

États
de droits

mélanges
en l'honneur de

*Dany
Cohen*

Lefebvre Dalloz

DA|LOZ

SOMMAIRE

<i>Avant-propos</i> par Robert BADINTER	XXI
<i>Propos introductifs</i> par Christophe ANDRÉ, maître de conférences à l'Université Versailles-Saint-Quentin et Laurent Gamet, professeur de droit à l'Université Paris XII (Paris- Est), doyen de la Faculté de droit, avocat au barreau de Paris	1
<i>Looking across la Manche</i> <i>Should English Law take a lesson from France on how to determine the applicable law of an arbitration agreement in a contract?</i> by Sir Richard AIKENS, arbitrator, Former Lord Justice of Appeal ...	5
<i>La « spécialisation » du juge : l'exemple à ne pas suivre du droit de la concurrence</i> par Rafael AMARO, professeur de droit privé, Université Caen Normandie.....	25
<i>Peut-on blanchir sans salir ?</i> par Thomas AMICO, avocat au barreau de Paris	43
<i>Surveiller et punir hors du droit pénal</i> par Christophe ANDRÉ, maître de conférences à l'Université Versailles-Saint-Quentin Philippe JACQUES, professeur à l'Université de Chambéry, avocat Anne-Valérie LE FUR, professeure à l'Université Versailles- Saint-Quentin et Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, professeure à l'Univer- sité de Paris-Nanterre	53

<i>Les risques sociaux liés au traitement de la maladie de Parkinson : dialogue entre les neurosciences et le droit</i> par Mathias AUDIT, professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université de Paris 1) et Élodie HAINQUE, praticien hospitalier, département de neurologie, hôpital Pitié-Salpêtrière.....	93
<i>Brèves réflexions sur la justice face aux réseaux sociaux</i> par Youssef BADR, magistrat	109
<i>L'apport de la compétence universelle pour la justice internationale</i> par Patrick BAUDOUIN, avocat à la cour d'appel de Paris, président d'honneur de la Fédération internationale pour les droits humains (FIDH), président de la Ligue des droits de l'homme (LDH).....	115
<i>Sheytân ou « Le diable n'existe pas »</i> par Florence BELLIVIER, professeure à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris I) et Rainer Maria KIESOW, vice-président de l'EHESS chargé de la recherche, directeur d'études de l'EHESS, professeur de droit...	121
<i>Brèves observations sur le secret de l'avocat</i> par Gabriel BENESTY, avocat à la cour d'appel de Paris	129
<i>Le juge civil et l'art subtil d'être soi</i> par Clément BERGÈRE-MESTRINARO, magistrat.....	141
<i>Le comité social et économique face aux institutions et aux autorités de régulation</i> par Julien BRAULT, avocat à la cour d'appel de Paris	151
<i>Questions sur le modèle du procès Fable du meunier prussien</i> par Guy CANIVET, premier président honoraire de la Cour de cassation, ancien membre du Conseil constitutionnel.....	175
<i>L'avenir du nantissement de créances après l'ordonnance du 15 septembre 2021</i> par Reinhard DAMMANN, avocat au barreau de Paris, professeur affilié à Sciences Po et Lisa MILANI, Dammann Avocat	189
<i>La porosité entre compliance et responsabilité civile : progress ou régression ?</i> par Anne DANIS-FATÔME, professeure à l'Université Paris Nanterre...	205

<i>Le chat, la belette et le NFT</i>	
par Sarah DORMONT, maître de conférences à l'Université de Paris-Est Créteil	
et Anne PERROT, inspectrice générale des finances	225
<i>La fongibilité est-elle une « manière dont on acquiert la propriété ? »</i>	
par Philippe DUBOIS, agrégé des Facultés de droit, ancien professeur à l'Université Paris Ouest – Nanterre La Défense, avocat associé De Pardieu Brocas Mafféi	239
<i>Prévoir et agir. Le juriste stratège</i>	
<i>Réflexions sur le rôle du juriste dans la prévention des risques et l'anticipation des conflits relatifs à l'exécution des contrats</i>	
par Benoît DUPUIS, docteur en droit, directeur exécutif, Société du Grand Paris	251
<i>L'avocate voilée</i>	
par Cyrille DUVERT, maître de conférences à l'Université Sorbonne Paris Nord	271
<i>La Loge aux piliers</i>	
<i>Notes sur la Haute Cour de Chandigarh</i>	
par Olivier GAHINET, architecte, ingénieur, professeur à l'École nationale d'architecture de Strasbourg	281
<i>La répression pénale des manquements patronaux</i>	
par Laurent GAMET, professeur de droit à l'Université Paris XII (Paris-Est), doyen de la Faculté de droit, avocat au barreau de Paris	293
<i>La procédure pénale à l'heure des nouvelles technologies</i>	
par Céline GARÇON, enseignante en droit pénal à l'IEP de Paris...	307
<i>Juger en temps de crise : le Conseil d'État et la crise sanitaire du Covid-19</i>	
par Guillaume HALARD, magistrat administratif, chargé de mission du vice-président du Conseil d'État de septembre 2019 à septembre 2022	319
<i>L'indépendance de l'autorité judiciaire</i>	
par Alain LACABARATS, président de chambre honoraire à la Cour de cassation	335
<i>Enfants masqués à l'école : un tabou illicite</i>	
par Nicolas LANDY, ancien avocat près la cour d'appel de Paris, ancien vice-président de Le Mans Métropole, dirigeant d'entreprises de la métallurgie	343

<i>Taxation du patrimoine, bouclier fiscal et contexte macroéconomique</i> par Nicolas LECONTE, Sciences Po Alain TRANNOY, EHESS et Aix-Marseille School of Economics et Étienne WASMER, New York University-Abu Dhabi et professeur associé à Sciences Po	365
<i>Libres propos non exhaustifs sur l'amitié et le droit pénal</i> par Dominique LUCIANI-MIEN, maître de conférences HDR à l'Université Jean-Moulin Lyon III.....	381
<i>Plaidoyer pour la Commission internationale de l'état civil</i> par Michel MONTINI, avocat au barreau de Neuchâtel.....	397
<i>Brèves remarques sur le droit au respect de la vie privée des personnes morales</i> par Juliette MOREL-MAROGER, professeur de droit privé à l'Université Paris-Dauphine PSL, CR2D	413
<i>Le « principe d'autonomie des parties » : un impensé du droit international privé</i> par Horatia MUIR WATT, professeure, École de droit, Sciences Po Paris.....	423
<i>Le corps de l'avatar</i> <i>Brèves réflexions sur le traitement juridique de l'incorporation et de la proprioception</i> par Judith ROCHFELD, professeure de droit privé, École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, IRJS...	437
<i>Regards caustiques d'un Anglais (ou Français ?) sur l'affaire Kout Food</i> par Peter ROSHER, avocat à la Cour/Solicitor, Global Chair, International Arbitration, Reed Smith LLP	453
<i>La compétence judiciaire européenne en matière contractuelle à l'épreuve de la stratégie du procès</i> par Bernard UGHETTO, avocat honoraire à la cour d'appel de Lyon.....	465
<i>Les réseaux de distribution face au nouveau règlement restrictions verticales</i> par Louis VOGEL, membre de l'Institut, professeur à l'Université Paris Panthéon-Assas et Joseph VOGEL, avocat au barreau de Paris.....	481

AVANT-PROPOS

Je tiens pour un honneur et surtout l'expression d'une profonde amitié d'introduire ces *Mélanges* en hommage au professeur Dany Cohen.

Je l'ai connu comme jeune avocat au cabinet qui portait alors le nom de Jean-Denis Bredin et moi-même. Il fut notre collaborateur pendant les années de sa rayonnante jeunesse au barreau. Dany Cohen aurait pu être un grand avocat civiliste. Mais l'amour du droit et la passion d'enseigner l'ont conduit toujours plus avant dans la voie de la culture juridique et de l'enseignement du droit. Ainsi, à l'heure des choix décisifs, Dany Cohen privilégia l'Université et la recherche. Je comprends ce choix, et le professeur Cohen a brillé aussi au sein du barreau par sa compétence juridique et sa rigueur morale.

Saluons en lui un chevalier du droit et de son enseignement. Je tire fierté d'introduire ces *Mélanges* réunissant tant d'articles d'excellents juristes.

Robert BADINTER

ENFANTS MASQUÉS À L'ÉCOLE : UN TABOU ILLICITE

par Nicolas LANDY

*Ancien avocat près la cour d'appel de Paris,
ancien vice-président de Le Mans Métropole,
dirigeant d'entreprises de la métallurgie*

Lorsqu'il m'a été proposé de contribuer à ces *Mélanges*, n'ayant exercé la profession d'avocat aux côtés de Dany Cohen que sur une courte période il y a 30 ans, j'ai questionné ma légitimité à y côtoyer des juristes chevronnés. Mais finir ses études de droit et commencer sa carrière avec le professeur Cohen, ça n'a pas seulement été une occasion extraordinaire de devenir juriste. C'était la garantie de le rester, alors même que ce n'était plus mon métier.

Juriste je suis donc demeuré, comme père de deux enfants scolarisés à l'école élémentaire (6-11 ans) lors de la crise Covid et exposés aux mesures sanitaires imposées à l'école (puis dans toutes les autres structures les accueillant hors domicile). L'obligation de rester masqués 8 à 10 heures par jour pendant 17 mois, sans qu'ils ne sachent jamais quand ce régime allait cesser, a été la mesure la plus contraignante pour eux, après le confinement entraînant la fermeture des écoles de mars à mai 2020 que seuls les plus inquiets ont souhaité, par moments, reconduire. Savoir si les avantages potentiels du masque imposé aux écoliers en dépassaient les inconvénients n'était pas seulement le besoin d'un père protecteur de ses enfants confrontés à des mesures dont il estimait qu'elles ne pouvaient pas ne pas les affecter. Il était aussi celui du parent responsable de leur santé aux termes de l'article 371-1 du Code civil, amené à déléguer, de fait, chaque jour, cette responsabilité à l'école, et troublé que cette dernière, exécutrice

parfois zélée ou parfois laxiste des protocoles sanitaires, se substitue à lui dans ce domaine qu'il considère comme partie intégrante de son autorité parentale. Ce besoin était enfin celui du citoyen d'un État de droit faisant partie d'un trop petit groupe : celui des personnes informées que la restriction des libertés publiques¹ ne peut qu'être provisoirement opérée en respectant des procédures spécifiques et des conditions de fond exigeantes de nécessité, d'adéquation et de proportionnalité.

On montrera que la décision de masquer les enfants a effectivement généré un problème grave de santé publique (I) alors que les conditions de fond nécessaires à la licéité de la mesure n'ont pas été sérieusement examinées (II). Un arbitrage politique et judiciaire a été rendu en faveur des plus anciens. Il n'avait pas forcément lieu d'être, et les règles de droit remettent en cause son résultat (III).

I. – UN PROBLÈME GRAVE DE SANTÉ PUBLIQUE

A. – *DES EFFETS CERTAINS POINTÉS PAR LES SPÉCIALISTES*

L'obligation faite, le 2 novembre 2020, à plus de 4 millions d'écoliers de porter un masque (après mai et juin pour 5,5 millions de collégiens et de lycéens), a occasionné de nombreuses prises de position du milieu médical et paramédical. Si les médias ont beaucoup rapporté une prétendue innocuité du masque (restreignant la plupart du temps le sujet à une innocuité relative au système respiratoire²), un flot d'analyses opposées ont été émises par des praticiens spécialisés dans la santé infantile, souvent groupés pour passer le filtre de quelques médias dits « mainstream ». Ainsi, une tribune de pédopsychiatres et neuropsychiatres paraissait le 1^{er} novembre 2020 sous l'intitulé « Port du masque à 6 ans : avons-nous perdu (l'âge de) raison³ ? » :

« ... Les enfants tenteront sans aucun doute de nous écouter, de s'adapter à cette nouvelle norme que nous leur imposons, de se conformer. Mais est-ce réellement dans leur intérêt, et à quel prix ? Nous parlons là de coût psychique, bien entendu... Ces derniers mois, les Sociétés de pédiatrie n'ont eu de cesse de nous rappeler l'importance de mesures assouplies et raisonnables entre enfants et en particulier en milieu scolaire, y compris concernant le port du

1. L'obligation de porter le masque a été reconnue sans difficulté comme une telle atteinte par les juridictions, y compris pour les adultes alors qu'elle les affectait sur des durées beaucoup moins longues que les enfants (à l'exception des soignants).

2. [https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2020/11/05/masque-des-6-ans-a-l-ecole-trois-idees-recues-sur-les-risques-encourus-par-les-enfants_6058648_4355770.html]

3. [https://www.liberation.fr/debats/2020/11/01/port-du-masque-a-6-ans-avons-nous-perdu-l-age-de-raison_1804083/]

masque⁴. Nous ne pouvons nous résoudre à attendre plusieurs mois voire plusieurs années d'enquêtes sur les conséquences psychologiques de nos décisions en temps de Covid alors même que nous disposons d'un siècle d'observations, d'écrits, de recherches, de connaissances sur la psychologie de l'enfant menés par nos confrères et consœurs psychologues, pédiatres, pédopsychiatres, psychanalystes, développementalistes, neuropsychologues, psycholinguistes, psychopédagogues... ces savoirs-là, nous les avons. »

Des collectifs de pédiatres, pédopsychiatres⁵ et d'orthophonistes⁶ expliquaient, dans des articles assis sur ces connaissances scientifiques, et illustrés par leurs expériences en consultation, les dommages causés aux enfants⁷. Le même mouvement existait dans les autres pays où la même mesure était prise. Ainsi, par exemple, 50 praticiens en Belgique⁸ ou 70 aux Pays-Bas⁹ demandant « l'abolition du masque dans les écoles : une menace sérieuse pour leur développement ». Des analyses de spécialistes étaient produites dans des revues de référence, comme l'*International Journal of Environmental Research and Public Health* où une étude d'avril 2021 de 42 pages, citant 172 études et recherches menées dans le monde, y passait en revue les effets négatifs du masque concernant les échanges respiratoires, la neurologie, la psychologie, la psychiatrie et la pédiatrie¹⁰. Au terme d'un jugement de 178 pages citant plus d'une centaine de références et convoquant 3 experts, un juge allemand déclarait la mesure disproportionnée pour les enfants et illégale¹¹, à l'instar de la Cour constitutionnelle autrichienne¹².

Plus prosaïquement : lunettes embuées que les enfants n'ont plus portées, odorat entre parenthèses... En fallait-il du danger et de la peur pour qu'une large majorité de parents et d'encadrants acceptent de maintenir ce traitement pendant 17 mois ?

4. [<https://www.sfpediatrie.com/actualites/rentree-scolaire-covid19-propositions-actualisees-sfp>] du 14 sept. 2020 où la Société française de pédiatrie (SFP) ne recommande pas le port du masque avant le collège.

5. [<https://collectifdesantepediatrique.fr/le-collectif/>]

6. [<https://www.direct-assurance.fr/assurance-sante/orthophoniste-dangers-masque-ecole>] ou [<https://blogs.mediapart.fr/atalacy/blog/191120/professionnels-de-sante-contre-le-masque-pour-les-enfants-revue-de-presse>].

7. [<https://www.lefigaro.fr/vox/societe/il-faut-urgemment-mettre-fin-au-port-du-masque-pour-les-enfants-20210525>] par Marie-Estelle Dupont, psychologue clinicienne et psychothérapeute.

8. 21 déc. 2001 [<https://www.lecho.be/opinions/carte-blanche/le-port-du-masque-en-primaire-perturbe-gravement-les-enfants-alertent-les-psychologues/10355054.html>].

9. 9 sept. 2020 [<https://www.rtbef.be/article/septante-medecins-flamands-demandent-l-abolition-du-masque-dans-les-ecoles-10579881>].

10. [<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC8072811/>]

11. [https://2020news.de/wp-content/uploads/2021/04/Amtsgericht-Weimar-9-F-148-21-EAO-Beschluss-anonym-2021-04-08_online.pdf] entraînant une réaction virulente du ministre compétent du Land de Thuringe [<https://www.infranken.de/ueberregional/deutschland/familienrichter-weimar-maskenpflicht-schnelltests-art-5191309>].

12. [<https://www.rtbef.be/article/coronavirus-la-cour-supreme-autrichienne-rejette-le-port-du-masque-a-l-ecole-10660474>]

Ce qui précède n'a pas pour objet de convaincre le lecteur que masquer les enfants a pu être une erreur, voire une faute¹³. On cherche seulement à montrer, dans cette introduction, que la mesure a posé une question aussi sérieuse en matière de libertés fondamentales qu'en matière de santé publique puisqu'affectant une génération entière de mineurs¹⁴. Mais cette question n'a fait l'objet d'aucune étude spécifique d'organismes publics, alors que l'impact de la crise sanitaire¹⁵ sur l'état de santé mentale des mineurs, lui, faisait l'objet de nombreuses alertes et de plusieurs rapports officiels.

B. – *LE MASQUE TOUTE LA JOURNÉE : UNE CAUSALITÉ
PARTIELLE DE L'ÉTAT DE SANTÉ DÉGRADÉ DES ENFANTS*

Ainsi, une commission d'enquête parlementaire se constituait « pour mesurer et prévenir les effets de la crise du Covid-19 sur les enfants et la jeunesse¹⁶ ». Son rapport du 16 décembre 2020 commençait par dénoncer l'important décalage entre les informations erronées diffusées sur le rôle des enfants dans le développement de l'épidémie et la réalité scientifique¹⁷ :

« En premier lieu, il importe de rétablir quelques vérités : contrairement à un préjugé tenace, *les enfants et les jeunes ne comptent pas parmi les premiers propagateurs de l'épidémie de Covid-19*¹⁸. Les plus récents travaux scientifiques démontrent le caractère infondé de représentations qui, aux débuts de la crise sanitaire, ont nourri une méfiance déraisonnable à l'encontre d'enfants et d'adolescents considérés comme les premiers propagateurs de l'épidémie, et parfois même traités de “bombes humaines”. *En outre, un certain nombre de travaux aboutissent à la conclusion que les enfants ne contribuent que peu aux chaînes de contamination*, notamment les enfants de moins de onze ans ; [...] L'étude de foyers épidémiques tend à prouver que *les enfants se trouvent rarement à l'origine de la contamination d'adultes* ; [...] attention à la parole

13. [<https://www.lefigaro.fr/vox/societe/quelles-erreurs-de-raisonnement-nous-poussent-a-sacrifier-les-enfants-dans-la-gestion-de-la-crise-du-covid-19-20211221>] où Samuel Fitoussi expose en quoi nos appréciations des mesures sanitaires ont été influencées par nos expériences : « Le médecin pourra avoir tendance à surestimer la gravité, à l'échelle de la société, du problème posé par l'affluence hospitalière, et à sous-estimer celle des dégâts causés par les restrictions. De même, le scientifique qui intervient sur des thématiques liées au Covid-19 pourra accorder trop peu de poids aux problèmes qu'il n'étudie pas (éducation des enfants, économie...) par rapport au sanitaire. » L'auteur, évidemment, n'est pas exempt de cette influence.

14. Les moins de 6 ans étant affectés par le port du masque de leur entourage.

15. Les rapports officiels ne désignent jamais « les mesures sanitaires » comme cause de l'état de santé dégradée des enfants, mais « la crise sanitaire ».

16. Présidée par Sandrine Mörch (députée LREM). Rapporteur : Marie-George Buffet (députée PCF).

17. Première partie I-A du rapport [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cecovidj/115b3703_rapport-enquete#].

18. En gras dans le rapport.

publique adulte et au signal politique et médiatique adressé aux jeunes¹⁹. Les slogans encourageants sont rares. Les messages envoyés aux jeunes au début de la crise n'ont pas été les bons, provoquant un sentiment de culpabilité... »

Le rapport rappelait que l'anxiété des parents accrue par l'emballement politico-médiatique du moment (dénoncé par la Haute autorité de santé elle-même²⁰), avait beaucoup plus affecté les enfants que le Covid-19 lui-même : « ils sont les "éponges" de parents anxieux ».

S'interrogeant sur « Des séquelles possibles dans le développement personnel des jeunes », la commission indiquait que « les auditions menées l'incitent toutefois à accorder une attention particulière à deux conséquences de la crise sanitaire dont on ne mesure pas totalement les implications, notamment pour ce qui est des jeunes enfants... *Le second motif d'interrogation porte sur les conséquences du port du masque sur le développement des fonctions cognitives et des apprentissages. En effet, sa généralisation occasionne manifestement des difficultés non négligeables pour des publics dont le développement repose sur des interactions*²¹ ».

Mais cette demande d'attention particulière des élus restera sans suite.

Pourtant, près d'un an plus tard, dans son rapport annuel sur « la santé mentale des enfants » publié le 17 novembre 2021, la Défenseure des droits produisait un chapitre entier sur « les conséquences dramatiques de la crise sanitaire sur la santé des enfants²² » : « la crise sanitaire²³ – confinement, restrictions d'accès aux centres culturels, sportifs et de loisirs, port du masque – et l'atmosphère d'incertitude ont eu des effets majeurs sur la santé mentale des enfants, (angoisse, stress, dépression, troubles alimentaires, etc.) ». Elle ajoutait dans cette liste de causes à effets « Pour les enfants, le fait d'être désignés comme des vecteurs de contagion, "contaminant leurs grands-parents" sans le savoir, a été un autre traumatisme ». Or cette « désignation » des enfants leur a été répétée par les adultes référents (parents, enseignants et autres encadrants dans toutes les structures les accueillant) *principalement* pour justifier leur ordre de mettre, remettre, ne pas enlever et bien positionner le masque.

Ajoute-t-on de la subjectivité ou de l'exactitude²⁴ en citant ici le professeur Isabelle Claudet, responsable des urgences pédiatriques au CHU de

19. Mais ces accusations n'ont pas cessé, même au plus haut niveau de l'État. Ainsi le premier ministre Jean Castex en décembre 2021 : « c'est ma fille de 11 ans qui m'a donné le virus il y a quelques semaines. J'étais vacciné, donc je n'ai eu qu'une forme extrêmement légère. Donc oui, la vaccination des enfants est une nécessité » [https://www.gala.fr/1_actu/news_de_stars/jean-castex-explique-comment-il-a-eu-le-covid-19-cest-ma-fille-de-11-ans-qui-ma-donne-le-virus_482602] (ou d'autres médias).

20. « Le climat d'incertitude et de peur, exacerbé par la communication écrite et audiovisuelle, génère des troubles », avis HAS : « Covid-19. Avis du Conseil pour l'engagement des usagers », 5 mai 2020, p. 2.

21. Page 55 du rapport (en gras dans le rapport).

22. Page 38 du rapport de la Défenseure des droits.

23. V. note 15. L'énumération est pourtant ici seulement celle de mesures sanitaires.

24. Mais certainement pas d'exhaustivité.

Toulouse²⁵ : « il faut souligner la gravité des tentatives de suicide ; on a des petits enfants de 6 à 7 ans qui font des tentatives de pendaison ; personnellement je n'avais jamais vu ça » ? Mais les enfants pouvaient-ils sortir indemne d'un monde brutalement mis à l'envers, où c'était à eux de protéger les plus grands et non l'inverse, et où ils devaient accepter cette extraordinaire contrainte que ces grands leur infligeaient, sauf à se voir refuser l'entrée dans une école restée obligatoire ?

À moins d'écartier tout lien de causalité partielle entre la santé abimée des enfants (évidemment à des degrés fort divers en fonction d'une myriade de facteurs) et l'obligation de porter le masque, on ne peut que s'intéresser à la manière dont cette mesure a été adoptée, maintenue, aggravée jusque dans la cour de récréation²⁶, suspendue du 4 octobre au 15 novembre 2021 dans les 47 départements dont le taux d'incidence passait sous 50 pendant 5 jours²⁷, réinstaurée ensuite dans ces territoires²⁸. Ceci supposait en effet la réalisation de conditions strictes.

II. – DÉCISION ET MAINTIEN D'UNE RESTRICTION DE LIBERTÉ : COMMENT LES ENFANTS N'ONT PAS BÉNÉFICIE DE LA MÉTHODE OBLIGATOIRE

A. – DÉCISION DE MASQUER LES ENFANTS : CE QU'INDUISAIT LA RÈGLE DE DROIT

Synthétisant les règles européennes et françaises protectrices des libertés publiques, 50 magistrats, avocats et professeurs de droit²⁹ contestant la légalité de certaines mesures sanitaires fin septembre 2020, écrivaient : « dans un État

25. « Des enfants de 6 ans font des tentatives de pendaison : l'hôpital subit les effets du Covid », *Actu Toulouse* 23 mai 2021.

26. Alors que le risque d'attraper le Covid est considérablement inférieur à l'extérieur selon par exemple l'Université de Californie citée par *The Irish Times* [<https://www.irishtimes.com/news/ireland/irish-news/outdoor-transmission-accounts-for-0-1-of-state-s-covid-19-cases-1.4529036>].

27. [<https://www.topsante.com/medecine/maladies-infectieuses/zoonoses/liste-departements-masque-obligatoire-ecole-636811>]

28. Au point de susciter, le 3 novembre 2021, l'ire de Christèle Gras-Le Guen, présidente de la Société française de pédiatrie : « le port du masque à l'école pour les moins de 12 ans n'a pas de sens. Je le redis : la contagiosité ne se fait pas à l'école. Qu'on arrête de prendre les enfants pour cible, au prétexte qu'ils ne protestent pas beaucoup » [https://www.ouest-france.fr/sante/virus/coronavirus/retour-du-masque-a-l-ecole-ca-n-a-pas-de-sens-juge-la-societe-francaise-de-pediatrie-80aaf1c6-3cb0-11ec-b2dd-875829662230?fbclid=IwAR0kJPFnWiSoOvMGSVU2WlsBZ8ighe-gVmza_mSzuFWaZSI9kqnv7-tnwgc].

29. *D. actu.*, « Le droit en débat », 20 sept. 2020 [<https://www.dalloz-actualite.fr/node/covid-mesures-restrictives-de-liberte-resistent-elles-au-test-de-proportionnalite#.X3JnYWgzY2z>].

de droit, la liberté doit rester la règle et la restriction de police l'exception. Il en résulte que les mesures restrictives des droits et libertés ne sont légales que si elles répondent aux trois exigences inhérentes au principe de proportionnalité : la nécessité, l'adéquation et la proportionnalité ». La nécessité suppose que sans la mesure restrictive de liberté on ne pourra atteindre l'objectif. L'adéquation impose que la mesure soit adaptée et appropriée pour ce faire. Enfin, l'atteinte à la liberté ne doit pas excéder ce qui est strictement nécessaire à la réalisation des objectifs. À défaut elle ne serait pas proportionnée.

En masquant les écoliers, le gouvernement poursuivait un objectif double, dont on ne peut contester la légitimité : protéger les enfants du virus et freiner sa diffusion. Dans cette perspective, tester l'existence des 3 conditions cumulatives supposait, dans une analyse « coût/avantage », qu'il soit procédé à l'évaluation des 4 facteurs suivants :

Facteur 1 – Dangerosité du Covid-19 pour les enfants (avantage potentiel de la mesure) : entre autres développements et études sur ce point³⁰, on doit rappeler les statistiques et les études menées par les 5 sociétés savantes de pédiatrie³¹ qui, le 10 février 2022, présentaient un travail approfondi sur la mortalité infantile due au Covid³², basé sur les retours des services de pédiatrie générale et de réanimation pédiatrique mis en réseau respectivement sous le nom « PANDOR » et « PICURE ». De mars 2020 à janvier 2022, ils rapportaient seulement deux décès de mineurs (9 et 16 ans) avec une imputabilité dite « forte » au virus et sans facteur lourd de comorbidité. Les PIMS³³, systématiquement avancés par les partisans de la vaccination et du masque imposés aux mineurs (on rapporte un millier de cas) n'ont fait qu'une seule victime selon la Haute autorité de santé (HAS) en 2022³⁴. Il est indispensable, à ce stade, de confronter ces chiffres à ceux de la grippe, qui entraîne selon la Société française de pédiatrie (SFP) 250 décès par an chez les 0-19 ans. De son côté la HAS rapportait moins de 1 300 enfants hospitalisés en lien avec le Covid à

30. V. *supra* I, B et *infra* II, B.

31. La Société française de pédiatrie, l'Association française de pédiatrie ambulatoire, le Groupe de pathologie infectieuse pédiatrique, le Groupe de pédiatrie générale sociale et environnementale et le Groupe français de réanimation et urgence pédiatrique. D'autres groupes spécialisés sont affiliés à la SFP. Ces organisations ont constitué un Conseil national professionnel de pédiatrie.

32. Rapporté par le professeur Angoulvent, président du Groupe francophone de réanimation et d'urgences pédiatrique [<https://attendee.gotowebinar.com/recording/1509142802280530182>].

33. « Pediatric Inflammatory Multisystem Syndrom » pour « Syndrome inflammatoire multisystémique pédiatrique » [<https://sante.journaldesfemmes.fr/fiches-maladies/2647025-pims-syndrome-covid-maladie-symptomes-delai-traitement-incidence/>].

34. HAS et sociétés savantes de pédiatrie : « Réponse rapide dans le cadre de la Covid-19. Repérage et prise en charge du syndrome inflammatoire multi-systémique pédiatrique (PIMS) post-infectieux », 8 juill. 2021, mis à jour le 5 avr. 2022 [https://www.has-sante.fr/upload/docs/application/pdf/2021-07/rr_pims-version_finale_2021_07_06_version4_pourinsertionlogos.pdf].

fin novembre 2021 alors que la SFP rapportait 30 000 hospitalisations par an des moins de 1 an pour bronchiolite, dont 20 décès³⁵... Comme rappelé maintes fois par la SFP : « le Covid n'est pas une maladie pédiatrique³⁶ ».

Facteur 2 – Conséquences du port du masque, porté toute la journée, sur la santé physique et psychique des enfants mais aussi sur leurs apprentissages (coût potentiel de la mesure, v. I, A).

Ces deux premières évaluations devaient permettre de savoir le besoin de protection des enfants et si le moyen considéré pour cette protection ne leur était pas finalement plus nuisible que le mal contre lequel on disait vouloir les prémunir. L'évaluation du facteur 3 relève de l'aspect « altruiste » de l'obligation de porter le masque (souvent évoqué pour l'obligation vaccinale des adolescents) : si les enfants ne le faisaient pas dans leur intérêt, celui des adultes justifiait-il qu'ils le portent ?

Facteur 3 – Capacité des enfants à transmettre la maladie (avantage de la mesure). Dans un contexte où il était indispensable de freiner la propagation du virus et abaisser la tension mise sur un système hospitalier exsangue, cette analyse s'imposait. La spécificité des enfants sur ce facteur comme sur le facteur 1 a maintes fois été rappelée³⁷.

Une fois ces trois facteurs considérés, il convenait évidemment de mesurer la capacité du moyen, le masque, à procurer les 2 avantages (facteurs 1 et 3).

Facteur 4 – Efficacité du masque pour protéger les enfants du Covid-19 et à en limiter leur éventuel pouvoir contagieux. Si les facteurs 2 et 3 étaient jugés suffisamment forts par les décideurs, ils avaient sous la main, pendant près de 2 ans, une « cohorte » de 9,5 millions de mineurs masqués, dont il suffisait d'en démasquer un nombre suffisant pendant quelques semaines pour comparer l'évolution des taux de contamination des deux groupes. Cette démarche scientifique, que certains qualifieraient de basique, n'a pas été suivie en France. Dans de grands pays voisins, si : l'Espagne (en Catalogne)³⁸, le Royaume-Uni³⁹

35. [<https://www.mediapart.fr/journal/france/101221/la-place-des-enfants-dans-l-epidemie-une-insoluble-controverse>] 10 déc. 2021, citant Christèle Gras-Le Guen, présidente de la Société française de pédiatrie, relativisant la hausse des taux d'incidence infantiles à l'occasion du développement du variant Omicron et d'une campagne de dépistage d'envergure dont les enfants n'avaient jamais fait l'objet jusque-là.

36. Expression reprise par le rapport Mörsh/Bufferet préc., v. note 17.

37. V. *supra* I, B et *infra* II, B.

38. *BMJ Journals*, « Unravelling the role of the mandatory use of face covering masks for the control of SARS-CoV-2 in schools. A quasi-experimental study nested in a population-based cohort in Catalonia (Spain) » [<https://adc.bmj.com/content/early/2022/08/23/archdischild-2022-324172>].

39. « Evidence Summary – Coronavirus (Covid-19) and the use of face coverings in education settings » janv. 2022 [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1055639/Evidence_summary_-_face_coverings.pdf].

et la Finlande⁴⁰ ont financé ces études scientifiques à forts enjeux pour les enfants à l'automne 2021. Des universités et des hôpitaux de ces pays ont collaboré pour constater que masquer ou ne pas masquer les 6-11 ans (Catalogne) ou 10-12 ans (Finlande) n'avait pas eu d'effet sur les taux de contamination des enfants suivis. Seule l'étude menée par le ministère de l'éducation nationale du Royaume-Uni indique que l'abaissement du taux de contamination des adolescents masqués de High School (les 6-11 ans n'ont pas été masqués au RU comme en Finlande) excèderait de 10 % celui des adolescents non masqués (marge considérée trop faible, selon les scientifiques anglais, pour en tirer une conclusion fiable). Ces résultats sont d'ailleurs cohérents avec ceux rapportés dans le rapport du 20 octobre 2022 du Comité de veille et d'anticipation des risques sanitaires (COVARS), successeur du Conseil scientifique, du 20 octobre 2020, qui synthétise des études réalisées à grande échelle en population générale sur l'efficacité du masque : « Elles concluent que l'utilisation du masque chirurgical est associée à une diminution du risque d'infection de 4 % à 15 % [...] Une étude sur l'utilisation des masques par 20 millions de participants dans 92 régions sur 6 continents, de mai à septembre 2020, conclut que pour le niveau moyen d'adhésion observé sur cette période, le port du masque a réduit le nombre de reproduction R de 19 %, malgré une difficulté méthodologique ne permettant pas de dissocier l'effet du masque de celui des autres mesures implémentées sur cette période⁴¹. »

Pourtant, la lecture attentive des rapports des structures dédiées au conseil des décideurs montre que seules les évaluations des facteurs 1 et 3 ont fait l'objet d'une considération, insuffisante pour que les enfants soient épargnés. Le facteur 4 a été postulé sans vérification statistique ultérieure et le facteur 2, si important pour les enfants, n'a fait l'objet d'aucune étude, alors que la « non-recommandation » officielle du masque pour les 6-11 ans qui avait prévalu était inversée fin octobre 2020 et qu'il incombait aux décideurs de rapporter la pertinence de cette inversion dérogatoire aux libertés.

B. – UNE DÉCISION PRISE SANS MÉTHODE

Car le premier ministre avait bien déclaré le 28 avril 2020, dans son discours à l'Assemblée nationale présentant la sortie du confinement du 11 mai : « Le port du masque est prohibé pour les élèves de maternelle. Il

40. *MedRxiv*, « Use of face masks did not impact Covid-19 incidence among 10-12-year-olds in Finland » [<https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2022.04.04.22272833v1>]. Et sans doute d'autres pays dans le monde...

41. Pages 19 et 20 de l'avis du 20 oct. 2022 du Comité de veille et d'anticipation des risques sanitaires (COVARS) sur la Covid-19 [<https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/286890.pdf>].

n'est pas recommandé, compte tenu des risques de mauvais usage, à l'école élémentaire... » Même si l'on semblait être loin de l'analyse approfondie requise, les écoliers étaient exemptés.

Les 5 sociétés savantes de pédiatrie, unanimes, écrivaient sans ambiguïté, publiquement, leur position sur le masque aux parents le 27 mai 2020⁴² : « Le port d'un masque dans les crèches, les écoles maternelles et primaires pour les enfants sans maladie grave n'est ni nécessaire, ni souhaitable, ni raisonnable. Les mesures de distanciation excessives (comme la suppression des espaces de jeux, l'interdiction aux enfants de jouer entre eux, ou l'impossibilité de consoler un enfant) sont inutiles voire préjudiciables. »

Parmi la constellation des autres structures officielles compétentes sur les questions de santé publique, listées dans son avis n° 137 par le Comité consultatif national d'éthique⁴³ et qui auraient pu s'intéresser à la lourde question des effets du masque sur les enfants, seul le Haut conseil à la santé publique (HCSP) rapportait ce qui apparaissait comme le résultat d'une analyse, selon une chronologie et des termes que l'on se doit maintenant de préciser, compte tenu de leur importance pour les enfants⁴⁴.

– Avis du 9 septembre 2020⁴⁵ où le Haut conseil distingue deux situations : « situation sous contrôle du SARS-Cov-2 » et « situation active du SARS-Cov-2 ». C'est seulement dans cette dernière qu'il recommande le « port systématique... pour les adultes et les enfants >11 ans ».

– Avis du 17 septembre 2020⁴⁶ « Complémentaire à l'avis du 9 septembre 2020 ». Cet avis était sollicité par la direction générale de la santé (DGS) par lettre du 15 septembre rappelant que par « ses avis des 10 juin, 17 juin et 7 juillet 2020, le Haut Conseil de la santé publique (HCSP) a rappelé que les charges virales sont généralement faibles chez les enfants, que la fréquence des formes graves de la Covid chez ces derniers est extrêmement faible et qu'ils sont moins transmetteurs que les adultes ». La DGS saisissait à nouveau le HCSP sur la situation spécifique des moins de 11 ans face au Covid, compte tenu du développement du variant Delta

42. [https://www.sfpediatrie.com/sites/www.sfpediatrie.com/files/medias/documents/tribune_ecole_130520.pdf]

43. Le Haut conseil à la santé publique, Santé publique France, la Haute autorité de santé, l'Académie de médecine, les agences de santé, la Société française de santé publique, « insuffisamment coordonnées » selon le CCNE.

44. L'annexe 4 de l'avis du 29 oct. 2020 du HCSP (*supra*) sera en effet la référence écrite systématique et unique de l'administration, du gouvernement et du Conseil d'État sur les effets du masque sur les enfants pendant 2 ans, pour rejeter toutes les demandes d'annulation ou de suspension de son imposition à l'école. V. tous les avis du HCSP sur [<https://www.hcsp.fr/explore.cgi/avisrapports>].

45. « Relatif à l'actualisation des recommandations sanitaires concernant le port du masque dans les structures d'accueil des enfants âgés de 0 à 3 ans », v. tous les avis du HCSP sur [<https://www.hcsp.fr/explore.cgi/avisrapports>].

46. « Sur les stratégies de prévention de la diffusion du virus SARS-CoV-2 en Établissement d'Accueil du Jeune Enfant (EAJE) et en milieu scolaire. »

et de « plusieurs publications scientifiques récentes [qui] semblent nuancer cette position et que cette question induit en effet de nombreuses conséquences opérationnelles ». Citant pas moins de 28 articles scientifiques et les avis, déjà multiples, de la SFP⁴⁷ qu'il auditionnait pour l'occasion, le HCSP réaffirmait sa position : « Les enfants jeunes sont peu à risque de forme grave et peu actifs dans la chaîne de transmission du SARS-CoV-2... Le port du masque par les adultes dans les classes primaires accueillant des enfants de moins de 11 ans a pour objet principal de protéger les enfants d'une contamination par des adultes porteurs du virus et asymptomatiques. » Le HCSP recommandait de surcroît « d'autoriser le retour... d'un enfant Covid-19 positif après une éviction de 7 jours ET⁴⁸ l'arrêt des signes si l'enfant était symptomatique. Le port de masque pour les enfants < 11 ans n'est pas recommandé au retour dans l'école ».

L'exposition des enfants au Covid et leur pouvoir contagieux évoluera peu⁴⁹ au point que le ministre de l'éducation nationale lui-même rappelle que l'augmentation du taux d'incidence des enfants touchés par Omicron fin 2021 était très liée à « l'explosion » du nombre de tests pratiqués⁵⁰. Les scientifiques du monde entier, comme ceux de l'INSERM dans une étude publiée le 24 juin 2022⁵¹, étudient les causes de ce phénomène encore aujourd'hui.

Après ces deux avis dénués d'ambiguïté du HCSP sur le masque à l'école élémentaire, la DGS le sollicitait à nouveau moins de 10 jours plus tard sur « les caractéristiques techniques » des masques, pour disposer d'un « panorama complet des masques disponibles », de ses « recommandations pour l'entretien et la réutilisation des masques chirurgicaux de type I en population générale », et pour « recueillir la liste des contre-indications médicales au port du masque et des alternatives à proposer dans ces situations ». Aucune demande de révision de la position du HCSP sur le port du masque chez les enfants ne figurait dans la lettre de la DGS⁵².

L'avis consécutif du HCSP, daté du 29 octobre et composé de 20 pages, répondait précisément à la sollicitation, sans revenir sur les sujets des deux avis précédents, encore tout frais. Il indiquait : « Il n'existe pas de contre-indications dermatologiques, pneumologiques, ORL et phoniatriques ou psychiatriques (bien que le port de masque soit difficile voire illusoire dans certains troubles comme l'autisme, selon le degré

47. Société française de pédiatrie.

48. En majuscules dans l'avis.

49. Omicron, variant moins sévère mais plus contagieux, l'accentuera chez les enfants comme il le fera chez les adultes, fin 2021/début 2022.

50. 7 déc. 2021. « Ce qui a explosé, c'est le nombre de tests faits pour les enfants » [https://www.francetvinfo.fr/sante/maladie/coronavirus/covid-19-pas-d-explosion-des-cas-a-l-ecole-selon-jean-michel-blancher_4872305.html].

51. [<https://www.inserm.fr/actualite/covid-19-un-interferon-ai-derait-les-enfants-a-eviter-les-formes-graves/>]

52. Annexée à l'avis du HCSP.

de sévérité) *actuellement documentées*⁵³ au port de masque quel que soit son type⁵⁴. » Cet avis était voté « à l'unanimité » des 7 membres présents de son bureau. Mais une annexe 4 longue de 22 pages, intitulée « Fiches et tableaux synthétiques des différents types de masque utilisés pour la prévention de la Covid-19 », comprenait⁵⁵ une « fiche technique Masques et Enfance » qui contenait la phrase suivante : « En cette période et/ou zone de circulation très active du virus SARS-CoV-2 et par précaution, le port d'un masque grand public adapté par les enfants dès l'âge de 6 ans à l'école élémentaire (du CP au CM2) est recommandé, en respectant les difficultés spécifiques, notamment comportementales ». Cette phrase, qui inverse la position exprimée le mois précédent par le Haut conseil, n'est accompagnée d'aucune autre motivation ou explication. Elle ne correspond à aucune des demandes formulées par la DGS. Elle ne fait pas partie de l'avis voté à l'unanimité.

Le lecteur pourra juger insuffisant le fond comme la forme de cet avis au regard de l'enjeu : la santé de 4 millions d'écoliers masqués toute la journée, sans compter les 5,5 millions de collégiens et lycéens. Il pourra le juger insuffisant aussi au regard du droit en vigueur, qui exigeait un autre niveau d'analyse dans un bilan coût/avantage rigoureux. Mais le décideur politique n'a manifestement pas tenu compte de ces considérations, qui avait décidé de masquer les écoliers... avant l'avis du Haut conseil. C'est en effet le jour même de cet avis, le 29 octobre 2020, qu'est paru le décret n° 2020-1310 dont l'article 36 imposait le masque toute la journée aux enfants à l'école élémentaire à partir du 2 novembre 2020. Des collectifs de parents se formaient alors dans toute la France et des recours judiciaires

53. En italiques par l'auteur, v. note 44, II, B. Des scientifiques canadiens rapportaient pourtant en juin 2020 14 études sur la question datant d'entre 1999 et 2020 [https://mcusercontent.com/7c42bf72e6dc07ea4a7aa9a10/files/868b1fa2-e59a-411f-ab2c-80eba67ec786/Le_port_du_masque_et_la_communication_Revue_de_litterature.pdf]. Parmi elles, une étude sino-canadienne publiée en mai 2020 sur les conséquences des mesures sanitaires prises en Chine en 2003 lors d'une première crise causée par un coronavirus sur plus de 15 000 enfants âgés alors entre 0 et 8 ans [<https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2020.05.12.20099945v1.full.pdf>].

On lit dans la synthèse canadienne : « Fan *and al.* (2020) SARS pandemic exposure impaired early childhood development: A lesson for Covid-19 : Étude rétrospective sur l'effet du SARS en 2003 sur le développement des enfants. » « L'exposition à cette pandémie est entre autres associée à un retard dans l'acquisition de bornes développementale : – Des changements de comportements (ex. : quarantaine, port du masque, diminution des activités extérieures) affectent le développement physiologique et psychosocial. – Le port du masque affecte la communication non verbale entre les enfants et les adultes, causant des impacts psychosociaux, par l'affaiblissement des connexions sociales et cognitives. – Les effets sur le développement sont proportionnels à l'envergure de la pandémie. On peut assumer que les impacts de la Covid-19 seront encore plus grands que ceux du SARS. »

Les parents ont adressé ces documents au gouvernement par courrier du 8 décembre 2020 et les ont produits sans succès devant le Conseil d'État qui a maintenu son assertion sur l'absence de contre-indication documentée.

54. Page 12 de l'avis.

55. Page 21 de l'annexe 4.

étaient déposés. Des lettres étaient adressées aux pouvoirs publics, contenant des bilans coût/avantage approfondis réalisés par les parents épaulés par des praticiens⁵⁶. Dans le même temps, les structures artistiques, culturelles et sportives accueillant les enfants hors temps scolaire s'alignaient sur l'école alors que le décret ne les obligeait qu'à masquer les enfants de plus de 11 ans⁵⁷. Certaines se permettaient même d'abaisser l'âge à 5 ans⁵⁸.

Le HCSP entérinait la décision gouvernementale dans un avis du 20 janvier 2021, en 7 mots qui montrent plutôt l'indécision : « il est fortement recommandé : – de porter un masque grand public..., dès l'âge de 6 ans si possible... ». Les sociétés de pédiatrie, sans communiquer d'argumentaire, abandonnaient leur position du 27 mai 2020 (v. II, B, p. 7) pour s'opposer à la menace d'une nouvelle fermeture des écoles, présentée par le gouvernement comme l'alternative au masque obligatoire⁵⁹.

Le refus de considérer les effets du masque sur la santé des enfants s'est traduit par des protocoles sanitaires à l'école progressivement durcis, au point que le 3^e protocole du 1^{er} février 2021 supprime les possibilités de dérogation concédées sur base de certificat médical, pourtant prévues dans les deux premiers qui indiquaient : « l'avis du médecin référent détermine les conditions du port du masque pour les élèves présentant des pathologies⁶⁰ ».

Et sur les 40 recommandations du rapport de mars 2021 rendu par « La Mission indépendante nationale sur l'évaluation de la gestion de la crise Covid-19 et sur l'anticipation des risques pandémiques⁶¹ », dont le président Macron avait confié la présidence à l'épidémiologiste suisse Didier Pittet, aucune ne concerne le processus de décision des mesures sanitaires dans les établissements scolaires et à l'école en particulier⁶².

56. V. [<https://enfance-libertes.fr/bilan/>] Le bilan documenté des parents relatif aux effets du masque. La réunion des collectifs de parents et des collectifs de praticiens a généré la création en sept. 2022 de l'association Union pour la protection et la santé des enfants.

57. Art. 44 et 45-III du décret n° 2020-1310 : « Sauf pour la pratique d'activités artistiques, les personnes de plus de onze ans accueillies dans les établissements mentionnés par le présent article portent un masque de protection. La distanciation physique n'a pas à être observée pour la pratique des activités artistiques dont la nature même ne le permet pas. »

58. Par exemple la Cité du cirque au Mans, avant que l'âge ne soit remonté, après réclamation des parents, à 6 ans.

59. [<https://www.sfpediatrie.com/actualites/plaidoyer-maintien-ecoles-ouvertes-societes-savantes-pediatrie-se-mobilisent>] : « La balance bénéfice-risque apparaît à ce jour très en faveur du maintien de l'ouverture des écoles et des collectivités pour les enfants dont la santé mentale et sociale ne doit pas être sacrifiée en contexte pandémique mais rester une priorité sanitaire au regard des enjeux pour les années à venir. »

60. [<https://medias.amf.asso.fr/upload/files/protocole-sanitaire-%C3%A9coles%20%C3%A0%20partir%20du%2020%20novembre%202020.pdf>]. Au point que médecins scolaires et directions académiques « invalident » (*sic*) par écrit les certificats médicaux émis par les médecins de famille au bénéfice d'enfants particulièrement vulnérables que le masque avait mis dans une souffrance aiguë... sans même les examiner ni les recevoir.

61. [<https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/279851.pdf>]

62. Sauf, indirectement, sa proposition n° 20 visant notamment à « conforter l'indépendance du HCSP ».

Pourtant, M. Pittet en personne déclarait au « Grand journal » de France Inter, le 18 février 2021 : « on sait qu'ils [les enfants] ne tombent que très peu, voire pas, malades... ils peuvent se transmettre le virus mais par contre le transmettent peu voire pas aux adultes ; le masque qui peut être extrêmement gênant dans l'apprentissage à mon avis ne devrait pas, pour les jeunes enfants (10-12 ans) être porté⁶³ ».

*C. – MAINTIEN DE L'OBLIGATION :
CE QU'INDUISAIT LA RÈGLE DE DROIT... ET D'AUTRES PRINCIPES*

Pourtant, produire le bilan de la mesure (coût pour les enfants/avantage pour eux et le reste de la population) et le réévaluer en permanence relevait d'une nécessité autant sanitaire et scientifique que morale et juridique.

– Du point de vue sanitaire d'abord, parce que sensible ou pas à la cause des 9,5 millions de mineurs masqués, le temps passant, personne ne pouvait plus prétendre que la mesure ne puisse avoir d'effet sur leur santé.

– Du point de vue scientifique ensuite : parce que l'évolution de l'épidémie (évolution des virus, immunisation progressive de la population, etc.) d'une part, celle des connaissances accumulées dans le monde entier sur la maladie d'autre part, faisait en permanence évoluer l'analyse des 4 facteurs précités du bilan coût/avantage, ce qui était de nature à influencer sur son résultat. Ce raisonnement de bon sens était, entre autres, celui de l'OMS qui, dans sa recommandation du 21 août 2020 sur le masque, exigeait cette réévaluation permanente : « Si les autorités décident de recommander le port du masque par les enfants, des informations clés doivent être recueillies régulièrement pour accompagner et surveiller la mise en œuvre de cette mesure. La surveillance et l'évaluation doivent être établies dès le début et doivent comprendre des indicateurs permettant de mesurer les éléments suivants : incidences sur la santé de l'enfant, y compris sa santé mentale ; réduction de la transmission du SARS-CoV-2 ; facteurs de motivation et obstacles au port du masque ; répercussions secondaires sur le développement de l'enfant, l'apprentissage, la fréquentation scolaire, la capacité de s'exprimer⁶⁴... »

– Du point de vue moral : un des aspects inédits du Covid est qu'il frappe de manière exponentielle les adultes au fur et à mesure qu'ils avancent en âge⁶⁵. Dès lors, sur quels fondements moraux des adultes souvent âgés et de fait beaucoup plus exposés au Covid-19, pouvaient-ils conseiller ou

63. [<https://www.radiofrance.fr/franceinter/podcasts/l-invite-de-8-h-le-grand-entretien/covid-19-a-l-ete-2022-on-pourra-faire-un-bilan-et-la-tout-sera-beaucoup-plus-facile-selon-le-pr-pittet-8867952>]

64. [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/335945/WHO-2019-nCoV-IPC_Masks-Children-2020.1-fre.pdf] p. 6.

65. [<https://dc-covid.site.ined.fr/fr/presentation/q7/>] pour Espagne, Italie, Allemagne et [<https://fr.statista.com/statistiques/1104103/victimes-coronavirus-age-france/>] pour la France.

décider d'une mesure objectivement préjudiciable à de jeunes enfants qui l'étaient exceptionnellement peu ? Ceci aurait dû générer d'utiles débats pour des décisions éclairées. Cette question générationnelle n'est pas évoquée dans l'avis étayé du Comité consultatif national d'éthique le 8 juin 2021⁶⁶ sur la vaccination des mineurs (qui conditionnait la possibilité de vacciner les enfants et les adolescents à un consentement éclairé et au respect de l'autorité parentale en la matière, écartant l'idée d'obligation vaccinale). Mais au moins la vaccination des enfants et des adolescents aura-t-elle généré un débat. Rien de tel sur le masque imposé, l'année précédente, aux mineurs.

– La Convention internationale des droits de l'enfant est le lien parfait entre nécessité morale et nécessité juridique. Elle dispose : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale... » L'intérêt de l'enfant a-t-il vraiment primé⁶⁷ ?

– Du point de vue juridique enfin, on a vu que, sans la conduite du bilan coût/avantage de toute mesure restrictive de liberté, qu'elle vise enfants ou adultes, il est impossible de savoir si elle répond aux conditions de nécessité, d'adéquation et de proportionnalité d'un droit bien adapté⁶⁸ pour régir une crise sanitaire. Mais, si le bilan n'est pas réévalué en permanence, impossible de savoir quand, d'un résultat positif pour l'intérêt général, il bascule vers un résultat négatif, où le coût de la mesure en dépasse les avantages⁶⁹. Déterminer ce moment de bascule est indispensable puisque c'est à ce moment que la restriction devient non proportionnée et qu'elle doit donc cesser. *À défaut de ce bilan, ce n'est plus le droit qui conduit à la restitution de la liberté suspendue mais... le fait du Prince*⁷⁰.

Et c'est exactement ce qui s'est passé en France, au moins en ce qui concerne les enfants masqués. La partie de liberté dont ils avaient été privés a été restituée non pas sur une base légale fondée sur l'analyse scientifique⁷¹,

66. [<https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/2021-07/Enjeux%20%C3%A9thiques%20relatifs%20%C3%A0%20la%20vaccination%20Covid%2008.06.21.pdf>]

67. V. *infra* III, A sur les « droits à la protection de la santé » potentiellement concurrents des personnes âgées et des enseignants.

68. L'auteur, observateur attentif de la crise, n'a pas vu qu'il ne le soit pas.

69. Ce principe est pourtant reproduit en cas de « menaces et crises sanitaires graves », à l'art. L. 3131-1-3 du Code de la santé publique : « Les mesures prescrites en application du présent article sont strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu. Il y est mis fin sans délai lorsqu'elles ne sont plus nécessaires. »

70. V. professeur Fabre-Magnan dénonçant « le remplacement du droit par l'arbitraire du pouvoir » à l'occasion de la crise sanitaire dans [<https://www.lefigaro.fr/vox/societe/muriel-fabre-magnan-l-etat-de-droit-est-il-malade-du-covid-19-20211221>].

71. On aurait pu au moins mettre fin à la mesure lorsque les 5 sociétés savantes de pédiatrie l'ont ensemble réclamé le 17 juin 2021, 9 mois avant le décret du 12 mars qui l'a supprimée, dans des termes sous-tendant l'existence d'un raisonnement coût/avantage : « Si le port du masque n'a pas occasionné de pathologie ni d'inquiétude pour la

mais parce que le décideur politique l'a jugé opportun⁷² : alors que le protocole sanitaire en vigueur dans les écoles disposait que le masque restait imposé aux écoliers tant que le taux d'incidence départementale restait au-dessus de 50⁷³, les enfants étaient libérés du masque par le décret n° 2022-352 du 12 mars 2022 levant la plupart des mesures sanitaires alors que ce taux était supérieur à... 500, qu'il s'est envolé ensuite plusieurs semaines jusqu'à 1 400 sans conséquence. Les enfants ont-ils vraiment bénéficié de l'État de droit ?

III. – CONFLIT DE DROITS À LA PROTECTION DE LA SANTÉ : QUAND LES ARBITRES OUBLIENT LEUR GUIDE (JURIDIQUE)

A. – *LE CONFLIT APPARENT*

Mais pouvaient-ils bénéficier de l'État de droit :

– dans une collectivité qui a le devoir de protéger la santé de ses membres et où ceux qui la représentent risquent l'engagement de leur responsabilité pour manquement à une obligation de prévention, elle-même intensifiée par une acceptation sociale des risques tendant vers 0⁷⁴ ?

– Alors que l'État employeur a l'obligation d'assurer aux agents publics durant leur travail « des conditions d'hygiène et de sécurité de nature à préserver leur santé et leur intégrité physique⁷⁵ » ?

– Alors que l'Éducation nationale avait cette responsabilité vis-à-vis d'enseignants rendus d'autant plus enclins à exercer leur droit de retrait qu'ils étaient au contact toute la journée avec ceux qu'on leur présentait – à tort – comme des maillons essentiels de la chaîne de contamination et qu'ils pouvaient donc avoir « un motif raisonnable de penser que la situation de travail à laquelle [ils étaient confrontés] présent[ait] un danger grave et imminent pour [leur] vie ou [leur] santé⁷⁶ » ?

santé physique des jeunes enfants, la pénibilité de cette mesure est devenue inutile. » Et on aurait pu le faire à nouveau 3 mois plus tard quand 90 % de la population a été vaccinée.

72. 4 semaines avant le 1^{er} tour de la présidentielle le 10 avr. suivant. Y aurait-il un lien ?

73. V. note 27. Ce critère très simple, de surcroît dépendant du nombre de tests effectués, est bien loin des 4 facteurs du bilan coût/avantage qui aurait dû prévaloir [<https://www.nouvelobs.com/coronavirus-de-wuhan/20220107.OBS52993/on-vous-resume-les-tres-nombreuses-evolutions-du-protocole-sanitaire-a-l-ecole.html>].

74. Et une communication particulièrement anxiogène, dont chacun estimera si/quand elle était légitime.

75. C. fonct. publ., art. L. 136-1.

76. C. trav., art. L. 4131-1 s. posant les conditions du droit de retrait.

– Alors que le risque était mortel pour les plus anciens tandis que les dommages du masque imposé aux enfants étaient beaucoup moins visibles et diffus, et qu'ils ont été très peu médiatisés alors que leur négation elle, l'était⁷⁷ ? Ainsi l'analyse toute personnelle d'Alain Fisher, pédiatre et président du Conseil d'orientation de la stratégie vaccinale, répondant à la commission sociale du Sénat l'interrogeant le 9 février 2022 sur les effets du masque imposé aux écoliers 8 à 10 heures par jour et présentée comme une vérité dans les médias : « Pour le masque chez les enfants, on entend aussi de temps en temps que “les enfants ne supportent pas le masque”. Ce n'est absolument pas vrai. Moi j'ai une petite fille qui a 6 ans, qui est vaccinée et qui porte le masque, ça ne lui pose aucun problème... c'est un faux problème, un problème d'adulte... Je suis pédiatre, je connais un tout petit peu le monde des enfants. Sauf si les parents sont derrière à leur dire “alors, comment ça va le masque ? t'es sûr que ça ne t'étouffe pas ?”, un enfant, ça ne lui pose aucun problème ! Aucun problème⁷⁸ ! »

Dès lors que les enfants ont été perçus comme générateurs de danger pour les adultes, la crise sanitaire a accouché d'un conflit de « droits à la protection de la santé », constitutionnellement protégés⁷⁹. Mais comment les gouvernants, dans ces conditions, pouvaient-ils arbitrer entre les 3 différents groupes concernés (mineurs, enseignants, seniors), autrement qu'au détriment des plus jeunes dont l'intérêt était, en plus, qu'ils continuent d'être accueillis à l'école par des enseignants qu'on a rassurés en imposant le port du masque aux écoliers⁸⁰ ?

B. – *UNE OCCASION MANQUÉE* *POUR LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION*

Il semble, pourtant, qu'ici encore le droit apportait la méthode pour trouver la meilleure solution et le moyen de l'expliquer pour une application sereine. Car le traité instituant la Communauté européenne prévoit⁸¹ que la « Politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement

77. V. par ex. [https://www.lemonde.fr/idees/article/2021/08/19/apres-dix-huit-mois-de-pandemie-l-ecole-ne-doit-pas-rester-le-talon-d-achille-de-la-strategie-sanitaire_6091787_3232.html].

78. [https://www.bfmtv.com/sante/un-faux-probleme-pour-alain-fischer-le-port-du-masque-chez-les-enfants-est-absolument-justifie_AN-202202090340.html]

79. Al. 11 du préambule de la Constitution de 1946 de valeur constitutionnelle aujourd'hui.

80. Mais ce conflit, même si les enfants avaient réellement été un vecteur important de transmission, n'existait plus à la rentrée 2021 puisque tous les enseignants et les personnes âgées qui l'avaient souhaité étaient vaccinés et alors que le vaccin était présenté comme efficace. Ils n'ont pas été démasqués pour autant.

81. Article 174 [<http://www.affaires-publiques.org/textof/TCE/174.htm>].

contribue à la poursuite des objectifs suivants... la protection de la santé des personnes... » et qu'« elle est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive... ».

Autant le Covid, en lui-même, relevait de la politique de prévention pour diminuer l'impact du virus sur les populations, autant certaines des mesures préventives et notamment le masque imposé aux enfants présentaient, elles, un risque de grande ampleur, tant en terme qualitatif (nature et intensité des dommages, potentiellement irréversibles, sur la santé des enfants) que quantitatif (touchant tous les mineurs de 6 ans et plus⁸²). La Haute autorité de santé écrivait elle-même le 27 novembre 2020 : « Le masque... est rendu obligatoire à partir de l'âge de 6 ans par les pouvoirs publics en raison de l'importance de la circulation virale (HCSP, 29 octobre 2020) [...] les inconvénients, les impacts sur les apprentissages et les interactions sociales ne sont pas connus et devraient être évalués⁸³. »

Cette situation pouvait donc raisonnablement correspondre à celle visée par le principe de précaution, constitutionnel depuis 2005 : « lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement⁸⁴, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage⁸⁵ ».

Contrairement à ce que beaucoup prétendent pour dénoncer son utilisation, parfois inappropriée, ce principe n'a rien d'une règle générale qui paralyserait l'innovation ou l'audace, ou encore les mesures fortes et/ou courageuses. Au contraire, ce principe se veut à leur service comme l'a décrit la Commission européenne dans sa communication de décembre 2000⁸⁶ qui le présentait justement comme « un processus de prise de décision structuré, fondé sur des données scientifiques détaillées et autres informations objectives » destiné à orienter « les décideurs [sont] confrontés à un dilemme permanent, celui d'établir un équilibre entre les libertés et les droits des personnes... et la nécessité de réduire le risque d'effets négatifs sur l'environnement et la santé humaine... ».

Il semble qu'un tel processus de décision ait été particulièrement adapté à la situation de conflit de droits précitée, générant un dilemme certain

82. Et indirectement les moins de 6 ans par le port du masque des adultes de leur entourage, comme dans les crèches.

83. HAS : « Accompagner les enfants et les adolescents dont ceux vivant avec une maladie chronique » 14 mai 2020, mise à jour le 27 nov. 2020, p. 9 [https://www.has-sante.fr/upload/docs/application/pdf/2020-05/rr_pediatric_levee_confinement_mel_004.pdf].

84. Au sens du traité instituant la CE, préc., note 81.

85. Charte de l'environnement, art. 5, 2004.

86. [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=celex:52000DC0001>]

pour le décideur politique en charge de le gérer. Et la Commission de poursuivre dans les termes suivants, auxquels la jurisprudence ultérieure de la CJCE se réfère encore aujourd'hui⁸⁷ et familiers du juriste attaché aux libertés publiques⁸⁸ :

« Si une action est jugée nécessaire, les mesures basées sur le principe de précaution devraient notamment : – Être proportionnées au niveau de protection recherché ; – Ne pas introduire de discrimination dans leur application ; – Être cohérentes avec des mesures similaires déjà adoptées ; – Être basées sur un examen des avantages et des charges potentiels de l'action ou de l'absence d'action... ; – Être réexaminées à la lumière des nouvelles données scientifiques ; – Être capables d'attribuer la responsabilité de produire les preuves scientifiques nécessaires pour permettre une évaluation plus complète du risque. »

Ainsi, même prise sous l'angle de la gestion – nécessairement politique – d'un conflit de droits à la santé, le droit imposait un bilan coût/avantage continu de la décision de masquer les enfants, assis sur des bases scientifiques sérieuses.

C. – POSITIONNEMENT DES JUGES : DES PARENTS ATTERRÉS

Comme les gouvernants, le Conseil d'État a arbitré le conflit au détriment des enfants dans toutes les instances dont il a été saisi par les parents représentant leurs enfants masqués à l'école, qui lui demandaient ou la suspension de la mesure en référé ou son annulation, principalement pour non-respect des conditions de nécessité, adéquation et proportionnalité. Informé par les parents de nombre de documents dont beaucoup référencés ici, le Conseil a néanmoins jugé dans 4 décisions rendues les 11 janvier 2021, 1^{er} juin 2021, 16 novembre 2021 et 29 avril 2022⁸⁹ qu'aucun des arguments des parents « n'est de nature à faire naître un doute sérieux sur [la] légalité » de l'obligation de porter le masque.

Les enfants auraient pourtant gagné à ce que le juge rappelle la méthode garantissant la considération sérieuse de leurs intérêts et de leurs droits, procède à l'analyse qui devait en résulter ou au moins enjoigne à l'État de la conduire comme les parents le demandaient. Cela n'a pas été fait. Pour rejeter leurs requêtes, le Conseil a à chaque fois :

87. Arrêt du 17 mai 2018, *BASF Agro e.a. c/ Commission*, T-584/13 [https://curia.europa.eu/common/recdoc/repertoire_jurisp/bull_1/data/index_1_01_02_11.htm#:~:text=Ainsi%2C%20le%20principe%20de%20pr%C3%A9caution,pleinement%20d%C3%A9montr%C3%A9es%20ou%20que%20les].

88. Ce n'est malheureusement pas toujours un pléonasme.

89. Respectivement arrêts et ordonnances n^{os} 447993, 452487, 457687 et 449527.

– rappelé les indicateurs de la crise (hospitalisations et incidence) justifiant pour lui la mesure ;

– adopté l'argument principal de l'État que l'intérêt des enfants était le maintien des écoles ouvertes (ce qui est une évidence) en postulant que le masque en était une condition ;

– répété qu'« il n'existe pas de contre-indications dermatologiques, pneumologiques, ORL et phoniatriques ou psychiatriques actuellement documentées au port du masque » en se référant systématiquement à l'avis du HCSP du 29 octobre 2020 (ou plutôt son annexe IV..., préc.) et qu'« aucune étude n'a mis en évidence d'éventuels effets néfastes du port du masque sur l'apprentissage », comme s'il n'appartenait pas à l'État de les mener⁹⁰ ;

– éludé la demande de bilan coût/avantage en précisant qu'« aucune disposition n'exige du Premier ministre que l'adoption du décret prévu à l'article L. 3131-15 du code de la santé publique soit précédé d'une étude d'impact ».

Comme si, en un an et demi, la connaissance sur ces lourdes questions n'avait pas évolué. En outre, le moyen tiré du principe de précaution (relevé seulement dans une des décisions) était rejeté sans aucune discussion.

Le 19 janvier 2023 un juge (unique) de la Cour européenne des droits de l'homme déclarait irrecevable, en 4 lignes, la requête n° 45348/22 de 400 parents français étayée par 102 pièces⁹¹, au motif que « les faits dénoncés... ne relèvent aucune apparence de violation des droits et libertés garantis par la Convention ou ses Protocoles ».

Ainsi, pendant 17 mois de masque obligatoire toute la journée, et jusqu'à aujourd'hui, les effets de la mesure sur les enfants auront été niés à tous les niveaux décisionnels, y compris juridictionnel. L'application rigoureuse de la mécanique juridique prévue pour les temps de crise sanitaire ne leur est toujours pas garantie. Ils n'ont pas plus obtenu de représentation au nouveau Comité de veille et d'anticipation des risques sanitaires (COVARS), successeur du Conseil scientifique, qui ne comprend ni pédiatre ni psychiatre ou psychologue, ni juriste (mais un vétérinaire)⁹². Le besoin et l'utilité de plus de « démocratie sanitaire », rapportés par de nombreux rapports d'institutions ou de commissions parlementaires (dont ceux

90. V. note 70 et Muriel Fabre-Magnan craignant « la délégitimation du droit et de nos institutions ». L'entrave à la communication non verbale que constitue le masque ne peut pas ne pas avoir d'effet néfaste sur les apprentissages à l'école. V. documents cités p. 1 et sur le sujet. Les enseignants eux-mêmes, en nombre, l'ont rapporté : [<https://www.francebleu.fr/infos/education/fin-du-port-du-masque-dans-les-ecoles-primaires-l-apprentissage-redeviendra-plus-facile-1632316619>]. Qu'est-ce qu'une « étude » pour le Conseil d'État ?

91. L'essentiel des éléments présentés ici l'ont été à la Cour.

92. [<https://www.tflinfo.fr/sante/covid-19-covars-qui-compose-le-nouveau-comite-de-veille-sanitaire-le-remplacant-du-conseil-scientifique-2233805.html>]

cités dans cette note⁹³), et qui permettraient aux spécialistes de la santé pédiatrique et aux parents d'influer sur les mesures de santé publique, ne semblent toujours pas reconnus. La crise aura coûté plus de 300 milliards d'euros⁹⁴, que les mineurs devront rembourser. La politique du « quoi qu'il en coûte » aux enfants va poursuivre ses effets : autant d'argent qui manquera au système de santé dont les « faiblesses préexistantes et difficultés identifiées de longue date... constituent les premiers leviers pour améliorer la réactivité et la résilience face aux crises⁹⁵ » et qui sont une des principales causes des mesures sanitaires drastiques qui leur ont été imposées. Autant d'argent qui manquera aux investissements urgents pour le climat. Car le réchauffement est l'inverse du Covid : il ne touchera pas les anciens, mais sera une cause de mort précoce pour les mineurs, et dans une proportion infiniment plus grande. Le rééquilibrage politique en faveur des plus jeunes est un autre chapitre⁹⁶. Espérons que ces développements contribuent à convaincre de son urgence.

93. Et la Haute autorité de santé elle-même en début de crise : « Covid-19 : avis du Conseil pour l'engagement des usagers », 5 mai 2020, recommandation n° 1, p. 2 : « Sur la mobilisation de la démocratie en santé » [https://www.has-sante.fr/upload/docs/application/pdf/2020-05/epidemie_du_covid-19_-_avis_n1_2020_du_conseil_pour_lengagement_des_usagers.pdf]

94. <https://www.insee.fr/fr/statistiques/6532685#graphique-dette-g2-fr>.

95. Page 153 du rapport sur « l'évaluation de la gestion de la crise Covid-19 et sur l'anticipation des risques pandémiques », préc., note 61, pointant la « faiblesse historique de la santé publique » en p. 10.

96. ... Qu'a essayé d'ouvrir la commission d'enquête parlementaire constituée « pour mesurer et prévenir les effets de la crise du Covid-19 sur les enfants et la jeunesse » (préc., note 17) dans des termes aussi saisissants qu'inquiétants. Elle y dénonce « le peu de place laissée aux enfants, aux adolescents et aux jeunes adultes dans nos politiques publiques... Les causes de cette carence dans les politiques publiques sont multiples et complexes, d'où n'est probablement pas absente une certaine forme de frilosité à l'égard ce qui apparaît à de nombreux responsables politiques comme une *terra incognita* ».

Ainsi, la commission d'enquête elle-même s'est heurtée à une insuffisance des données concernant les enfants et les jeunes. Les études, lorsqu'elles sont disponibles, sont souvent partielles et si les jeunes en sont les objets, ils n'en sont que rarement les sujets. Leur parole est difficile à récolter. Les lieux dédiés sont insuffisants et tendent même à se raréfier. Enfin, lorsqu'une parole est exprimée, elle n'est que peu prise en compte faute de relais politiques suffisamment puissants. Elle est même parfois ignorée, car non conforme à ce qui est attendu.

Ce panorama dessine une approche verticale, avec un discours et des décisions descendant des « adultes » vers les « jeunes ». Cette méthode a singulièrement atteint ses limites avec la crise sanitaire que nous vivons.