

Nos ... , ... , ... , ...

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme ...
Mme ... Mme ... et autres
M. ... et autres

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux
(Section du contentieux, 10ème chambre)

M. Arno Klarsfeld
Rapporteur

Mme Esther de Moustier
Rapporteuse publique

Séance du 31 mars 2022
Décision du 29 avril 2022

Vu les procédures suivantes :

1° Sous le n° ..., par une requête enregistrée le 9 février 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, Mme ... demande au Conseil d'Etat :

1°) à titre principal, de saisir la Cour européenne des droits de l'homme, sur le fondement de l'article 1^{er} du protocole n° 16 à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, d'une demande d'avis consultatif sur la question suivante : « L'interprétation des articles 2, 16 et 17 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, de l'article 1^{er} du protocole additionnel de la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de l'article 1^{er} du protocole n° 12, des articles 2, 5, 7 et 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'oppose-t-elle aux dispositions de l'article 36 du décret du 29 octobre 2020 ? » ;

2°) à titre subsidiaire, d'annuler pour excès de pouvoir l'article 36 du décret n° 2020-1310 du 29 octobre 2020, tel que modifié par le décret n° 2020-1454 du 27 novembre 2020 et le décret n° 2020-1582 du 14 décembre 2020 ;

3°) également à titre subsidiaire, d'enjoindre au Premier ministre de préciser les conditions d'exemption de l'obligation du port du masque dans les établissements scolaires et de prendre des mesures moins restrictives de liberté en tenant compte de l'âge des enfants et de la gravité du virus à leur égard, ainsi que toutes mesures de nature à concilier la crise sanitaire et la protection des enfants, dans un délai de 15 jours à compter de la notification de la décision à intervenir et sous astreinte de 100 euros par jour de retard.

La requérante soutient que :

- le décret attaqué est entaché d'un vice de procédure dès lors qu'il a été rendu en l'absence du rapport du ministre chargé de la santé en méconnaissance des dispositions de l'article L. 3131-15 du code de la santé publique ;

- le décret attaqué est entaché d'erreurs de droit dès lors qu'il n'est pas assorti d'exceptions à l'obligation du port du masque et que la notion de « groupes différents » mentionnée à l'article 36 est imprécise ;

- le décret attaqué est entaché d'erreur de droit en ce qu'il porte une atteinte grave et manifestement illégale à plusieurs droits et libertés fondamentales tels que la liberté d'aller et venir garantie par l'article 66 de la Constitution, l'article 13 de la déclaration universelle des droits de l'homme, l'article 12 du pacte international des droits civiques et politiques et l'article 2 du protocole n° 4 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le droit à la vie privée et familiale et ses corollaires, droits à l'autodétermination personnelle, à une vie normale et à la santé, garantis par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la liberté individuelle garantie par l'article 66 de la Constitution, la liberté de réunion protégée par l'article 11 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le droit à l'éducation consacré à l'article L. 111-1 du code de l'éducation, la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant garantie par les dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946, l'article 3 de la convention internationale des droits de l'enfant et l'article 24 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

- le décret attaqué est entaché d'erreur manifeste d'appréciation, en ce que l'obligation de port du masque portant atteinte à plusieurs libertés fondamentales n'est ni nécessaire, ni adaptée, ni proportionnée.

Par un mémoire en défense, enregistré le 1^{er} décembre 2021, le ministre des solidarités et de la santé conclut au rejet de la requête. Il soutient que les moyens soulevés ne sont pas fondés.

Par un mémoire en défense, enregistré le 29 décembre 2021, le ministre de l'éducation nationale, de la jeunesse et des sports conclut au rejet de la requête. Il s'associe aux observations du ministre des solidarités et de la santé.

La requête a été communiquée au Premier ministre qui n'a pas produit de mémoire en défense.

2° Sous le n° 449646, par une requête enregistrée le 12 février 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, Mme ... demande au Conseil d'Etat :

1°) à titre principal, de saisir la Cour européenne des droits de l'homme, sur le fondement de l'article 1^{er} du protocole n° 16 à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, d'une demande d'avis consultatif sur la question suivante : « L'interprétation des articles 2, 16 et 17 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, de l'article 1er du protocole additionnel de la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de l'article 1er du protocole n° 12, des articles 2, 5, 7 et 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'oppose-t-elle aux dispositions de l'article 36 du décret du 29 octobre 2020 ? » ;

2°) à titre subsidiaire, d'annuler pour excès de pouvoir l'article 36 du décret n° 2020-1310 du 29 octobre 2020, tel que modifié par le décret n°2020-1454 du 27 novembre 2020 et le décret n°2020-1582 du 14 décembre 2020 ;

3°) également à titre subsidiaire, d'enjoindre au Premier ministre de préciser les conditions d'exemption de l'obligation du port du masque dans les établissements scolaires et de prendre des mesures moins restrictives de liberté en tenant compte de l'âge des enfants et de la gravité du virus à leur égard, ainsi que toutes mesures de nature à concilier la crise sanitaire et la protection des enfants, dans un délai de 15 jours à compter de la notification de la décision à intervenir et sous astreinte de 100 euros par jour de retard.

La requérante soutient que :

- le décret attaqué est entaché d'un vice de procédure dès lors qu'il a été rendu en l'absence du rapport du ministre chargé de la santé en méconnaissance des dispositions de l'article L. 3131-15 du code de la santé publique ;

- le décret attaqué est entaché d'erreurs de droit dès lors qu'il n'est pas assorti d'exceptions à l'obligation du port du masque et que la notion de « groupes différents » mentionnée à l'article 36 est imprécise ;

- le décret attaqué est entaché d'erreur de droit en ce qu'il porte une atteinte grave et manifestement illégale à plusieurs droits et libertés fondamentales tels que la liberté d'aller et venir garantie par l'article 66 de la Constitution, l'article 13 de la déclaration universelle des droits de l'homme, l'article 12 du pacte international des droits civils et politiques et l'article 2 du protocole n° 4 de la convention européenne de sauvegarde des droits

de l'homme et des libertés fondamentales, le droit à la vie privée et familiale et ses corollaires, droits à l'autodétermination personnelle, à une vie normale et à la santé, garantis par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la liberté individuelle garantie par l'article 66 de la Constitution, la liberté de réunion protégée par l'article 11 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le droit à l'éducation consacré à l'article L. 111-1 du code de l'éducation, la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant garantie par les dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946, l'article 3 de la convention internationale des droits de l'enfant et l'article 24 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

- le décret attaqué est entaché d'erreur manifeste d'appréciation, en ce que l'obligation de port du masque portant atteinte à plusieurs libertés fondamentales n'est ni nécessaire, ni adaptée, ni proportionnée.

Par un mémoire en défense, enregistré le 27 août 2021, le ministre des solidarités et de la santé conclut au rejet de la requête. Il soutient que les moyens soulevés ne sont pas fondés.

La requête a été communiquée au Premier ministre qui n'a pas produit de mémoire en défense.

3° Sous le n° 450660, par une requête et un mémoire complémentaire enregistrés le 15 mars et le 10 mai 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, Mme ..., Mme ..., M. ..., Mme ..., Mme ..., Mme ..., Mme ... demandent au Conseil d'Etat :

1°) à titre principal, de saisir la Cour européenne des droits de l'Homme, sur le fondement de l'article 1^{er} du protocole n° 16 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, d'une demande d'avis consultatif sur la question suivante : « L'interprétation des articles 2, 16 et 17 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, de l'article 1er du protocole additionnel de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de l'article 1^{er} du protocole n°12, des articles 2, 5, 7 et 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits des libertés fondamentales, s'oppose-t-elle aux dispositions de l'article 36 du décret du 29 octobre 2020 modifié par le décret du 15 janvier 2021 ainsi qu'au protocole sanitaire de Janvier 2021 ? » ;

2°) à titre subsidiaire, d'annuler pour excès de pouvoir, d'une part, l'article 36 du décret n° 2020-1310 du 29 octobre 2020, tel que modifié par le décret n° 2021-31 du 15 janvier 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, d'autre part, le protocole sanitaire dit guide du protocole sanitaire relatif au fonctionnement des écoles et établissements scolaires dans le contexte de covid-19 pour l'année scolaire dans sa version de février 2021 et, enfin, l'avis du 20 janvier 2021 du Haut conseil de la santé publique (HCSP).

3°) à titre infiniment subsidiaire, d'annuler l'article 36 du décret du 29 octobre 2020 modifié par le décret du 15 janvier 2021 en tant qu'il ne prévoit pas différentes mesures ;

4°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 2 500 euros sur le fondement des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative

Les requérants soutiennent que :

- le décret attaqué est entaché d'incompétence en ce qu'il ne prévoit pas les conditions d'application concrètes des obligations incombant au Premier ministre en application de l'article L. 3131-15 du code de la santé publique, ni n'habilite expressément les ministres compétents pour mettre en œuvre leur pouvoir réglementaire, ni ne procède à une étude d'impact afin de juger plusieurs mois après sa mise en œuvre de la nécessité, utilité et proportionnalité de la mesure, ni ne fixe les conditions d'exemption de l'obligation pour motif de santé ;

- le décret attaqué est entaché d'un vice de procédure dès lors qu'il a été rendu en l'absence du rapport du ministre chargé de la santé en méconnaissance des dispositions de l'article L. 3131-15 du code de la santé publique ;

- l'obligation du port du masque, qui découle de l'état d'urgence sanitaire dont les critères déclencheurs manquent de précision, qui s'appuient sur des critères de gravité à géométrie variable et résulte d'une défaillance structurelle des capacités hospitalières, méconnaît l'article 5 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

- le décret attaqué est entaché d'erreurs de droit dès lors que l'obligation du port du masque n'est assorti d'aucune exception, et que la notion de « groupes différents » prévue par les dispositions litigieuses est imprécise ;

- le décret attaqué est entaché d'erreur de droit en ce qu'il porte une atteinte grave et manifestement illégale à plusieurs droits et libertés fondamentales tels que la liberté d'aller et venir garantie par l'article 66 de la Constitution, l'article 13 de la déclaration universelle des droits de l'homme, l'article 12 du pacte international des droits civiques et politiques et l'article 2 du protocole n° 4 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le droit à la vie privée et familiale et ses corollaires, droits à l'autodétermination personnelle, à une vie normale et à la santé, garantis par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la liberté individuelle garantie par l'article 66 de la Constitution, la liberté de réunion protégée par l'article 11 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le droit à l'éducation consacré à l'article L. 111-1 du code de l'éducation, la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant garantie par les dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946, l'article 3 de la convention internationale des droits de l'enfant et l'article 24 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

- le décret attaqué est entaché d'erreur manifeste d'appréciation, en ce que l'obligation de port du masque portant atteinte à plusieurs libertés fondamentales n'est ni nécessaire, ni adaptée, ni proportionnée ;

- le ministre de l'éducation nationale est incompétent pour édicter le protocole sanitaire « relatif au fonctionnement des écoles et établissements scolaires dans le contexte Covid-19 » dès lors que les mesures édictées touchent également aux parents et qu'il revient aux directeurs des établissements scolaires de prendre les décisions qui s'imposent à l'égard des agents et des usagers ;

- en l'absence de mention du nom et de signature de ses auteurs, le protocole sanitaire méconnaît les exigences de l'article L. 212-1 du code des relations entre le public et l'administration ;

- le protocole sanitaire ajoute des motifs d'exemption de port du masque, pour motif de santé, à ceux qui sont prévus par l'article 36 du décret du 29 octobre 2020, conférant illégalement aux médecins référents en place dans les établissements scolaires un pouvoir d'appréciation ainsi qu'à l'administration scolaire un pouvoir d'appréciation sur les pathologies rendant les enfants vulnérables ;

- l'avis du 20 janvier 2021 du HCSP, sur lequel repose le protocole sanitaire, et dont la légalité peut dès lors être contestée par la voie de l'exception, est entaché d'un vice de procédure en ce qu'il méconnaît les dispositions de l'article L. 1451-1-1 du code de la santé publique prévoyant la publicité des séances des commissions, et par suite le principe de la transparence garanti par l'article 15 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen et le droit à la protection de la santé consacré à l'article 35 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Par un mémoire en défense, enregistré le 11 janvier 2022, le ministre des solidarités et de la santé conclut au rejet de la requête. Il soutient que les moyens soulevés ne sont pas fondés.

Par un mémoire en défense enregistré le 13 janvier 2022, le ministre de l'éducation nationale, de la jeunesse et des sports conclut au rejet de la requête. Il s'associe aux observations du ministre des solidarités et de la santé.

La requête a été communiquée au Premier ministre qui n'a pas produit de mémoire en défense.

4° Sous le numéro n° 450668, par une requête, un mémoire ampliatif et un mémoire en réplique enregistrés les 14 mars et 5 mai 2021 et le 24 février 2022 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, M. ..., représentant unique désigné, et les autres requérants dont le nom figure dans le mémoire introductif d'instance demandent au Conseil d'Etat :

1°) à titre principal, d'annuler l'article 36 du décret n° 2020-1310 du 29 octobre 2020 tel que modifié par le décret n° 2020-1454 du 27 novembre 2020, le décret n° 2020-1582 du 14 décembre 2020 et le décret n° 2021-31 du 15 janvier 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire et d'annuler le protocole sanitaire relatif au fonctionnement des écoles et établissements scolaires dans le contexte du covid-19 pour l'année scolaire dans sa version de février 2021 ;

2°) à titre subsidiaire, de saisir la Cour européenne des droits de l'homme, sur le fondement de l'article 1er du protocole n° 16 à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, d'une demande d'avis portant sur la conformité du décret contesté et du protocole sanitaire aux articles 16, 17 et 24 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, à l'article 1er du protocole additionnel de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à l'article 1^{er} du protocole n°12, à l'article 14, l'article 2, 5 et 7 de cette même convention ;

3°) à tout le moins, de saisir la Cour européenne des droits de l'homme, sur le fondement de l'article 1er du protocole n° 16 à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, d'une demande d'avis portant sur la conformité du décret querellé et du protocole sanitaire aux articles 3 et 11 de la Charte sociale européenne, à l'article 2 du protocole n° 1 à la convention et à l'article 3 de la convention ;

4°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 5 500 euros sur le fondement des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Les requérants soutiennent que :

- le décret attaqué est entaché d'incompétence en ce qu'il ne prévoit pas les conditions d'application concrètes des obligations incombant au Premier ministre en application de l'article L. 3131-15 du code de la santé publique, ni n'habilite expressément les ministres compétents pour mettre en œuvre leur pouvoir réglementaire, ni ne procède à une étude d'impact afin de juger plusieurs mois après sa mise en œuvre de la nécessité, utilité et proportionnalité de la mesure, ni ne fixe les conditions d'exemption de l'obligation pour motif de santé ;

- l'obligation du port du masque, qui découle de l'état d'urgence sanitaire dont les critères déclencheurs manquent de précision, qui s'appuient sur des critères de gravité à géométrie variable et résulte d'une défaillance structurelle des capacités hospitalières, méconnaît l'article 5 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

- le décret attaqué est entaché d'erreurs de droit dès lors que l'obligation du port du masque n'est assortie d'aucune exception et que la notion de « groupes différents » prévue par les dispositions litigieuses est imprécise et source de discrimination ;

- l'obligation du port du masque, imposée par le décret, qui n'a fait l'objet d'aucune analyse coût-avantage de la part des autorités publiques porte une atteinte continue et disproportionnée à l'intérêt supérieur de l'enfant protégé par l'article 3 de la convention internationale des droits de l'enfant, à la protection de la santé garanti par le Préambule de la Constitution de 1946, l'article 12 du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, l'article 24 de la convention internationale des droits de l'enfant, l'article 11 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et l'article 3 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, au droit à l'éducation inscrit à l'article L. 111-1 du code de l'éducation, l'article 26 de la déclaration universelle des droits de l'homme, l'article 13 du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, l'article 28 de la convention internationale des droits de l'enfant, l'article 14 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et l'article 2 du protocole additionnel 1er à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

- les sanctions associées à la méconnaissance de l'obligation de porter le masque sont elles-mêmes entachées d'erreur manifeste d'appréciation en ce qu'elles conduisent à une déscolarisation et à une privation d'enseignement scolaire ainsi qu'à une multiplication des sanctions, punitions, pressions, remarques humiliantes à leur égard ou par leur intermédiaire ; ces atteintes sont susceptibles d'engager la responsabilité de l'administration et la responsabilité pénale des auteurs des mesures contestées.

- le ministre de l'éducation nationale est incompétent pour édicter le protocole sanitaire « relatif au fonctionnement des écoles et établissements scolaires dans le contexte Covid-19 » dès lors que les mesures édictées touchent également aux parents et qu'il revient aux directeurs des établissements scolaires de prendre les décisions qui s'imposent à l'égard des agents et des usagers ;

- le protocole sanitaire est entaché de défaut de signature en méconnaissance de l'article L. 212-1 du code des relations entre le public et l'administration ;

- le protocole sanitaire ajoute des motifs d'exemption de port du masque, pour motif de santé, à ceux qui sont prévus par l'article 36 du décret du 29 octobre 2020, conférant illégalement aux médecins référents en place dans les établissements scolaires un pouvoir d'appréciation ainsi qu'à l'administration scolaire un pouvoir d'appréciation sur les pathologies rendant les enfants vulnérables ;

- le protocole sanitaire ne prévoit aucune mesure compensatrice permettant de pallier les effets disproportionnés liés à l'obligation du port du masque.

Par un mémoire en défense, enregistré le 1^{er} décembre 2021, le ministre des solidarités et de la santé conclut au rejet de la requête. Il soutient que les moyens soulevés ne sont pas fondés.

La requête a été communiquée au Premier ministre qui n'a pas produit de mémoire en défense.

En application des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, les parties ont été informées que la décision du Conseil d'Etat était susceptible d'être fondée sur le moyen, relevé d'office, tiré de ce que l'application de l'article R. 612-5-2 du code de justice administrative, les requérants n'avaient pas confirmé le maintien de leur requête au fond, dans le délai d'un mois à compter de la notification de l'ordonnance de référé et que par suite ils étaient réputés s'être désistés de cette requête.

Par un mémoire enregistré le 14 février 2022 et le mémoire en réplique enregistré le 24 février 2022, les requérants soutiennent que le moyen d'ordre public relevé d'office ne peut être retenu et qu'ils ne sauraient être considérés comme s'étant désistés d'office.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la Constitution, et notamment son Préambule ;
- la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et ses protocoles additionnels ;
- le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ;
- la convention internationale relative aux droits de l'enfant ;
- la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;
- la charte sociale européenne ;
- le code de l'éducation ;
- le code de la santé publique ;
- la loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 ;
- la loi n° 2021-160 du 15 février 2021 ;
- le décret n° 2020-1257 du 14 octobre 2020 ;
- le décret n° 2020-1406 du 18 novembre 2020 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Arno Klarsfeld, conseiller d'Etat,
- les conclusions de Mme Esther de Moustier, rapporteure publique ;

Considérant ce qui suit :

Sur le cadre du litige :

1. Aux termes de l'article L. 3131-12 du code de la santé publique : « *L'état d'urgence sanitaire peut être déclaré sur tout ou partie du territoire métropolitain ainsi que du territoire des collectivités régies par les articles 73 et 74 de la Constitution et de la Nouvelle-Calédonie en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population.* ». Aux termes de l'article L. 3131-15 du même code : « *L'état d'urgence sanitaire est déclaré par décret en conseil des ministres pris sur le rapport du ministre chargé de la santé (...).* » Aux termes de l'article L. 3131-15, dans sa version issue de la loi du 9 juillet 2020 : « *I.-Dans les circonscriptions territoriales où l'état d'urgence sanitaire est déclaré, le Premier ministre peut, par décret réglementaire pris sur le rapport du ministre chargé de la santé, aux seules fins de garantir la santé publique : / (...) / 5° Ordonner la fermeture provisoire et réglementer l'ouverture, y compris les conditions d'accès et de présence, d'une ou plusieurs catégories d'établissements recevant du public ainsi que des lieux de réunion, en garantissant l'accès des personnes aux biens et services de première nécessité ; (...) III. 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.* ».

2. La situation épidémiologique au cours des mois de septembre et d'octobre 2020 caractérisée par une accélération du rythme de l'épidémie de COVID-19, a conduit le Président de la République à prendre le 14 octobre 2020, sur le fondement de l'article 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 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid 19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. L'état d'urgence sanitaire a été prorogé jusqu'au 16 février 2021 inclus, puis jusqu'au 1er juin 2021 inclus, respectivement par 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 et la loi du 15 février 2021 prorogeant l'état d'urgence sanitaire.

3. Aux termes de l'article 1^{er} du décret du 29 octobre 2020: « *I. - Afin de ralentir la propagation du virus, les mesures d'hygiène définies en annexe 1 au présent décret et de distanciation sociale, incluant la distanciation physique d'au moins un mètre entre deux personnes, dites barrières, définies au niveau national, doivent être observées en tout lieu et en toute circonstance* ». L'annexe 1 mentionne notamment le port du masque systématique dès lors que les règles de distanciation physique ne peuvent être garanties. En vertu de l'article 2 du décret, « (...) *Les obligations de port du masque prévues au présent décret ne s'appliquent pas aux personnes en situation de handicap munies d'un certificat médical justifiant de cette dérogation et qui mettent en œuvre les mesures sanitaires de nature à prévenir la propagation du virus (...)* ». L'article 36 du même décret dispose que : « *I. (...) L'accueil est organisé dans des conditions permettant de limiter au maximum le brassage des enfants et élèves appartenant à des groupes différents. II. - Portent un masque de protection : / (...) 3° Les élèves des écoles élémentaires ; 4° Les collégiens (...°) ; 5° Les enfants de six ans ou plus accueillis en application du II de l'article 32 ; (...)* ». Enfin, 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. Elle s'applique également aux enfants de 6 à 10 ans dans les autres cas, dans la mesure du possible. (...)* ». Il résulte de ces dispositions que le port du masque est obligatoire pour les élèves des écoles élémentaires et collèges ainsi que pour les enfants de six ans ou plus accueillis dans les

autres structures encore autorisées, en vertu du II de l'article 32 du décret, à les accueillir. 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.

4. Par ailleurs, le ministère de l'éducation nationale, de la jeunesse et des sports a publié, en février 2021, un protocole sanitaire pour l'année 2020-2021 applicable à compter du 1^{er} février 2021, sous la forme d'un « *guide relatif au fonctionnement des écoles et établissements scolaires dans le contexte de Covid 19* ». Ce document précise qu'il repose sur les avis successifs du Haut conseil de la santé publique (HCSP), notamment celui du 20 janvier 2021, sur les prescriptions émises par le ministère des solidarités et de la santé au vu des avis rendus par le HCSP ainsi que sur les dispositions législatives et réglementaires en vigueur.

5. Les conclusions des requérants doivent être regardées, compte tenu de l'intérêt à agir dont ils se prévalent, comme tendant à ce que le Conseil d'Etat annule pour excès de pouvoir les dispositions imposant le port du masque aux enfants dès l'âge de 6 ans dans les établissements d'enseignement. Il y a lieu de les joindre pour statuer par une même décision.

Sur la requête n° 450668 présentée par M. ... et autres :

6. Aux termes de l'article R. 612-5-2 du code de justice administrative : « *En cas de rejet d'une demande de suspension présentée sur le fondement de l'article L. 521-1 au motif qu'il n'est pas fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision, il appartient au requérant, sauf lorsqu'un pourvoi en cassation est exercé contre l'ordonnance rendue par le juge des référés, de confirmer le maintien de sa requête à fin d'annulation ou de réformation dans un délai d'un mois à compter de la notification de ce rejet. A défaut, le requérant est réputé s'être désisté. 2018. / Dans le cas prévu au premier alinéa, la notification de l'ordonnance de rejet mentionne qu'à défaut de confirmation du maintien de sa requête dans le délai d'un mois, le requérant est réputé s'être désisté* ».

7. Par une ordonnance n° 452487 du 1^{er} juin 2021, le juge des référés du Conseil d'Etat, saisi sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, a rejeté la demande de suspension des dispositions de l'article 36 du décret du 29 octobre 2020 au motif qu'aucun des moyens soulevés n'était, en l'état de l'instruction, propre à créer un doute sérieux quant à leur légalité. Cette requête était présentée, entre autres, par les 454 requérants qui avaient formé un recours pour excès de pouvoir contre les mêmes dispositions sous le n° 450668. Il ressort des pièces du dossier que l'ordonnance du 1^{er} juin 2021, accompagnée d'une lettre de notification mentionnant l'article R. 612-5-2 du code de justice administrative, a été régulièrement notifiée sur l'application télérecours le 1^{er} juin 2021 à la mandataire des requérants, en application des dispositions de l'article 6 du décret du 18 novembre 2020 portant adaptation des règles applicables devant les juridictions administratives. La circonstance que cette ordonnance ait été adressée le même jour à leur mandataire, parallèlement à cette notification sur l'application télérecours, par un courriel de valeur strictement informative, est sans incidence sur la régularité cette notification. Par suite, M. ..., et qui n'ont pas confirmé le maintien de leur requête dans le délai imparti, sont réputés s'être désistés. Il s'ensuit qu'il doit être donné acte du désistement des requérants de la requête n° 450668.

Sur les conclusions dirigées contre le décret du 29 octobre 2020 :

En ce qui concerne les moyens de légalité externe :

8. En premier lieu, si les dispositions de l'article L. 3131-15 du code de la santé publique prévoient que le Premier ministre peut prendre un certain nombre de mesures, aux seules fins de garantir la santé publique, « *sur le rapport du ministre chargé de la santé* », d'une part, il ressort des pièces du dossier que le décret contesté a été effectivement pris à l'initiative du ministre des solidarités et de la santé, d'autre part, aucune disposition n'impose la publication du rapport du décret au Journal officiel de la République française.

9. En deuxième lieu, il ressort des termes mêmes des dispositions citées au point 1^{er} de l'article L. 3131-15 du code de la santé publique, que le Premier ministre était compétent pour prendre, par décret et aux seules fins de garantir la santé publique, les dispositions contenues à l'article 36 du décret contesté. Aucune disposition n'est nécessaire pour permettre aux ministres de mettre en œuvre leur pouvoir réglementaire d'organisation des services placé sous leur autorité. Par suite, et en tout état de cause, le moyen tiré de ce que le décret contesté serait entaché d'incompétence négative ne peut qu'être écarté.

10. En troisième lieu, 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.

11. En quatrième lieu, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que le Premier ministre aurait entaché le décret d'incompétence négative en ne fixant pas les conditions d'exemption de l'obligation pour motif de santé, alors qu'il prévoit que les obligations de port du masque ne s'appliquent pas aux personnes en situation de handicap munies d'un certificat médical justifiant de cette dérogation.

En ce qui concerne les moyens de légalité interne :

12. Il ressort des pièces du dossier qu'à la date à laquelle le décret attaqué et ses décrets modificatifs, également contestés, ont été adoptés, les indicateurs de la pandémie, qui ne sont pas sérieusement contestés, présentaient une évolution préoccupante manifestant l'existence d'un risque élevé de propagation du virus, en particulier de ses nouveaux variants. Il n'est pas davantage sérieusement contesté que ce virus et ses variants étaient susceptibles d'être diffusés par l'intermédiaire des enfants. Par ailleurs, il est constant que les établissements accueillant un public scolaire sont des lieux de fort brassage, le plus souvent clos, dans lesquels les élèves et leurs professeurs sont en présence les uns des autres pendant plusieurs heures. Dans ce contexte, le Gouvernement a souhaité favoriser le maintien de scolarisation au sein de leurs établissements des élèves des classes élémentaires et secondaires en dépit de la permanence de la pandémie et de ses évolutions défavorables.

13. Il ressort également des pièces du dossier, et notamment des conclusions convergentes de plusieurs rapports de la communauté scientifique, aux niveaux national et

international, dont celui du haut comité de santé publique du 29 octobre 2020, qu'en période et/ou zone de circulation très active du virus SARS-CoV-2 et par précaution, le port du masque par les enfants dès l'âge de 6 ans à l'école élémentaire est recommandé, dans le respect de difficultés spécifiques, et qu'il n'existe pas de contre-indications dermatologiques, pneumologiques, ORL et phoniatriques ou psychiatriques actuellement documentées au port du masque. S'il est vrai que cette mesure constitue une contrainte et peut s'avérer contre-indiquée à la situation médicale d'enfants souffrant de certaines pathologies, les dispositions contestées, qui tiennent compte de l'âge et de la maturité des enfants, et dont la mise en œuvre est placée sous le contrôle des adultes et des professeurs, ne font pas obstacle à ce que les situations particulières soient prises en compte. Par ailleurs, l'obligation ne s'applique pas aux enfants en situation de handicap et les dispositions contestées ne font pas obstacle à la pratique sans masque, sous le contrôle d'un enseignant, d'activités physiques et sportives, sur le temps scolaire et périscolaire, en particulier dans les établissements sportifs de plein air et en extérieur. Il ne saurait être sérieusement soutenu qu'elles seraient, par elles-mêmes, de nature à porter atteinte au droit à la santé physique et psychique ou à l'insertion sociale des enfants, ni qu'elles auraient pour effet de favoriser leur déscolarisation, la multiplication des punitions, des actes de pression ou à caractère intimidant ou humiliation. Il s'ensuit que le moyen tiré de ce que l'obligation de port du masque par les élèves de 6 à 11 ans, et a fortiori par les élèves plus âgés, destinée à favoriser la scolarisation tout en limitant le risque de contamination, ne serait pas nécessaire, adaptée et proportionnée ne peut qu'être écarté.

14. Par ailleurs, si l'article 36 du décret prévoit que l'accueil doit permettre de limiter le brassage des élèves appartenant à des groupes différents, le terme de « groupes différents » fait référence aux groupes d'enfants qui ne partagent pas une activité scolaire commune. Par suite, le moyen tiré de ce qu'il serait source d'insécurité juridique et de discriminations doit être écarté.

15. Pour les motifs exposés aux points précédents, si les requérants soutiennent que les dispositions contestées porteraient une atteinte illégale à divers droits et libertés, tels que la liberté d'aller et venir, la liberté individuelle, la liberté de réunion, le droit à la vie privée et familiale, le principe de précaution, les droits à l'autodétermination personnelle, à une vie normale et à la santé, le droit à l'éducation et la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant, en invoquant notamment l'article 66 de la Constitution, les dixième et onzième alinéas de Préambule de la Constitution de 1946, la Charte de l'environnement, les stipulations des articles 5 et 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 2 de son protocole n° 4, de l'article 24 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, de l'article 13 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, de l'article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, de l'article 3 de la convention internationale des droits de l'enfant et l'article L. 111-1 du code de l'éducation, ces moyens ne peuvent, en tout état de cause, qu'être écartés.

16. Les autres moyens soulevés soit ne sont pas assortis des précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé, soit se bornent à invoquer des considérations qui ne sauraient venir utilement à leur soutien.

Sur les conclusions dirigées contre le protocole sanitaire :

17. En premier lieu, le protocole sanitaire édicté par le ministre de l'éducation nationale, de la jeunesse et des sports, établi sous la forme d'un guide, est destiné à rassembler des règles de bonne conduite et à fournir des recommandations pour favoriser, notamment auprès des personnels, des élèves et de leurs parents, l'application, au niveau de chaque établissement accueillant un public scolaire, des « prescriptions émises par le ministère des solidarités et de la santé au vu des avis rendus par le Haut conseil de la santé publique ainsi que sur les dispositions législatives et réglementaires en vigueur ». Contrairement à ce qui est soutenu, le protocole sanitaire n'impose pas d'obligations aux parents mais souligne seulement le rôle essentiel de ceux-ci pour éviter la transmission du virus en milieu scolaire. Aucune disposition ne faisait obstacle à ce que le ministre édicte, sous son autorité, le document concerné. Par suite, le moyen tiré de ce qu'il serait entaché d'incompétence doit être écarté.

18. En deuxième lieu, ce protocole ne revêtant pas le caractère d'une décision, il n'est pas soumis aux exigences de l'article L. 212-1 du code des relations entre le public et l'administration. Dès lors, le moyen tiré de son illégalité en raison du défaut de la mention du nom et de la signature de son auteur ne peut qu'être écarté.

19. En troisième lieu, si certains des requérants soutiennent que l'avis du Haut Conseil de la santé publique du 20 janvier 2020 auquel se réfère le protocole sanitaire serait entaché d'un vice de procédure en ce qu'aurait été méconnues les dispositions de l'article L. 1451-1-1 du code de la santé publique relatives à l'enregistrement des débats, à l'établissement et à la mise en ligne des procès-verbaux, le non-respect de ces obligations, à le supposer établi, n'est, en tout état de cause, pas de nature à avoir exercé une influence sur le sens du protocole ni n'a privé les personnes concernées d'une garantie. Ainsi, le moyen tiré de la méconnaissance de l'article L. 1451-1-1 du code de la santé publique et de l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ne peut qu'être écarté.

20. En quatrième lieu, s'agissant du port du masque, le protocole sanitaire énonce que : « Pour les élèves présentant des pathologies les rendant vulnérables au risque de développer une forme grave d'infection à la COVID-19, le médecin référent détermine les conditions de leur maintien en présence dans l'école ou l'établissement scolaire ». Il ressort des pièces du dossier que ces dispositions sont uniquement relatives aux enfants présentant des pathologies les rendant vulnérables au risque de développer une forme grave d'infection à la Covid-19. Il s'agit seulement pour le médecin référent d'aider l'élève en situation de vulnérabilité face au Covid-19 et sa famille à prévoir des modalités spécifiques permettant une poursuite de sa scolarité dans les meilleures conditions. Il ne résulte pas de ces termes qu'un médecin de l'éducation nationale agissant dans le cadre des missions qui lui sont confiées par l'article 2 du décret du 27 novembre 1991 portant dispositions statutaires applicables au corps des médecins de l'éducation nationale et à l'emploi de médecin de l'éducation nationale - conseiller technique, auquel renvoient les dispositions de l'article D. 541-2 du code de l'éducation, soit habilité à remettre en cause les constatations ou indications à caractère médical portées dans un certificat médical. Par suite, le moyen tiré de ce que le document contesté donnerait de manière illégale aux médecins de l'éducation nationale ou à l'administration scolaire un pouvoir d'appréciation des certificats médicaux n'est pas fondé.

Sur les conclusions dirigées contre l'avis du Haut Conseil de la santé publique (HCSP) du 20 janvier 2020 :

21. L'avis du Haut Conseil de la santé publique n'a pas le caractère d'un acte susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Par suite, les conclusions tendant à son annulation ne peuvent, en tout état de cause, qu'être rejetées.

22. Il résulte de ce qui tout précède, sans qu'il soit besoin de saisir la Cour européenne des droits de l'homme d'une demande d'avis consultatif, que les requêtes enregistrées sous les n°s 449527, 449646 et 450660 doivent être rejetées, y compris leurs conclusions aux fins d'injonction et d'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

D E C I D E :

Article 1^{er} : Il est donné acte du désistement d'instance de M.

Article 2 : Les requêtes de Mme ..., Mme ... et Mme ... et autres sont rejetées.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à Mme ..., Mme ..., Mme ..., première dénommée pour l'ensemble des requérants sous le n° 450060, M. ..., représentant unique désigné sous le n° ... et au ministre des solidarités et de la santé.

Copie en sera adressée au Premier ministre et au ministre de l'éducation nationale, de la jeunesse et des sports.

Délibéré à l'issue de la séance du 31 mars 2022 où siégeaient : M. ..., président de chambre, président ; Mme ..., conseillère d'Etat et M. Arno Klarsfeld, conseiller d'Etat-rapporteur.

Rendu le 29 avril 2022.

Le président :
Signé : M. Bertrand Dacosta

Le rapporteur :
Signé : M. Arno Klarsfeld

La secrétaire :
Signé : Mme Naouel Adouane

La République mande et ordonne au Premier ministre et au ministre de l'éducation nationale, de la jeunesse et des sports en ce qui le concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition conforme,

Pour la secrétaire du contentieux, par délégation :