une attention particulière doit être apportée aux personnes dont les troubles psychiques et/ou le handicap, ou dont la barrière de la langue ou l'éloignement du système de santé peuvent altérer la compréhension de l'obligation de passe sanitaire, de sorte à permettre la prise en charge sans délai de leur demande de soin.

Les droits spécifiques des personnes en fin de vie doivent aussi être garantis par des mesures adaptées dans les lieux de soins. L'accompagnement, par sa famille et ses proches, d'une personne en fin de vie, atteinte ou pas de Covid-19, doit faire l'objet de mesures organisationnelles adaptées permettant les visites sans avoir à présenter le passe mais en respectant les consignes sanitaires et de sécurité.

Dans tous les cas, l'exigibilité du passe sanitaire doit, pour tous les patients et leurs accompagnants, être mise en œuvre avec tact et mesure, en recherchant l'équilibre entre protection des patients et des communautés médico-soignantes contre le risque infectieux et l'intérêt du patient au regard de sa pathologie propre. »³

³ Ministères des Solidarités et de la Santé, *Mise en œuvre de l'obligation vaccinale et du passe sanitaire dans les établissements de santé, sociaux et médico-sociaux*, 09 août 2021.

Échanges entre les membres de la CSE, du Conseil d'Orientation et du Réseau ComEth de l'EREBFC

Si l'état d'urgence a imposé cette loi, il apparaît nécessaire d'y réfléchir. En effet, la mise en place du passe sanitaire au sein des lieux de soins comporte différents aspects qu'il convient de discuter, certains soulevant des questions d'ordre éthique.

Le passe sanitaire vise, comme de nombreuses mesures prises pendant la pandémie de Covid-19, à protéger le système de santé d'un débordement ou de clusters, pour permettre l'accès aux soins. En effet, lors de la première vague, il a été constaté qu'un système de santé débordé empêchait la plupart des personnes qui en avaient besoin d'accéder à des soins, pouvant entraîner des conséquences en termes de mortalité à distance et de morbidité. Si ce point apparaît totalement indéniable, il y a toutefois une tension autour du fait que l'on applique à des individus ayant besoin de soins, des mesures non pas destinées à leur propre bénéfice, en tout cas immédiat, mais au bénéfice du système de santé.

Cette notion de protection du système de santé *via* la mise en place du passe sanitaire nous amène alors à questionner l'intérêt d'une obligation vaccinale, qui serait probablement plus acceptable en termes d'équité. En effet, le passe sanitaire, par le tri qu'il implique, crée une véritable discrimination entre les individus.

D'un point de vue éthique, il apparaît important de réfléchir aux deux aspects que comporte le passe sanitaire : un aspect de facilitation d'accès aux soins pour ceux qui sont en sa possession et un aspect de restriction d'accès pour ceux qui ne le possède pas, lui donnant ainsi une dimension punitive. Le Conseil d'Etat ne l'a d'ailleurs pas admis au sein des centres commerciaux au prétexte qu'il n'était pas possible de restreindre l'accès à des produits de première nécessité. Cela nous conduit alors à nous interroger sur son application dans les lieux de soins. Le soin ne fait-il pas partie des besoins de première nécessité ?

Pour un participant au débat, il apparaît nécessaire de nuancer les restrictions imposées dans les lieux de soins qui, par rapport aux commerces, ne sont pas si contraignantes. Il y a effectivement une grande différence par rapport aux restaurants ou établissements de loisirs pour lesquels l'absence de passe sanitaire empêche strictement l'accès, ce qui n'est pas le cas dans les établissements de soins où il peut y avoir des dérogations.

Le cas particulier des professionnels exerçant en libéral a également été abordé. Contrairement aux établissements hospitaliers et autres, le passe sanitaire n'est pas exigé pour accéder aux consultations des libéraux. Les mesures apparaissent donc particulièrement discriminatoires, aussi bien pour les soignants que pour les patients.

Qu'en est-il de l'application du passe sanitaire au sein des établissements de santé ?

L'application de la loi sur la mise en place du passe sanitaire est décidée au cas par cas. Chaque établissement décide ainsi des conditions et des dérogations possibles en fonction du public et des situations.

S'il semble que l'application des mesures doit être basée sur la question éthique suivante : « quel accès aux soins je veux permettre au sein de mon établissement ? ». Il apparaît pourtant dans certaines structures que la préoccupation des services administratifs est plutôt de mettre en avant leur propre risque sur le plan légal.

En effet, les discussions entre les participants laissent apparaître des situations très hétérogènes entre les établissements, qui pour certains appliquent le texte de loi avec une certaine rigidité quand d'autres font preuve de souplesse. Il est d'ailleurs évoqué le cas d'établissements qui font reposer la décision d'accepter ou non l'accès aux soins d'une personne sans passe sanitaire sur le médecin en charge du patient. Cette situation apparaît très compliquée, entraînant des conditions d'accès aux soins très « personnes-dépendantes ».

On retrouve ici la problématique des lois dites « souples » qui laissent une autonomie trop importante sur le plan institutionnel : certains établissements vont ainsi prendre des décisions réfléchies au cas par cas, éthiques et bienveillantes, tandis que d'autres vont faire prévaloir le principe de précaution, en refusant toute souplesse et entraînant des situations de zèle.

Cette situation rappelle en tous points celle vécue lors de la décision d'assouplissement des mesures de restrictions de visites en EHPAD pour laquelle les situations étaient très hétérogènes au sein de ces établissements, reposant sur le bon vouloir de la direction. Cela avait d'ailleurs donné lieu à la présentation de « *Repères éthiques à la décision de maintien ou d'allègement des mesures de restriction de visites en EHPAD* » de la part de la CSE de l'EREBFC⁴ ; la poursuite injustifiée de ces restrictions portant atteinte aux droits et aux libertés des résidents.

Cette différence d'application de la loi, notamment pour le cas particulier des visiteurs de proches hébergés au sein d'un établissement de santé, fait également écho aux situations, lors de la troisième vague de la pandémie, de sanctions des proches pour les visites en EHPAD. Il y a un aspect dangereux à autoriser des personnes, qui ne sont formées ni pour la justice ni pour l'application des peines, à appliquer des sanctions qui impliquent le résident / le patient lui-même. Il y a une instrumentalisation de la santé et de la médecine dans la surveillance d'actes qui normalement échappent au domaine de la santé à proprement parlé (cf. Michel FOUCAULT à propos de la sexualité et de l'alimentation). Il y a certes des enjeux sanitaires derrière ces éléments-là mais la façon de rendre visite à ses proches, relève-t-elle vraiment du domaine du sanitaire ? Cela rejoint les réflexions à propos du métier de soignant : est-ce leur rôle de surveiller ? Mais aussi à propos du métier de vigile : est-il là pour donner l'accès aux soins ? Il y a un certain nombre de dangers qui sont soulevés par cette situation.

On peut alors penser à une éthique de la transgression mais autant celle-ci s'entend à l'échelle individuelle au sujet d'un patient, autant cela apparaît plus complexe au niveau d'une collectivité puisque la mise en danger d'autrui intervient. Ainsi, nous pourrions pour un patient ou un proche

⁴ Les avis et travaux de la CSE sont consultables sur le site Internet de l'EREBFC : [http://www.erebfc.fr/ressource/?missions\[\]=48](http://www.erebfc.fr/ressource/?missions[]=48)

n'ayant pas de passe sanitaire valide prendre une décision qui nuira à la collectivité. Quand bien même il sera argué « l'éthique de la transgression » en tant que repère décisionnel, celle-ci voit ses limites en termes de répercussion pour la collectivité.

A ce sujet, un point d'attention est porté sur ce qu'est le droit. Ce dernier est constitué de règles avec des sanctions qui sont normalement interprétées par les juges mais que nous, en tant que citoyens ou professionnels, allons interpréter nous-même avant que le juge n'intervienne. Le problème du droit et de la règle est que tant qu'il n'y a pas d'incidents ou de litiges, il n'y a pas de sanctions. Il y a eu assez peu de recours sur la mise en danger de la vie d'autrui (dont la peine est d'un an de prison et de 15 000€ d'amende) néanmoins, le jour où une victime ou sa famille va porter l'affaire devant un tribunal, le juge va trancher en faveur d'une interprétation, qui fera office de jurisprudence. Dans le cas de la loi du 5 août 2021 il est compliqué de prédire comment le juge tranchera et se positionnera par rapport aux situations particulières introduites dans le texte. Rappelons ici que ces situations concernent : les situations d'urgence, l'accès à l'interruption de grossesse, les soins aux mineurs, la vaccination, les soins psychiques, les personnes en situation de handicap mental et physique, les personnes en situation de précarité sociale, les personnes en fin de vie, etc.

Dans tous les cas, si la loi reste un repère pour les professionnels de santé, les besoins de santé du patient le sont également, tout comme la prise de risque pour la collectivité. La décision au cas par cas, de pratiquer des soins à un patient « à risque » d'amener le virus (le risque étant lié directement à l'absence de passe sanitaire valable) reposera donc sur un savant mélange entre ces trois repères, et s'inscrira dans une temporalité particulière : en urgence, la décision ne pourra pas s'argumenter de la même façon qu'hors situations d'urgence, et la prééminence d'un des trois repères ne sera pas exactement la même.

On retrouve ici une véritable tension éthique entre l'universel et le particulier, la collectivité et le patient, le principe de justice et les besoins de chacun ; tension qu'il conviendra de résoudre à chaque fois différemment.

Les différentes discussions mettent en exergue la nécessité d'un débat au sein de chaque établissement avec les soignants, les proches et les patients sur les conditions d'application du passe sanitaire afin de ne pas entraîner de contraintes supplémentaires. Cela permettrait de mettre en avant les arguments de chacun, pour une décision collective adaptée à une situation singulière. Par ailleurs, il nous apparaît primordial qu'un représentant de comité d'éthique, quand il y en a un dans l'établissement, fasse partie de la cellule de crise de chaque structure puisque c'est cette dernière qui décide quelles exceptions à l'obligation du passe sanitaire sont autorisées pour les patients et pour les visiteurs.