



ÉDITO SPECIAL COVID
**PORT DU MASQUE :
PAS D'ATTEINTE EXCESSIVE AUX DROITS DE L'ENFANT
NI À LEURS LIBERTÉS FONDAMENTALES**

(retour sur l'ordonnance du Conseil d'État du 23 novembre 2020)

BÂTONNIER FRANCIS LEC,
AVOCAT-CONSEIL NATIONAL DE L'AUTONOME DE SOLIDARITÉ LAÏQUE
VINCENT BOUBA,
PRÉSIDENT DE L'AUTONOME DE SOLIDARITÉ LAÏQUE

PRÉAMBULE

Suite au décret n° 2020-1310 pris par le gouvernement en date du 29 octobre 2020 pour faire face à la situation d'urgence sanitaire liée à l'épidémie de Covid-19 et, notamment, aux articles 32-II et 36-II dudit décret imposant le port du masque de protection dans les écoles élémentaires pour les élèves de 6 ans ou plus, des parents d'élève de Gironde, contestant cette obligation de porter un masque à l'école pour les élèves dès le CP, ont saisi le Conseil d'État par la voie des référés.

Aux termes de leurs requêtes en référé déposées au Conseil d'État au cours du mois de novembre dernier, ces parents ont sollicité, à titre principal, que soit ordonnée la suspension de l'exécution des mesures imposées par ce décret et, à titre subsidiaire, que soit enjoint au Premier ministre de dispenser les enfants de 6 à 10 ans de l'obligation de port du masque en classe et, en cas de pratique d'une activité physique ou sportive ou lorsqu'ils sont atteints d'un handicap, d'un trouble de l'apprentissage ou du comportement ou d'une maladie chronique, de fixer le seuil d'incidence à partir duquel l'obligation de port du masque pour les enfants de 6 à 10 ans doit être levée tout en conférant aux maires le pouvoir de lever cette obligation.

Par ordonnance de référé du 23 novembre 2020, le Conseil d'État a rejeté les requêtes des parents d'élève en confirmant la légalité comme l'opportunité des mesures critiquées en raison de la situation sanitaire actuelle, et en retenant que la preuve d'un risque psycho-éducatif pour les élèves soumis à l'obligation du port d'un masque de protection n'était pas apportée (CE – référé – 23/11/2020 – n° 445983, 446310). Le présent édit propose une étude approfondie de cette décision.

Au préalable nous évoquerons le contexte politique, médiatique et judiciaire qui entoure ce que certains considèrent comme une polémique inutile et d'autres une défense de nos libertés fondamentales...

1. UN REJET DU PORT DU MASQUE ORGANISÉ PAR DES PARENTS D'ÉLÈVE AUPRÈS DE CERTAIN(E)S DIRECTEURS(TRICES) D'ÉCOLE « SOUS PRESSION »

La « fronde » du port du masque dans les écoles maternelles et élémentaires se répandra et s'organisera autour des réseaux sociaux sur plusieurs départements dont celui du Bas-Rhin, où une parlementaire soutenait les familles dans leur refus et leur conseillait de saisir les tribunaux administratifs...

D'une manière tout aussi surprenante mais très organisée, avec des arguments juridiques, les parents d'élève adressaient dès le 11 novembre une « déclaration de refus du port du masque » étayée sur six pages pour leurs enfants au moyen de courriels insérés dans le cahier de liaison.

Dans cette déclaration était mentionné un refus de tout dépistage, vaccination ou placement à l'isolement de leur enfant. Ce courriel se terminait par une intimidation : **« par conséquent, en cas de litige concernant cette déclaration, nous envisageons toute action individuelle ou collective devant les juridictions compétentes nationales et internationales... »**.

« L'offensive » n'aura pas de limite puisque certains chefs d'établissement recevront un autre courriel d'un certain « conseil » reproduisant une sommation reçue par leur supérieur, les dénonçant comme *« dirigeants illégitimes qui se rendraient responsables d'un génocide en cours »*.

Enfin, les enseignants étaient invités à retrouver leur « dignité » en rejoignant le « regroupement des forces armées chargées d'exécuter les mandats d'arrêt et d'assurer la sécurité des lieux de commandement »... (sic)

1.1. Une assistance et une réaction nécessaires de L'ASL et de ses avocats-conseil auprès des chefs d'établissement

En quelques jours, ce n'est pas moins de 35 dossiers recouvrant plusieurs départements qui saisiront le secrétariat de L'Autonome de Solidarité Laïque d'une demande de conseil et d'assistance face à cette offensive d'autant plus déstabilisante qu'à l'échelon local elle était souvent accompagnée de conférences de presse et d'interpellations des enseignants pour accepter que les enfants de 6 à 10 ans ne soient pas tenus à l'obligation du port du masque en classe et ailleurs.

Le 6 novembre, le président Vincent Bouba et l'avocat-conseil national de L'Autonome adressaient des recommandations aux directeurs et directrices d'école inquiets en précisant que le refus du port du masque pour les enfants scolarisés dans les classes élémentaires était contraire aux dispositions légales et réglementaires et constituait un danger sanitaire pour l'enfant, ses camarades d'école, les enseignants et mêmes leurs propres parents.

Il était également rappelé que les parents concernés avaient parfaitement le droit de contester devant les juridictions administratives l'article 36 du décret du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie du Covid-19 et dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

Par ailleurs, les chefs d'établissement, appuyés par les inspecteurs de circonscription, étaient en droit de renvoyer un courriel rappelant aux parents d'élève contestataires l'obligation de présenter l'enfant avec un masque, à défaut il ne pourrait pénétrer dans l'établissement scolaire.

Enfin, si ces menaces devaient persister, il était recommandé aux adhérents de se rapprocher du président délégué de L'Autonome et de l'avocat-conseil afin de saisir l'autorité administrative ou judiciaire pour voir cesser ce qui finirait par s'assimiler à un véritable harcèlement.

1.2. Une réponse ferme de l'administration mais parfois hésitante face à la pression médiatique

En présence d'une telle offensive, les inspecteurs d'académie et les recteurs ont fait savoir généralement qu'ils soutenaient les directeurs(trices). Ils soulignaient généralement que, conformément au protocole sanitaire

en vigueur, les enfants ne pourront être accueillis que lorsqu'ils se présenteront masqués ou que leur représentant légal acceptera que des masques leur soient fournis par l'école.

Cependant les réponses ne parvenaient pas toujours en temps réel auprès des directeurs d'école et ceux-ci avaient une nouvelle fois le sentiment d'être laissés seuls face à des situations de conflit qu'ils ne pouvaient eux-mêmes régler.

Néanmoins d'une façon générale la chaîne administrative réagira, y compris en mettant dans la boucle l'autorité des préfets.

1.3. Une offensive juridique poursuivie au pénal

Sans même attendre la décision de rejet du Conseil d'État intervenu le 20 novembre 2020, une association prétendant regrouper un certain nombre de parents d'élève déposait auprès du procureur de la République de Paris une plainte contre X sur la base de l'article 40 du code de procédure pénale en raison du port du masque rendu obligatoire dans les écoles élémentaires prévu par le décret du 9 octobre 2020.

Cette démarche judiciaire demande l'ouverture d'une enquête pour violence sur mineurs de moins de 15 ans, mise en péril des mineurs, non-assistance à personne en danger et tromperie.

Sans qu'il soit justifié de sa représentativité et de son intérêt à agir, il est peu probable qu'une suite soit donnée au recours de cette association et les directeurs(trices) n'ont aucune crainte à avoir, même si on leur demande par courriel supplémentaire « d'agir comme des baïonnettes intelligentes et de refuser l'obéissance à un ordre illégal... ».

2. UN DÉBOUTÉ TRÈS CIRCONSTANCIÉ DU CONSEIL D'ÉTAT À L'ÉGARD DES PARENTS D'ÉLÈVE CONTESTATAIRES

À l'appui de leurs demandes, les parents d'élève ont entendu attaquer la légalité du décret du 29 octobre 2020 en exposant les moyens suivants :

2.1. Sur l'atteinte grave et manifestement illégale au droit à l'intégrité physique et à l'intérêt supérieur des enfants

Sur ce point, les parents d'élève ont soutenu que le décret du 29 octobre 2020 portait une atteinte grave et manifestement illégale au droit à l'intégrité physique et à l'intérêt supérieur des enfants, qui sont des libertés fondamentales protégées par l'article L. 521-2 du code de justice administrative comme par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.

Afin de rejeter ce moyen, le Conseil d'État est venu rappeler le contexte sanitaire et légal dans lequel a été pris le décret en précisant que :

« Une nouvelle progression de l'épidémie au cours des mois de septembre et d'octobre, dont le rythme n'a cessé de s'accroître au cours de cette période, a conduit le président de la République à prendre le 14 octobre dernier, sur le fondement des articles L. 3131-12 et L. 3131-13 du code de la santé publique, un décret déclarant l'état d'urgence sanitaire à compter du 17 octobre sur l'ensemble du territoire national. Le 29 octobre 2020, le Premier ministre a pris, sur le fondement de l'article L. 3131-15 du code de la santé publique, le décret dont les articles 1 et 36 ainsi que l'annexe 1 sont contestés, prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. L'article 1^{er} de la loi du 14 novembre 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire a prorogé l'état d'urgence sanitaire jusqu'au 16 février 2021 inclus. » (CE – référé – 23/11/2020 – n° 445983, 446310).

Concernant spécialement l'obligation de port du masque pour les enfants de 6 ans ou plus, le Conseil d'État a retenu ce qui suit :

« Aux termes de l'article 36 du même décret [décret du 29 octobre 2020, ndr] : "II - Portent un masque de protection : [...] 3° Les élèves des écoles élémentaires : [...] 5° Les enfants de six ans ou plus accueillis en application du II de l'article 32 : [...]" Aux termes de l'annexe 1 à ce décret : "[...] II – L'obligation de porter un masque de protection mentionnée au présent décret s'applique aux personnes de onze ans ou plus, ainsi que dans les cas mentionnés aux 3° et 5° du II de l'article 36." Il résulte de ces dispositions que le port du masque est obligatoire pour les élèves des écoles élémentaires ainsi que pour les enfants de 6 ans ou plus accueillis dans les structures encore autorisées, en vertu de l'article 32 du décret, à offrir un accueil de loisirs périscolaires. Les enfants dont les titulaires de l'autorité parentale refusent qu'ils portent le masque se voient refuser l'accès à l'établissement ou au service.» (CE – référé – 23/11/2020 – n° 445983, 446310).

2.2. Sur l'opportunité du port du masque à l'école pour les enfants de 6 à 10 ans face à l'évolution de la situation sanitaire

Afin de contester l'obligation du port d'un masque de protection à l'école pour les élèves de plus de 6 ans, les parents d'élève ont fait valoir que cette obligation ne serait ni nécessaire, ni adaptée, ni proportionnée.

Les parents d'élève exposaient aussi que les indicateurs décrivent, en tout état de cause, une situation sanitaire meilleure qu'au moment du prononcé de la mesure contestée.

Le Conseil d'État a rejeté ce moyen tiré d'une amélioration de la situation sanitaire au motif suivant :

« S'il n'est pas contesté que la situation sanitaire, telle que mesurée par les indicateurs mentionnés au point précédent, est aujourd'hui légèrement meilleure qu'au jour où a été décidé d'imposer le port du masque à l'école élémentaire, la circulation du virus est toujours intense et le taux d'hospitalisation comme le taux d'occupation des lits en réanimation par des patients atteints de la Covid-19 demeurent très élevés. » (CE – référé – 23/11/2020 – n° 445983, 446310).

2.3. Sur l'impact du port du masque à l'école pour les enfants de 6 à 10 ans

Enfin, pour s'opposer à l'obligation du port d'un masque de protection à l'école pour les élèves de plus de 6 ans, les parents d'élève ont fait valoir les moyens suivants tirés tant de l'absence d'efficacité du port du masque chez les enfants pour faire échec à la transmission du virus, que du risque que représenterait cette mesure pour la santé et les conditions d'apprentissage des enfants (risque psycho-éducatif).

A. SUR L'ABSENCE D'EFFICACITÉ DU PORT DU MASQUE CHEZ LES ENFANTS DE 6 ANS OU PLUS POUR FAIRE ÉCHEC À LA TRANSMISSION DU VIRUS :

Sur ce point, les parents d'élève soutenaient que le risque pour un enfant de cette tranche d'âge d'être atteint d'une forme grave de la Covid-19 est extrêmement faible, et que le risque de transmission du virus par un enfant à un tiers est très inférieur au risque de transmission par un adulte, le port du masque par des enfants si jeunes étant en tout état de cause insusceptible de faire échec à la transmission du virus à des tiers.

Pour rejeter ce moyen, le Conseil d'État a rappelé en premier lieu que :

« [...] il n'est pas contesté que les bénéfices éducatifs et sociaux apportées par l'école sont très supérieurs aux risques d'une éventuelle contamination de l'enfant en milieu scolaire. Le gouvernement a ainsi choisi, au vu des effets négatifs sur les enfants, constatés lors du premier confinement, d'une fermeture prolongée des écoles, de maintenir les écoles ouvertes pendant le confinement décidé le 29 octobre dernier. » (CE – référé – 23/11/2020 – n° 445983, 446310)

Aussi, le Conseil d'État est venu préciser ce qui suit :

« Il résulte en outre de l'instruction que, dès lors que chez les enfants, l'infection est généralement plus légère ou asymptomatique, cette dernière peut passer inaperçue ou ne pas être diagnostiquée et que si le caractère infectieux des enfants asymptomatiques est probablement très faible, en revanche, lorsqu'ils présentent des symptômes, les enfants excrètent la même quantité de virus que les adultes et sont donc tout autant contaminants. Dans son avis du 29 octobre 2020 relatif aux masques dans le cadre de la lutte contre

la propagation du virus SARS-CoV-2, le Haut Conseil de la santé publique (HCSP) en a déduit qu'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." Est à cet égard sans incidence la circonstance que le même Haut Conseil ait soutenu une position inverse le 17 septembre dernier, alors que la situation sanitaire était autrement plus favorable, à l'issue d'une période de six mois où les écoles n'ont pu ouvrir que quelques semaines et en mode dégradé. » (CE – référé – 23/11/2020 – n° 445983, 446310).

B. SUR LE RISQUE QUE REPRÉSENTE L'OBLIGATION DU PORT DU MASQUE À L'ÉCOLE POUR LA SANTÉ ET LES CONDITIONS D'APPRENTISSAGE DES ENFANTS :

Sur ce point, les parents d'élève soutenaient que le port du masque constituerait, d'une part, un risque majeur pour la santé de l'enfant, notamment en termes de toxicité, d'altération du système respiratoire et d'anxiété et, d'autre part, serait susceptible de favoriser des troubles de l'apprentissage.

Le Conseil d'État a rejeté le moyen tiré d'un risque pour la santé de l'enfant en se fondant sur l'avis du HCSP du 29 octobre 2020 et a retenu ce qui suit :

« Si les requêtes s'appuient pour étayer les risques allégués pour la santé de l'enfant sur des articles et tribunes parus dans la presse ainsi que des études, dont certaines ont été publiées dans des revues scientifiques reconnues, le HCSP, conformément aux compétences que lui confie l'article L. 1411-4 du code de la santé publique et selon une démarche collégiale, a procédé à une analyse globale, au vu notamment d'une revue de la littérature scientifique, et en premier lieu des études relatives au port du masque chez l'enfant. Il résulte de tout ce qui précède comme des échanges tenus à l'audience que le risque pour la santé des enfants n'est pas établi, tant en ce qui concerne la toxicité que l'altération du système respiratoire, et qu'il appartient aux enseignants comme aux parents de s'assurer que le masque porté par l'enfant n'entraîne pas d'irritation ou de lésion. » (CE – référé – 23/11/2020 – n° 445983, 446310).

PRÉLUDE

Comme le précise lui-même le Conseil d'État au terme de sa décision, c'est en l'état des connaissances scientifiques actuelles et au vu de la circulation encore très intense du virus à la date de l'ordonnance qu'il a retenu que l'obligation faite aux enfants de 6 à 10 ans de porter le masque à l'école et dans les lieux de loisirs périscolaires ne porte ni une atteinte excessive aux droits garantis par les conventions internationale, ni une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales des enfants.

Il n'est pas sûr que le rejet ferme de la plus haute juridiction administrative fasse taire ce débat qui se prolongera au printemps et ce n'est pas la procédure pénale engagée avec témérité qui devrait intimider qui que ce soit et surtout pas les directeurs(trices) qui sont fatigué(e)s et pour certain(e)s révolté(e)s par leur mise en cause dans l'exercice de leur métier.

Toutefois, alors que la gravité de la pandémie que nous subissons semble se poursuivre par une troisième vague redoutée, il est à retenir que par cette décision, le Conseil d'État est venu entériner les mesures mises en place par le gouvernement dans les écoles pour faire face à la situation d'urgence sanitaire, et qui résultent manifestement d'un arbitrage politique privilégiant les bénéfices éducatifs et sociaux apportés par l'école (aux risques d'une éventuelle contamination de l'enfant en milieu scolaire) aux effets négatifs d'une nouvelle fermeture prolongée des écoles.
