

## **Tribunal d'instance Weilheim i.OB**

Département des affaires familiales

Réf. : 2 F 192/21

Dans l'affaire de la famille

K.

- Personne concernée

Conseil de procédure :

Avocat T.

pour discuter du risque pour le bien-être de l'enfant, § 157 FamFG, injonction temporaire

l'ordonnance suivante est rendue le 13.04.2021 pour des raisons d'urgence sans procédure orale

Décision

Il est ordonné à la direction de l'école secondaire de S., composée du directeur et de la directrice adjointe, de ne pas ordonner à l'intéressé de porter un couvre-nez dans l'enceinte de l'école.

(2) Il est interdit au chef d'établissement visé au (1) ci-dessus de prendre à l'égard de l'intéressé, sur la base de l'arrêté pris au (1) ci-dessus, des mesures qui le traitent de manière inégale par rapport à ses camarades, par exemple en l'isolant de la classe ou en l'excluant des cours sur la base de l'arrêté précité, ou en lui fournissant des dispositifs spéciaux.

3. l'effet immédiat est ordonné.

4. aucun frais ne sera facturé, aucun frais extrajudiciaire ne sera remboursé.

5. la valeur de la procédure est fixée à 2.000,00 €.

### **Raisons**

L'objet de la procédure est la suggestion des parents de l'enfant concerné d'engager une procédure en vertu de l'article 1666 du code civil et d'examiner la mise en danger du bien-être de l'enfant par l'ordre de porter une protection buccale et nasale pendant et en dehors des cours, ainsi que de maintenir une distance spatiale avec d'autres personnes par l'école secondaire de l'archevêque de Schlehdorf.

#### **I. Compétence du tribunal :**

§ L'article 1666 (4) du Code civil allemand permet, en matière de soins personnels, de prendre des mesures efficaces pour et contre un tiers.

A cet égard, selon l'opinion dominante, les parents ne sont pas obligés de recourir d'abord au droit civil (Palandt-Götz, § 1666 marginal n° 41). Par conséquent, ils ne sont pas non plus obligés de recourir d'abord au droit administratif contre l'ordonnance sur laquelle il est fondé et, le cas échéant,

d'engager une procédure de révision d'une loi. Cela découle déjà du fait que la procédure administrative poursuit un autre objectif de protection juridique que la condamnation demandée ici à l'encontre de la direction de l'école et des enseignants de l'enfant.

Ces litiges ne peuvent pas faire l'objet d'une procédure administrative, car en tant qu'affaires familiales, ils sont expressément attribués par la loi fédérale à une autre juridiction, à savoir le tribunal des affaires familiales, conformément à l'article 23a.1 de la loi générale sur le tribunal administratif (article 40.1 du code de procédure administrative).

Comme il ressort des § 1837.3, 4 du Code civil, l'instruction peut également être donnée à une autorité, de sorte qu'il est indifférent pour l'examen de la compétence que la direction de l'école et la direction de la classe soient les destinataires de l'instruction en tant que personnes physiques ou dans leur fonction. Le destinataire de l'instruction peut également être, par exemple, un hôpital psychiatrique (en règle générale une personne morale de droit public) (Palandt-Götz § 1666 marginal n° 41).

## **II. Mise en danger du bien-être de l'enfant**

Sur proposition des parents, conformément à l'article 24 de la loi sur les procédures familiales, le tribunal doit donc examiner d'office, conformément à l'article 26 de la loi sur les procédures familiales, s'il existe un risque pour le bien-être de l'enfant concerné.

Un danger pour l'enfant doit être affirmé s'il existe un danger actuel pour le bien-être mental, physique ou psychique de l'enfant à tel point que, en cas de développement ultérieur sans intervention, un préjudice considérable peut être prévu avec un degré élevé de certitude. (Palandt-Götz, § 1666 marginal n° 8).

### **1. possibilité abstraite de mettre en danger le bien-être des enfants en portant des masques :**

Le tribunal a obtenu une expertise sur la question de savoir quels dommages de nature physique, psychologique et éducative pouvaient être causés par le port de masques, notamment aux enfants.

Christof Kuhbandner, Institut de psychologie expérimentale, Chaire de psychologie VI, Université de Regensburg, 93040 Regensburg, a été nommé expert et chargé de fournir l'avis d'expert.

Il est vrai qu'une procédure formelle d'obtention de preuves n'est pas envisagée dans le cadre d'une procédure d'interdiction temporaire et qu'elle prend généralement trop de temps, la consultation d'experts étant généralement associée à un retard qui ne peut être justifié dans le cadre d'une procédure d'interdiction temporaire. En l'espèce, le tribunal a toutefois pu recourir à l'expert Kuhbandner qui, comme le sait le tribunal, avait déjà préparé une expertise correspondante pour le tribunal d'instance de Weimar dans l'affaire n° 9 F 147/21 et qui a envoyé au tribunal une version préliminaire de son expertise par courriel. La clarification des faits et la détermination des bases factuelles pertinentes pour la décision sont également requises dans la procédure d'injonction temporaire, dans la mesure où cela est possible pour le tribunal dans le cadre du contrôle sommaire dans un délai raisonnable. Les conclusions de l'expertise seront, en outre, toujours utilisées pour la procédure principale à engager et les parties seront entendues sur cette expertise conformément à l'article 30 de la loi sur les procédures familiales.

L'obtention de l'expertise était objectivement nécessaire à la clarification des faits pour les raisons suivantes :

Selon certains avis, le port de masques est fondamentalement inoffensif pour les enfants. Si cela était vrai, l'examen de l'existence d'un risque pour le bien-être de l'enfant aurait déjà pris fin à ce stade. Toutefois, la Cour ne dispose pas de l'expertise nécessaire pour évaluer cette question.

L'expert Kuhbander déclare à ce propos (p. 29 de l'avis d'expert) :

Un premier argument, que l'on entend souvent, est la comparaison avec les chirurgiens, qui portent eux aussi des masques pendant des heures durant les opérations, sans que les déficiences présumées ne se manifestent .....

Un autre argument (... ) est avancé par l'orateur de l'association professionnelle des médecins pour enfants et adolescents (BVKJ), le Dr Jakob Mask. Il a fait la déclaration suivante à la Deutsche Presse-Agentur (citée par Die Welt [86]) :

Même les petits enfants peuvent porter un masque. Ce n'est pas un problème du tout", explique l'expert. Selon l'expert médical, si un enfant n'inspirait pas assez d'oxygène ou trop de CO<sub>2</sub>, il serait fatigué et se sentirait léthargique. Dans ce cas, l'enfant enlèverait le masque tout seul.

En fait, contrairement à ces affirmations, le tribunal arrive à la conclusion, sur la base de l'avis d'expert, que les masques faciaux pour enfants peuvent présenter un risque important pour leur bien-être mental et physique :

**a) la possibilité d'un préjudice physique lié au port du masque :**

L'expert déclare de manière compréhensible et convaincante ce qui suit à la cour (page 18 du rapport d'expertise) :

"Les résultats du premier registre au monde dans lequel - à l'instar de la collecte des effets secondaires des médicaments par l'Institut Paul Ehrlich - les parents, les médecins, les éducateurs et d'autres personnes peuvent consigner leurs observations sur les effets secondaires du port d'un masque chez les enfants et les adolescents constituent une preuve claire et impressionnante de la portée et de l'ampleur numérique des effets secondaires du port d'un masque chez les enfants. D'une part, divers symptômes possibles sont interrogés au moyen d'une liste de contrôle (voir le tableau suivant tiré de l'article), d'autre part, d'autres symptômes peuvent être indiqués dans un champ de texte libre.

Les premiers résultats ont été récemment publiés dans la revue Monatsschrift Kinderheilkunde [60]. Moins d'une semaine après le début du registre, 20 353 personnes avaient déjà fait des entrées ; le groupe de parents a, à lui seul, saisi des données sur 25 930 enfants. L'article rapporte les résultats des entrées des parents. Le temps moyen passé à porter le masque était de 270 minutes par jour. Dans l'ensemble, 68 % des participants ont déclaré que les enfants se plaignaient d'être gênés par le port du masque. Par exemple, 13 811 des enfants ont souffert de maux de tête, 12 824 de difficultés de concentration, 9 460 de somnolence, 7 700 d'essoufflement, 6 848 de vertiges, 5 365 d'évanouissements et 4 292 de nausées".

Si l'expert note que les entrées des parents n'ont pas toutes pu être contre-validées par des médecins, les auteurs de l'étude affirment néanmoins que les entrées fournissent une image globale équilibrée avec un spectre plausible de symptômes et une gamme bien comprise de déficiences qui peuvent être observées chez les enfants en lien avec le masque. (p. 21 du rapport d'expertise).

Les plaintes décrites seraient également confirmées par des études complémentaires sur d'autres groupes de personnes qui doivent également porter des masques. Des études menées sur des adultes ont montré que le port de masques pouvait avoir des effets sur le plan physiologique.

L'expert déclare à cet égard (p. 22/23 du rapport d'expertise) :

"Des études sur des adultes montrent que le port de masques peut avoir des effets au niveau physiologique, notamment en cas d'effort physique. Après seulement quelques minutes, certaines études montrent une concentration de CO<sub>2</sub> légèrement plus élevée dans le sang, une accélération du rythme cardiaque et de la respiration [62,63]. Le port de masques chirurgicaux pendant des heures entraîne également une diminution de la saturation en oxygène du sang. D'une part, il est important de noter qu'il existe également des études dans lesquelles de tels effets ne sont pas observés. D'autre part, il est important de noter que les valeurs lors du port du masque par rapport aux valeurs moyennes des sujets étudiés sont dans un ordre de grandeur qui n'atteint pas la pertinence clinique selon les directives actuelles.

Il convient toutefois de noter que des effets secondaires plus extrêmes, tels que la panique, les crises d'épilepsie et les troubles de la conscience, peuvent toujours se produire en cas de conditions préexistantes non diagnostiquées. À cet égard, il convient de noter une importante question méthodologique lors de l'interprétation des études sur les éventuels effets secondaires des masques : La simple observation qu'il n'y a pas de différence statistiquement significative dans les valeurs physiologiques moyennes entre les conditions masquées et non masquées ne peut être utilisée pour déduire l'inexistence d'effets secondaires. (...).

En ce qui concerne les dommages physiologiques potentiels du port de masque chez les enfants, un problème fondamental est que peu d'études ont été menées sur les effets chez les enfants. Ceci est particulièrement problématique car les effets décrits pourraient être plus prononcés chez les enfants car la consommation d'oxygène est plus élevée chez les enfants et la réserve respiratoire est plus faible, le pourcentage du volume de l'espace mort du masque dans le volume respiratoire total est plus important chez les enfants et la résistance à l'écoulement du masque peut avoir un effet plus important en raison de la musculature respiratoire plus faible.

(...) Au cours d'une recherche documentaire approfondie, une seule étude a été découverte, dans laquelle les conséquences physiologiques du port de masques N95 pendant cinq minutes ont été étudiées chez des enfants de 7 à 14 ans, une fois pendant la lecture et une fois pendant un exercice physique léger [69]. Il a été constaté que les concentrations de CO<sub>2</sub> (dioxyde de carbone en fin d'expiration et dioxyde de carbone fractionné inspiré) augmentaient jusqu'à 34 % (exercice physique léger) lorsque le masque était porté dans les deux cas, bien que les valeurs n'aient pas encore atteint la pertinence clinique.

Le problème, cependant, c'est qu'à la suite de l'obligation de porter un masque en classe, les enfants ne le portent pas seulement pendant cinq minutes, mais jusqu'à dix heures par jour, cinq jours par

semaine. Il n'existe pas d'études sur des durées de port aussi longues. Cela est particulièrement problématique car, du point de vue de l'éthique médicale, lorsque l'État prescrit des mesures obligatoires pour des millions d'enfants, il est en fait impératif que les risques éventuels soient examinés et écartés sur la base de preuves avant que la mesure ne soit prescrite, ou que le risque soit au moins quantifié."

L'expert ajoute que les masques peuvent provoquer un état connu sous le nom de "bouche masquée", qui est associé à des conditions telles que la carie dentaire, la mauvaise haleine et la gingivite. Chez les jeunes enfants, il peut également entraîner une déformation du pavillon de l'oreille. Des virus, des bactéries et des champignons pourraient s'accumuler sur le masque, qui serait inhalé encore et encore et pourrait provoquer des maladies. En outre, la présence de substances toxiques dans les masques peut entraîner des risques pour la santé des enfants.

La Cour est donc convaincue que le bien-être physique des enfants peut être mis en danger par le port prolongé des masques, comme c'est le cas lors des cours scolaires.

Il suit ensuite les arguments convaincants de l'expert, qui explique aux hypothèses émises au départ que le port des masques ne présenterait aucun danger pour les enfants :

" (...) Le port de masques dans la salle de classe n'est pas comparable au port de masques dans les salles d'opération. Les salles d'opération sont équipées de systèmes de ventilation à haute puissance qui maintiennent une pression positive et augmentent la teneur en oxygène de l'air de la salle. En outre, les masques y sont changés immédiatement s'ils sont trempés, ce qui n'est pas possible dans la salle de classe en raison du nombre limité de masques par enfant. En outre, les médecins de salle d'opération sont hautement formés à l'utilisation hygiénique et raisonnable du masque, de sorte que les infections dues à l'accumulation de germes sur le masque via les mains sont réduites au minimum, ce qui est impossible avec les enfants de l'école élémentaire en raison de leur niveau de maturité psychologique de développement."

Au sujet des enfants qui enlèvent le masque d'eux-mêmes lorsqu'ils sont fatigués et se sentent épuisés, il explique :

"Étant donné qu'il n'existe aucune étude empirique à ce sujet, cette déclaration n'est qu'une simple hypothèse. Cependant, lorsque des règles strictes sont imposées par les autorités sociales et qu'il y a une pression sociale dans la classe, il ne faut pas s'attendre, d'un point de vue psychologique, à ce que les petits enfants en particulier retirent leur masque de leur propre chef dans un tel cas."

La Cour est d'accord avec cet argument convaincant.

### **b) Mise en danger du bien-être psychologique des enfants**

Selon les explications convaincantes de l'expert Kuhbandner, il faut s'attendre à des troubles psychologiques profonds chez les enfants ou à des effets négatifs importants sur leur développement et leur maturation en raison de l'obligation de porter un couvre-bouche à l'école.

L'expert cite une récente étude du neuroscientifique Manfred Spitzer sur les effets secondaires du port de masque sur l'expérience émotionnelle et la communication sociale, qui conclut que le port de masque entraîne une restriction de la communication non verbale, une distorsion négative de

l'expérience émotionnelle et une altération du développement des expériences émotionnelles et une altération de l'empathie (p. 24 du rapport d'expertise) :

### **Restriction de la communication non verbale**

Le port de masques restreint considérablement la communication non verbale, qui est l'un des canaux les plus importants pour le développement d'une relation sociale durable, en particulier pour les jeunes enfants. En outre, l'expression faciale est l'un des signaux centraux par lesquels nous communiquons notre propre état émotionnel et déduisons l'état émotionnel de l'autre personne, ce qui constitue l'un des éléments fondamentaux du développement de compétences émotionnelles et sociales élevées. Les enfants, en particulier, doivent encore apprendre à interpréter de manière fiable ces signaux dans les visages des autres.

### **Déformation négative de l'expérience émotionnelle**

À cela s'ajoute un autre effet négatif : selon des études, la peur et la tristesse se lisent plus volontiers dans les yeux et la joie dans la bouche. En outre, sans le signal de la région buccale, les expressions faciales émotionnelles sont mal interprétées. Une expression faciale qui est en réalité heureuse est souvent interprétée à tort comme une expression faciale sceptique, et une expression faciale surprise est souvent interprétée à tort comme de la colère ou de la tristesse. Ainsi, le port de masques pourrait amener une personne à percevoir moins d'émotions positives et plus d'émotions négatives dans le visage des autres.

### **Altération de l'empathie**

De plus, l'empathie - le fait de ressentir l'état émotionnel des autres - est altérée par le port de masques. Comme le montrent les études, lorsqu'on communique entre nous, on adopte inconsciemment l'expression du visage de son interlocuteur et on ressent ainsi son état intérieur, ce que le port d'un masque empêche."

L'expert voit d'autres dangers dans l'effet négatif sur la transmission de la parole, car les hautes fréquences sont étouffées et le signal visuel des lèvres est complètement obstrué, ce qui a un effet particulièrement néfaste sur l'apprentissage d'une nouvelle langue.

### **L'expert voit un autre danger, que le tribunal peut facilement comprendre, dans le déclenchement et l'entretien de peurs inadaptées au développement (p. 27 du rapport d'expertise) :**

"En ce qui concerne les mesures contre le Corona dans les écoles primaires, il y a le problème supplémentaire que des mesures telles que le port de masques ou la distance permanente transmettent aux enfants qu'un grand danger émane des autres pour eux-mêmes ainsi que d'eux-mêmes pour les autres. Cela peut s'accompagner de peurs et de sentiments de culpabilité, que l'enfant est incapable de gérer en raison de son immaturité développementale. Si tel est le cas, des troubles de l'anxiété se développent et nuisent au développement de l'enfant.

L'anxiété prolongée a un effet problématique sur différents niveaux de la psyché. Par exemple, les pensées commencent à tourner autour de l'événement effrayant, de sorte que l'enfant ne peut plus se concentrer sur d'autres choses.

d'autres choses. Au niveau de la motivation, le système comportemental lié à l'évitement est activé de manière chronique, ce qui fait que l'enfant ne cherche plus à atteindre ce qu'il aimerait réaliser, mais qu'il voit de plus en plus le monde à travers le prisme d'événements potentiellement menaçants qu'il aimerait éviter. La conséquence est que l'enfant s'arrête de plus en plus dans son développement et se replie de plus en plus sur lui-même. Dans les cas extrêmes, cela peut aller si loin qu'une dépression se développe. Il peut en résulter des "cicatrices biologiques" au niveau du développement du cerveau, qui peuvent se traduire par une vulnérabilité accrue tout au long de la vie aux situations de stress physique et psychosocial [80].

En outre, il y a un autre point important : les craintes que peuvent susciter les mesures corona dans les écoles ne concernent pas un aspect qui a peu de signification pour nous, les humains. Dans le cas de la peur des serpents, par exemple, il est vrai qu'elle ne doit pas nécessairement être gravement débilitante, car les serpents ne font pas partie de nos vies humaines. Les craintes qui peuvent être déclenchées par les mesures Corona dans les écoles, en revanche, concernent l'un des aspects les plus centraux de la vie humaine : le contact avec d'autres personnes. Les humains sont des êtres véritablement sociaux, le besoin de proximité et de bonnes relations sociales est un besoin humain fondamental, tout comme manger, boire ou dormir [81].

Les mesures prises dans les écoles, telles que le port de masques et le maintien d'une certaine distance, violent donc les besoins sociaux fondamentaux des enfants. Si à cela s'ajoute le fait que les enfants développent une peur de l'autre, on risque d'acquérir des troubles psychologiques dans la sphère sociale et d'altérer durablement la santé sociale des enfants - et donc leur développement psychologique dans son ensemble."

## **2 Mise en danger du bien-être de l'enfant dans le cas spécifique**

Comme l'a montré l'audition personnelle de l'enfant le 09.04.2021, le danger existant pour sa santé par le port du masque a déjà été vérifié.

L'enfant a déclaré lors de l'audition personnelle qu'il souffrait de maux de tête et de nausées lorsqu'il devait porter le masque pendant une période prolongée. Il y avait eu plusieurs occasions où il s'était évanoui. Jusqu'en octobre 2020, sa mère a dû aller le chercher à l'école jusqu'à quatre fois par semaine en raison de ces plaintes.

Depuis le mois d'octobre, il dispose d'un certificat de non-port de masque et jusqu'à peu avant Pâques, il était exempté de l'obligation de porter un masque pour couvrir sa bouche et son nez.

Cependant, le directeur et le directeur adjoint avaient alors insisté pour qu'un nouveau certificat soit délivré. La mère avait ensuite montré ce document au principal lors d'une conversation personnelle.

Cependant, il ne voulait pas le reconnaître car il ne pouvait pas en juger.

L'enfant a également déclaré qu'elle aimait beaucoup aller dans cette école et qu'elle voulait continuer à y aller. Cependant, le masque a été un énorme problème pour lui. Il ne pouvait pas se contenter de porter un masque comme un ami qui avait aussi un certificat.

Pour le bien-être physique de l'enfant concerné, l'ordre de la direction de l'école de porter un masque présente un danger tel que, en cas de développement ultérieur sans intervention, des

dommages considérables sont prévisibles avec un degré élevé de certitude, ou que ces dommages se sont déjà produits.

Les conséquences sanitaires du masque, comme les maux de tête et les nausées, qui sont allés jusqu'à faire perdre connaissance à l'enfant, les déficiences physiques sont massives et inacceptables pour l'enfant. La Cour est convaincue que ces plaintes ne doivent pas non plus être attribuées à d'autres causes, et notamment pas, comme on pourrait le supposer, au fait que les parents de l'enfant l'ont convaincu de porter plainte. Ce n'est pas sans raison que l'enfant avait un certificat médical. En outre, l'enfant a déclaré à l'audience que sa mère avait déjà été agacée par le nombre de fois où elle avait dû venir la chercher.

### **3. l'avis du tuteur ad litem :**

Le tuteur ad litem a soumis une déclaration en date du 12.04.2021. Il recommande de dispenser l'enfant de l'obligation de porter un couvre-nez sur la base du certificat présenté et des plaintes décrites de manière plausible.

### **4. Déclaration du ministère de l'éducation :**

De la part du ministère de la Culture, aucune déclaration n'a été faite sur le cas spécifique dans le délai actuel. Les résultats de l'échange de courriels entre les parents et le chargé du ministère de l'éducation pour les écoles secondaires en Haute-Bavière sont les suivants :

Qui veut prendre une telle exemption en exigence, la raison de l'exemption doit être crédible. Si cela se fait par un certificat médical, celui-ci doit contenir d'une part des faits de constatations compréhensibles et d'autre part un diagnostic. D'autre part, il devait expliquer quels inconvénients étaient à prévoir pour l'élève dans la situation concrète dans laquelle il devait être porté. Une simple énumération de symptômes n'a pas donné lieu à un diagnostic médical viable. D'autres droits fondamentaux des élèves ont également été affectés, notamment le droit à la vie et à la santé, pour lequel l'école porte une responsabilité importante.

## **III. Inconstitutionnalité de la 12e ordonnance bavaroise sur les mesures de protection contre l'infection**

Le tribunal devait lui-même se prononcer sur la constitutionnalité des normes car, selon la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle fédérale (fondamentalement BVerfGE 1, 184 (195 et s.)), l'obligation de renvoi en vertu de l'article 100.1 de la Loi fondamentale ne s'applique qu'aux lois formelles de la Fédération et des Länder, mais pas aux lois purement matérielles telles que les ordonnances statutaires. Chaque tribunal doit décider lui-même de leur compatibilité avec la constitution.

La 12e ordonnance bavaroise sur les mesures de protection contre les infections dans la version du 05.03.2021, valable jusqu'au 18.04.2021, se lit comme suit dans les passages décisifs :

### **§ 1**

Exigence de distance, couverture de la bouche et du nez



(1) 1Chacun est invité à réduire au strict minimum les contacts physiques avec d'autres personnes et à maintenir un cercle de personnes aussi constant que possible. 2Dans la mesure du possible, une distance minimale de 1,5 m doit être maintenue entre deux personnes. 3Lorsqu'il n'est pas possible de respecter la distance minimale dans les espaces publics, le port d'une couverture bucco-nasale est obligatoire. 4Dans les locaux fermés, une ventilation suffisante doit être assurée à tout moment.

(2) 1Dans la mesure où la présente ordonnance prévoit l'obligation de porter une protection bucco-nasale (obligation de port d'un masque) ou de porter un masque médical, les dispositions suivantes s'appliquent :

1.

Les enfants sont exemptés de l'obligation de le porter jusqu'à leur sixième anniversaire ;

2.

2) Les personnes qui peuvent démontrer de manière crédible que le port d'un masque bucco-nasal n'est pas possible ou déraisonnable pour elles en raison d'un handicap ou pour des raisons de santé sont exemptées de l'obligation de porter le masque ; dans le cas de raisons de santé, la démonstration crédible est faite notamment au moyen d'un certificat médical contenant l'évaluation médicale professionnelle du tableau clinique (diagnostic), le nom latin ou la classification de la maladie selon la CIM 10 ainsi que la raison pour laquelle il en résulte une exemption de l'obligation de porter le masque ;

3.

La suppression de la couverture bouche à nez est autorisée si elle est nécessaire à des fins d'identification ou de communication avec des personnes souffrant d'un handicap auditif ou pour d'autres raisons impérieuses.

2 Dans la mesure où la présente ordonnance prévoit l'obligation de porter un masque FFP2 ou un masque de type normalisé au moins équivalent (obligation de porter un masque FFP2), la première phrase s'applique par analogie, étant entendu que les enfants âgés de 6 à 15 ans ne doivent porter qu'un masque bouche-nez.

§ 18

Écoles

(1) 1Les cours et autres manifestations scolaires au sens de la loi bavaroise sur l'éducation et l'enseignement (BayEUG) ainsi que les soins de midi dans les écoles sont autorisés conformément aux phrases suivantes, s'il est garanti par des mesures appropriées que la protection contre les infections est prise en compte. 2Les écoles et les prestataires de services de garde de midi élaborent un concept de protection et d'hygiène pour toutes les activités dans l'enceinte de l'école et dans les services de garde de midi sur la base d'un plan d'hygiène (plan-cadre d'hygiène) mis à leur disposition par les ministères d'État de l'éducation et de la culture et de la santé et des soins et le soumettent sur demande à l'autorité administrative de district compétente. 3 Les dispositions suivantes s'appliquent :

1.

dans les comtés et les villes où l'incidence de 100 sur 7 jours est dépassée, les dispositions suivantes sont prises dans les conditions prévues au paragraphe 4

a)

dans la 4e année de l'école primaire, la 11e année du lycée et de l'école secondaire technique ainsi que dans les classes terminales, l'enseignement en classe, à condition que la distance minimale de 1,5 m puisse être maintenue de manière continue et fiable, ou l'enseignement alterné, et

b)

l'enseignement à distance dans tous les autres types d'écoles et de classes ;

2.

dans les districts et les villes indépendantes dans lesquels l'incidence sur 7 jours est comprise entre 50 et 100, l'enseignement se fait en face à face, à condition que la distance minimale de 1,5 m puisse être maintenue de manière continue et fiable, ou l'enseignement alterné ;

3.

dans les comtés et les villes indépendantes dans lesquels l'incidence sur 7 jours ne dépasse pas 50, les dispositions suivantes sont prises

a)

dans les classes du niveau primaire, il y a un enseignement en face à face, et

b)

dans tous les autres types d'écoles et de classes, l'enseignement en face à face, dans la mesure où la distance minimale de 1,5 m peut être maintenue de manière continue et fiable, ou l'enseignement en alternance.

4Départant du § 3, l'autorité administrative de district compétente détermine par annonce officielle le vendredi de chaque semaine la classification d'incidence pertinente pour le district ou la ville indépendante concernée, conformément à l'état actuel de la publication de l'Institut Robert Koch.

5Le règlement applicable à la zone d'incidence s'applique alors à la circonscription administrative concernée ou à la ville sans circonscription administrative pour la durée de la semaine civile suivante, du lundi à la fin du dimanche suivant. 6Les règlements sur les soins d'urgence sont publiés par le ministère d'État compétent.

(2) 1Le port du masque est obligatoire dans les locaux scolaires, dans la surveillance du midi et dans tous les services de soins d'urgence ; les enseignants sont également tenus de porter un masque médical dans le cadre de la réglementation sur la santé et la sécurité au travail. 2Nonobstant le § 1, sont exemptés de l'obligation de porter un masque :

1.

Les élèves après accord du personnel d'encadrement pour des raisons pédagogiques-didactiques ou d'organisation scolaire impérieuses,

2.

Le personnel administratif de l'école après avoir atteint le lieu de travail respectif, sauf si d'autres personnes sont présentes,

3.

Les élèves peuvent bénéficier d'une aération efficace de la salle de classe ou de la salle commune ainsi que d'une brève aération à l'extérieur, pour autant qu'une distance minimale suffisante soit respectée de manière fiable.

3 Les responsables légaux respectifs doivent veiller à ce que les élèves respectent l'obligation de masquage.

(3) Les paragraphes (1) à (2) s'appliquent également à l'enseignement et à l'étude à l'Institut d'Etat pour la formation des enseignants de matières et à l'Institut d'Etat pour la formation des enseignants de soutien.

(4) 1 Seuls les élèves qui disposent d'un résultat négatif écrit ou électronique d'un test PCR ou POC antigène concernant une infection par le coronavirus SARS-CoV-2 au début de la journée scolaire et qui le présentent à la demande de l'enseignant ou qui ont effectué un autotest avec un résultat négatif dans l'école sous surveillance peuvent participer à l'enseignement présentiel et aux phases présentielles de l'enseignement alterné conformément au paragraphe 1, phrase 3, n° 1. 2 Le test sur lequel se base le résultat du test ou l'auto-test réalisé à l'école doit avoir été réalisé au maximum 48 heures avant le début de la journée scolaire concernée. 3 Lorsque les tests sont passés à l'école, l'école traite le résultat du test uniquement dans le but propre de l'école de maintenir l'enseignement en classe ; il n'est pas transmis à des tiers. 4 Le résultat de l'essai est conservé pendant un maximum de 14 jours.

L'article 2 de la loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne est ainsi libellé :

(1) Toute personne a droit au libre développement de sa personnalité, dans la mesure où elle ne porte pas atteinte aux droits d'autrui et ne viole pas l'ordre constitutionnel ou la loi morale.

(2) 1 Tout le monde a droit à la vie et à l'intégrité physique. 2 La liberté de la personne est inviolable. 3 Il ne peut être porté atteinte à ces droits que sur la base d'une loi.

L'article 6 se lit comme suit :

(1) Le mariage et la famille sont placés sous la protection spéciale de l'ordre public.

(2) 1 Les soins et l'éducation des enfants sont le droit naturel des parents et leur premier devoir. 2 La communauté étatique supervise leurs activités.

(3) Les enfants ne peuvent être séparés de la famille contre la volonté des tuteurs légaux que sur la base d'une loi, si les tuteurs légaux font défaut ou si les enfants menacent d'être négligés pour d'autres raisons.

(4) Toute mère a droit à la protection et aux soins de la communauté.

(5) Les enfants nés hors mariage bénéficient, en vertu de la loi, des mêmes conditions de développement physique et mental et de position dans la société que celles prévues pour les enfants légitimes.

L'art. 6 est complété par le passage suivant :

Les droits constitutionnels des enfants, y compris leur droit de devenir des personnalités indépendantes, sont respectés et protégés. L'intérêt supérieur de l'enfant doit être dûment pris en considération. Le droit constitutionnel des enfants à un procès doit être sauvegardé. La responsabilité première des parents reste inchangée.

§ L'article 18.2 de l'ordonnance bavaroise sur les mesures de protection contre les infections est en tout cas matériellement inconstitutionnel car il interfère de manière disproportionnée avec le droit des enfants au libre développement de leur personnalité et avec leur droit à l'intégrité physique, sans prendre dûment en considération leur bien-être et sans respecter et protéger leur droit à se développer en une personnalité indépendante.

Ladite ordonnance est fondée sur les §§ 28, 28a IfSG. Le législateur a conçu le § 28.1 phrase 1 IfSG comme une clause générale. En outre, au § 28a al. 1 IfSG - dans le cadre de son application lors d'une situation de pandémie actuelle - elle a désormais précisé certaines mesures de protection standard, dont au n° 2 l'obligation de porter un couvre-bouche/nez.

Dans le cadre de l'examen sommaire de la procédure d'injonction temporaire, la question de savoir si l'article 32, paragraphe 1, en liaison avec l'article 28, paragraphe 1, paragraphe 1, IfG, est applicable peut et doit rester ouverte. § 28 alinéa 1 phrase 1 Si laSG satisfait à l'exigence de certitude de l'article 80 alinéa 1 phrase 2 de la Constitution allemande, cela a été affirmé par le tribunal administratif de Bavière, décision du 30 mars 2020 - 20 NE 20.632 -, marginal n° 45, juris.

De l'avis de la Cour, il est toutefois douteux que l'exigence factuelle de l'article 28 (1) phrase 1 IfSG n.F. - c'est-à-dire l'identification des personnes malades, des personnes soupçonnées d'être malades, des personnes soupçonnées d'être infectées ou des excréteurs - soit remplie. De l'avis du tribunal administratif bavarois, c'est actuellement le cas dans toute l'Allemagne et donc aussi dans l'État libre de Bavière selon l'évaluation de l'Institut Robert Koch du 26 mars 2020 (cf. [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Risikobewertung.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html)), qui a été désigné à cette fin en premier lieu par le législateur en vertu de l'article 4, paragraphe 1, phrase 1 et paragraphe 2, n° 1 IfSG. (Bay VGH loc. cit.).

Selon Wikipédia, l'Institut allemand Robert Koch est une autorité fédérale supérieure indépendante au sens de l'article 87 (3) phrase 1 de la Loi fondamentale allemande (§ 2 BGA-Nachfolgegesetz) et est donc lié par des instructions au gouvernement fédéral ou au ministre fédéral de la santé. Il s'agit de l'organisation qui a succédé à l'Agence fédérale de la santé, dissoute en 1994 en raison d'infections causées par des produits sanguins contaminés par le VIH et de l'absence de mise en garde contre des produits de conservation du bois contaminés. Dans ce qui suit, il sera désigné par le terme RKI. L'Institut n'étant pas indépendant, les juridictions ne peuvent se fonder uniquement sur son appréciation dans le cadre de la clarification requise des faits.

Selon les annonces officielles de l'OMS, le test PCR, sur lequel sont essentiellement basés les chiffres d'incidence, n'est pas un moyen approprié pour déterminer une maladie ou une suspicion d'infection :

L'OMS écrit à ce sujet dans une «notice for IDV Users »:

L'OMS rappelle aux utilisateurs de IDV que la prévalence de la maladie modifie la valeur prédictive des résultats des tests ; plus la prévalence de la maladie diminue, plus le risque de faux positif augmente (2). Cela signifie que la probabilité qu'une personne ayant un résultat positif (SARS-CoV-2 détecté) soit réellement infectée par le SARS-CoV-2 diminue à mesure que la prévalence diminue, quelle que soit la spécificité revendiquée.

La plupart des tests PCR sont indiqués comme une aide au diagnostic, par conséquent, les prestataires de soins de santé doivent considérer tout résultat en combinaison avec le moment du prélèvement, le type d'échantillon, les spécificités du test, les observations cliniques, les antécédents du patient, le statut confirmé de tout contact et les informations épidémiologiques. (<https://www.who.int/news/item/20-01-2021-who-information-notice-for-ivd-users-2020-05>).

Cela signifie que le nombre de résultats faussement positifs augmente de manière inversement proportionnelle aux symptômes des personnes testées. Moins les personnes présentent de symptômes cliniques, plus la probabilité que les tests produisent un résultat faussement positif est grande.

En l'occurrence, le tribunal ne présume pas avoir plus d'expertise qu'il n'en a le droit, mais a tenté d'obtenir l'expertise nécessaire au moyen des sources disponibles, ce qui, en principe, serait également la tâche du législateur. En définitive, cette question peut toutefois être laissée ouverte, car même si l'on considère que le champ d'application du règlement est ouvert, l'article 14, paragraphe 2, de l'ordonnance bavaroise sur les mesures de protection contre les infections ne résiste pas au test de proportionnalité en tout état de cause.

Si le champ d'application de la réglementation est considéré comme ouvert et que le législateur est autorisé ou même obligé d'agir sur la base de l'IfSG, le législateur dispose d'un pouvoir discrétionnaire quant au choix des mesures de protection à appliquer.

Le pouvoir discrétionnaire est limité par le fait que les mesures de protection doivent être "nécessaires", à savoir des mesures "dans la mesure où" elles sont "requis" pour empêcher la propagation (ultérieure) de la maladie. En outre, la loi insiste sur l'aspect temporel : les mesures ne peuvent être prises que "tant qu'elles sont nécessaires". Globalement, le pouvoir d'appréciation est donc limité par le principe de proportionnalité (cf. BVerwG, arrêt du 22 mars 2012 - 3 C 16.11 - juris marginal n° 24 en référence aux matériaux législatifs : Bundestag-Drs. 8/2468, p. 27). (Haute Cour administrative de Thuringe, décision du 02 février 2021 - 3 EN 21/21 -, marginal n° 31 - 32, juris).

Les juridictions administratives ont constamment considéré que le législateur doit bénéficier d'une marge d'appréciation quant aux moyens à choisir/sélectionner, à moins que d'autres mesures ne s'avèrent tout aussi appropriées et moins contraignantes (Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, décision du 30 mars 2020 - 20 NE 20.632 -, juris, Thüringer Oberverwaltungsgericht, décision du 02 février 2021 - 3 EN 21/21 -, juris).

Toutefois, cette prérogative d'appréciation ne va pas jusqu'à autoriser le législateur à prendre des mesures inadaptées par rapport à l'objectif poursuivi.

### **1) Les masques ne sont pas adaptés pour réduire le risque d'infection.**

Rendre obligatoire le port du masque dans les enceintes scolaires, dans les cantines et dans tous les services de soins d'urgence en application de l'article 18, paragraphe 2, de l'ordonnance n'est déjà pas un moyen approprié pour atteindre le but poursuivi.

Le tribunal a obtenu le témoignage d'experts sur les questions probatoires suivantes :

- Le port de masques de différents types peut-il réduire (sensiblement) le risque d'infection par le coronavirus SRAS-CoV-2 ? Il convient de faire une distinction entre les enfants en particulier et les adultes en général, ainsi qu'entre les personnes asymptomatiques, pré-symptomatiques et symptomatiques.

- Y a-t-il un risque d'infection qui pourrait être réduit par le port de masques (ou d'autres mesures) ?

Ines Kappstein, spécialiste en microbiologie, virologie et épidémiologie des infections, spécialiste en hygiène et médecine environnementale, a été nommée experte et chargée de l'évaluation.

En outre, elle a confié au professeur Kuhbandner, déjà mentionné ci-dessus, les questions de preuve suivantes :

- Les enfants peuvent-ils même offrir une "fonction protectrice" contre la propagation du coronavirus SARS-CoV-2 en ce sens qu'ils ralentissent plutôt la propagation du virus et protègent plutôt contre les maladies graves de type covid-19 ?

- Quel est le niveau méthodologique et, le cas échéant, quelles sont les lacunes méthodologiques des études existantes sur l'incidence de l'infection dans les écoles et sur l'efficacité des mesures telles que le port de masques et le maintien d'une distance dans les écoles ?

Comme il a déjà été dit, il s'agit de questions auxquelles le tribunal ne peut répondre sur la base de sa propre expertise, mais qui sont pertinentes pour la décision à prendre. Le tribunal est donc tenu, dans le cadre de la clarification requise des faits, d'obtenir l'expertise nécessaire dans la mesure du possible. Il ne s'agit pas, comme le pensait le BayVGH à propos d'un jugement d'amende ne relevant pas du tout de sa compétence, d'une présomption (voir le communiqué de presse correspondant du service de presse du BayVGH sur le jugement de l'AG Weimar du 11.01.2021), mais du devoir résultant du § 26 FamFG.

L'expert Mme Kappstein, dont la Cour ne doute pas de l'aptitude et de la qualification, arrive à la conclusion suivante à l'issue de son expertise de 69 pages :

Il n'existe aucune preuve que les masques faciaux, quels qu'ils soient, puissent réduire le risque d'infection par le SRAS-CoV-2, ni même de façon appréciable. Cette déclaration s'applique aux personnes de tous âges, y compris les enfants et les adolescents, ainsi qu'aux personnes asymptomatiques, pré-symptomatiques et symptomatiques.

Au contraire, il est plus probable que le contact encore plus fréquent entre les mains et le visage lors du port du masque augmente le risque d'entrer soi-même en contact avec l'agent pathogène ou

d'amener d'autres personnes à entrer en contact avec lui. Il n'existe aucun risque d'infection pour la population normale, que ce soit dans le secteur public ou privé, qui pourrait être réduit par le port de masques (ou d'autres mesures).

**a) Aucune preuve scientifique de l'efficacité des masques contre la propagation du virus SarsCov2.**

Pour répondre aux questions sur les preuves, l'expert a examiné la littérature citée pour l'efficacité des masques sur le public et les recherches publiées qui vont à l'encontre de cette efficacité. (Section A du rapport d'expertise).

Elle examine tout d'abord la réévaluation de l'Institut Robert Koch en ce qui concerne la protection externe fournie par les masques selon son évaluation (p. 3 et suivantes de l'expertise).

Selon cette réévaluation, le RKI recommande le port du masque en public (... comme élément supplémentaire pour protéger les groupes à risque...) afin que le porteur du masque, qui peut être déjà infecté sans être remarqué et qui excrète déjà l'agent pathogène dans les sécrétions respiratoires, ne puisse pas libérer ses gouttelettes respiratoires sans entrave, par exemple lorsqu'il parle. Les gouttelettes doivent être retenues dans une large mesure par le masque, empêchant ainsi d'autres personnes d'entrer en contact avec l'agent pathogène.

L'expert indique de manière compréhensible et convaincante au tribunal qu'il manque une base scientifiquement prouvée pour la réévaluation du RKI, car la transmission inaperçue n'est précisément pas prouvée par des données scientifiques (page 9 et suivantes de l'expertise) :

" Fin novembre 2020, une étude chinoise a été publiée, rapportant les résultats d'un programme de dépistage par PCR dans l'ensemble de la ville de Wuhan entre le 14 mai et le 1er juin 2020. Près de 10 millions ( ! ) de personnes ont été dépistées. Aucun nouveau cas symptomatique n'a été découvert, mais 300 personnes asymptomatiques ont été trouvées. Aucun cas positif n'a été trouvé parmi les contacts proches de ces personnes asymptomatiques (N = 1 174). Il n'y avait donc aucune preuve de transmission asymptomatique, bien que seuls les contacts proches aient été étudiés dans chaque cas.

Une revue systématique avec méta-analyse sur la transmission de Corona dans les foyers est parue en décembre 2020 et, comme prévu, a trouvé un taux de transmission plus élevé à partir de cas index symptomatiques (18,0%) qu'à partir de cas asymptomatiques, où le taux de transmission était aussi bas que 0,7% [22]. Ce résultat est particulièrement intéressant car il existe un consensus (bien que pour des raisons différentes) sur le fait que le risque de transmission d'agents pathogènes respiratoires est particulièrement élevé à l'intérieur et négligeable à l'extérieur des bâtiments, c'est-à-dire dans l'air "frais", mais que le taux de transmission asymptomatique dans les ménages était néanmoins extrêmement faible, bien que ces derniers vivent ensemble dans des espaces relativement confinés et aient de nombreux contacts directs (y compris via la peau et les muqueuses) et indirects et qu'ils n'échappent donc guère au contact avec les agents pathogènes en tant que tels si un membre du ménage est infecté. Si la transmission d'agents pathogènes à partir de personnes asymptomatiques devait jouer un rôle, il faudrait qu'elle se manifeste lors de contacts étroits, c'est-à-dire de contacts étroits avec la peau et les muqueuses dans les ménages (= à l'intérieur). La faiblesse du risque de transmission d'agents pathogènes à partir de personnes asymptomatiques lors de contacts fugaces dans des espaces publics n'a jamais été étudiée.

En revanche, selon les experts, une autre étude datant de janvier 2021, dont les auteurs concluent qu'au moins 50 % de toutes les nouvelles infections par le SRAS-CoV-2 dues à des contacts avec des personnes asymptomatiques sont fondées sur des modélisations et des estimations mathématiques plutôt que sur des évaluations de contacts réels.

L'évaluation d'études en situation réelle a en revanche montré que les personnes asymptomatiques donnent lieu à beaucoup moins de cas secondaires que les personnes symptomatiques ou pré-symptomatiques, qui sont elles aussi rarement associées à des cas secondaires. La plupart des transmissions pouvaient être attribuées au fait que les cas secondairement affectés vivaient ensemble avec les cas index ou que les transmissions d'agents pathogènes s'étaient réduites à des activités de groupe, comme des repas partagés ou des jeux de société, toutes ces situations étant à nouveau des situations de contacts directs, de contacts indirects ou de contacts par gouttelettes.

En résumé, l'expert arrive à la conclusion suivante de manière compréhensible et convaincante pour le tribunal (page 11).

Le RKI a justifié la "réévaluation" des masques pour la population dans les espaces publics [1] par le fait qu'il y avait "de plus en plus de preuves" que l'on pouvait être infectieux avant même l'apparition des premiers symptômes, c'est-à-dire à un moment où il n'y avait pas encore de preuves que l'on était infecté. Toutefois, cela est connu depuis longtemps pour d'autres infections virales et ne signifie en aucun cas que l'agent pathogène est alors effectivement transmis, mais seulement que la transmission est possible en fonction de nombreux autres facteurs. Le RKI s'est appuyé sur des estimations mathématiques qui, à l'aide de leurs modèles, ont calculé une proportion très élevée de ces transmissions, comme preuve qu'il existe un risque élevé de transmissions dites inaperçues.

Cependant, le RKI a omis les résultats d'études de recherche de contacts publiées précédemment (c'est-à-dire avant la publication de l'article du RKI), à partir desquels des chiffres plus réalistes ont été déterminés. Cela n'est pas compatible avec les principes du travail scientifique, et le RKI ne tient donc pas compte du mandat formulé pour toutes les autorités etc. à l'article 1 (2) IfSG de travailler "conformément à l'état respectif de la science médicale et épidémiologique ...".

Le tribunal approuve les explications convaincantes des experts. Ainsi, en tout état de cause, la réévaluation du RKI ne constitue pas une base convaincante pour évaluer les masques comme un moyen approprié pour atteindre l'objectif visé par le règlement.

Dans ce qui suit (p. 11 et suivantes), l'expert examine la signification des études de masques expérimentaux. Sa conclusion est que s'il peut être établi que les masques "fonctionnent" parce que le matériau peut en principe retenir les gouttelettes et les particules, cela ne constitue pas une base pour prouver une efficacité concrète permettant d'empêcher ou du moins de réduire la transmission du nouveau coronavirus et de diminuer la "pression d'infection et donc la vitesse de propagation du COVID-19 dans la population". Le RKI conclut que le temps minimum requis pour un contact avec l'agent pathogène dans les lieux publics n'est généralement pas donné et que les masques ne sont pas portés correctement par la population. Dans une étude citée par le RKI (étude de Hong Kong) sur l'efficacité des masques, le RKI n'a pas tenu compte du fait qu'un tel effet (réduction de l'excrétion des virus respiratoires) ne pouvait être obtenu que si les masques étaient portés correctement, ce dont les personnes qui les portaient ne tenaient pas compte.



ont été correctement appliquées, ce qui a été pris en charge par les directeurs d'études pour chaque personne testée.

Cependant, personne n'était disponible pour montrer aux personnes (totalement non formées) dans le public comment les masques (devaient) être portés correctement pour qu'ils puissent être efficaces en principe.

En conclusion de l'étude de Hong Kong, elle déclare (pp. 14/15) :

Bien qu'elle soit citée comme preuve de cela dans l'article du RKI, l'étude ne fournit aucune indication que le port général de masques (qu'il s'agisse de masques chirurgicaux professionnels ou de masques dits communautaires) dans les espaces publics (par exemple les magasins, les transports publics, les écoles, les bureaux) puisse réduire le risque d'infection pour les personnes rencontrées pendant ce temps - bien que les temps de contact soient généralement beaucoup plus courts par rapport à la durée de mesure de l'étude de 30 min. Les résultats de l'étude montrent en revanche que le risque d'entrer en contact avec les virus excrétés par d'autres personnes, même si elles sont gravement infectées et présentent les symptômes cliniques correspondants, est une fois de plus beaucoup plus faible et probablement négligeable si l'on ne se fait pas directement cracher dessus, une situation que la plupart des gens n'auront pratiquement jamais vécue en public, même si c'est précisément cette situation qui est citée comme un risque et donc comme (une) justification des masques. Enfin, il est incompréhensible que le RKI, sur la base d'une étude dans laquelle un maximum de 11 personnes testées présentant des signes de coronavirus saisonniers ont été examinées et dans laquelle les directeurs d'étude ont également vérifié ou, si nécessaire, corrigé l'ajustement correct des masques, parle de masques entraînant une "réduction pertinente" de la libération du virus. Ce n'est qu'ainsi que ce résultat partiel de l'étude, qui n'était pas très significatif, a été déclaré comme justifiant le fait que les masques "fonctionnent". Il n'est toutefois pas question ici de savoir comment le RKI peut conclure, à partir d'un résultat de seulement 11 personnes testées (qui plus est avec une infection respiratoire aiguë), à un effet similaire lorsque les masques sont portés par une population de près de 80 millions de personnes (sans symptômes).

Le tribunal s'écarte de l'avis de l'expert et part du principe que la situation de se faire cracher dessus directement peut certainement se produire dans le contexte scolaire avec deux enfants assis l'un à côté de l'autre. Toutefois, ce risque de transmission pourrait être réduit beaucoup plus facilement que par des masques qui peuvent être mal portés et sont donc inutiles, si les enfants présentant des symptômes de rhume n'allaient systématiquement pas à l'école ou étaient renvoyés chez eux en conséquence en cas d'apparition soudaine de ces symptômes. En outre, les enfants, au moins à partir de l'âge de l'école primaire, sont déjà tellement sensibilisés au risque d'infection que le danger que représente le fait de tousser sur l'autre, plutôt que de tousser dans le creux du bras comme on le prétend, est tout à fait négligeable.

L'expert examine ensuite l'évaluation de l'OMS de juin 2020 et arrive à la conclusion suivante (p. 20 et suivantes) :

Bien que l'OMS déclare explicitement, dans sa dernière déclaration de décembre 2020 (comme précédemment en juin 2020), que les preuves scientifiques soutenant l'efficacité des masques dans le grand public pour prévenir les infections respiratoires (y compris celles dues au SRAS-CoV-2) sont

limitées et, de plus, contradictoires à ce stade, elle fait néanmoins une recommandation pour les masques dans certaines situations épidémiologiques pour la population normale.

La recommandation de l'OMS concernant les masques n'est donc pas une recommandation scientifiquement fondée. Il n'est pas nécessaire de discuter ici de la question de savoir si le lobbying politique en est à l'origine, mais il faut préciser que l'OMS, en tant qu'autorité sanitaire scientifique de l'ONU pour le monde entier, n'a pas fait sa recommandation de masque précisément sur une base scientifique. C'est ce que montrent les résultats de la littérature scientifique évaluée dans ce rapport :

Selon elle, il n'existe aucune preuve scientifique que les masques, qui doivent être portés par des personnes en bonne santé en public, par exemple pour faire les courses, dans les transports publics, dans les bureaux et les écoles, contribuent de manière compréhensible et quantifiable à réduire ne serait-ce que la propagation du nouveau coronavirus.

Les avantages éventuels cités par l'OMS en rapport avec le port de masques sont donc, d'une part, le constat plus ou moins avéré (au sens allemand, c'est-à-dire : évident) que la propagation des gouttelettes respiratoires contenant le virus peut s'en trouver réduite. D'autre part, les avantages potentiels mentionnés ne sont que des effets possibles sur le plan psychologique.

L'OMS recommande exclusivement des masques non médicaux pour la population et encore uniquement dans des situations épidémiologiques particulières et donc uniquement dans des régions circonscrites avec un nombre élevé d'infections dans la zone ainsi que localement lors d'épidémies, mais sans donner d'indication sur l'ampleur des nombres de cas, mais en tout cas pas comme une obligation générale (à l'échelle nationale) de port de masque, comme l'Allemagne le connaît depuis le printemps 2020. Par conséquent, la recommandation de l'OMS ne peut pas non plus être utilisée comme base pour l'obligation de masque général.

En outre, l'expert examine la revue Lancet de début juin 2020 et conclut que celle-ci ne fournit pas non plus de preuves de l'efficacité des masques dans les espaces publics.

À la page 26 et suivantes du rapport d'expertise, l'expert discute de l'étude dite de Jena, qui est souvent citée dans les médias comme une preuve évidente des masques.

C'est précisément en raison de la grande notoriété de cette étude, qui a conduit à un niveau élevé d'acceptation des masques par le public en raison de la couverture médiatique citée, et qui est également susceptible d'être connue de la plupart des enseignants et des parents, que les commentaires de l'expert à cet égard seront énumérés dans leur intégralité ci-dessous :

Une étude de modélisation publiée pour la première fois au début du mois de juin 2020 rend compte de l'effet de l'exigence du masque en utilisant l'exemple de la ville d'Iéna et d'autres villes et régions d'Allemagne [50]. En août 2020, l'étude a été publiée à nouveau dans une version légèrement modifiée [51] et est apparue pour la troisième fois dans la deuxième version déjà modifiée en décembre 2020 [52]. La troisième publication a été soumise au journal en juillet, c'est-à-dire peu de temps seulement après la publication de la première (et peu de temps avant la publication de la deuxième), a finalement été acceptée en novembre et publiée en décembre 2020. Elle a été présentée par les médias en décembre comme s'il s'agissait d'une nouvelle étude, ce qui n'est pas le cas en termes de sujet.

L'étude dite d'Iéna est - outre la "revue Lancet" - souvent citée dans les médias comme une preuve évidente de l'efficacité des masques, d'ailleurs aussi - en fait - avec une étude sur des hamsters dorés (étude "hamster" ; voir ci-dessous), c'est-à-dire un travail expérimental sur les animaux.

Les auteurs de l'"étude d'Iéna" sont tous des macroéconomistes qui utilisent la même méthodologie ("méthode du contrôle synthétique") pour mener des études pour le compte d'hommes politiques afin de "modéliser" mathématiquement les effets des décisions politiques (les "réformes"). Dans l'étude, l'évolution du nombre de cas de corona après l'introduction des masques obligatoires à Iéna a été comparée à celle de villes comparables (= Iéna synthétique) sans masques obligatoires. Les auteurs arrivent à la conclusion que l'obligation de porter un masque a permis de réduire d'environ 40 % le taux d'augmentation quotidien des infections coronaires.

Cependant, l'étude ne tient pas compte d'un aspect épidémiologiquement décisif, à savoir que le taux de propagation du nouveau coronavirus a déjà diminué à partir du 1er mars 2020 (c'est-à-dire environ 5 semaines avant l'introduction de l'obligation de porter un masque dans les espaces publics de la ville d'Iéna) et que le 10 mars, la valeur R - selon le RKI - était déjà inférieure à 1 [53, 54]. À partir de la fin du mois de mars, il n'y avait plus de chiffres pertinents sur l'infection à Iéna. Il en découle que l'introduction du masquage obligatoire (à partir du 6 avril, d'abord à Iéna, puis environ trois semaines plus tard dans toute l'Allemagne) a coïncidé avec une phase de l'épidémie de Corona au cours de laquelle on avait déjà observé une baisse continue et marquée du nombre d'infections, évolution qui s'est poursuivie par la suite. On ne peut donc pas en déduire un effet de l'obligation de porter un masque sur la baisse du nombre d'infections, car les deux se chevauchent, mais cela n'a pas été pris en compte dans l'étude de modélisation.

Il est particulièrement important pour l'évaluation de l'"étude d'Iéna" que, selon les données du RKI, les événements d'infection à Iéna se sont concentrés sur quelques jours seulement du mois de mars et se sont produits pour la plupart avant la mi-mars : il y a eu (1) environ 1,5 million de cas d'infection par le virus de l'hépatite C. 3 à 5 cas positifs à la fin du mois de février, (2) entre 43 et 53 cas positifs pendant le week-end du 7 au 9 mars et (3) entre 59 et 73 cas positifs pendant la période du 11 au 14 mars, (4) puis un nombre de cas positifs en nette diminution les différents jours avant la fin du mois de mars et (5) encore 3 à 5 cas positifs à la fin du mois de mars. Le lien temporel étroit entre les événements (2) et (3) indique qu'il s'agissait de situations épidémiques et non d'une propagation successive de l'infection "dans la région". En tout état de cause, à la fin du mois de mars, l'incidence de l'infection à Iéna avait déjà diminué à un point tel que l'on ne pouvait plus s'attendre à un effet de l'obligation de porter un masque à partir du 6 avril, car il n'y avait plus d'incidence de l'infection qui pouvait en principe être influencée par cette obligation.

En outre, il faut tenir compte du fait que la date de déclaration des cas, qui a été utilisée dans l'étude, ne permet même pas une déclaration approximativement fiable sur le moment de l'infection, qui ne peut être déterminé assez précisément que par la date de la maladie (= apparition des symptômes cliniques), comme le pratique le RKI dans ses études de modélisation [54]. Selon le RKI, en fait, le délai entre l'infection et la date de déclaration est de 14 à 21 jours, et cette période se compose de : (1) la période d'incubation, (2) le délai jusqu'à ce que le patient se rende chez le médecin en raison de l'augmentation des symptômes, (3) le temps de réalisation du test (y compris le transport jusqu'au laboratoire et l'évaluation au laboratoire), (4) les délais administratifs pour

communiquer les résultats du test au RKI, et (5) la publication par le RKI [55]. L'"étude de Jena", cependant, suppose un délai de seulement 8 jours environ [50] ou de 10 jours environ [51, 52].

En d'autres termes, l'effet attribué à l'obligation du port du masque dans cette étude en termes de baisse du nombre d'infections est, d'une part, éclipsé par la baisse marquée des tests positifs qui avait commencé partout en Allemagne quelques semaines avant l'introduction de l'obligation du port du masque à Jena et ailleurs. D'autre part, il faut tenir compte du fait que les infections signalées au RKI dans chaque cas ont eu lieu 14 à 21 jours auparavant, de sorte que l'obligation de porter un masque n'a pu avoir aucune influence sur les chiffres de l'infection pendant au moins les 2 à 3 premières semaines.

Un autre aspect important pour l'évaluation d'un effet du masquage obligatoire est que les chiffres d'infection déclarés peuvent toujours dissimuler des infections provenant d'épidémies, par exemple dans les foyers, les hôpitaux ou les logements collectifs. Les épidémies institutionnelles ne sont toutefois pas influencées par le masquage obligatoire dans les lieux publics, de sorte qu'une diminution du nombre d'infections dans un lieu ou une région peut être due à ce facteur.

ou dans une région peut être due au fait que des épidémies avaient auparavant augmenté le nombre de cas d'infection, mais qu'ensuite le nombre de cas était plus faible qu'avant l'introduction des masques obligatoires en raison de l'absence d'autres épidémies. C'est précisément ce qui semble avoir joué un rôle important à Jena, compte tenu des événements (2) et (3), comme indiqué ci-dessus : Il s'agissait très probablement de foyers de durée limitée, chacun d'entre eux présentant un nombre élevé de personnes ayant un résultat positif au test. Cependant, les épidémies, par exemple dans les institutions telles que les maisons de retraite/de soins, ont toujours des causes individuelles qui doivent être recherchées dans le contexte épidémiologique concret, mais ne peuvent pas être influencées par une obligation de port du masque lors des achats ou dans les transports publics. Ainsi, sans tenir compte du contexte épidémiologique d'où proviennent les chiffres d'infection rapportés par les différents sites (c'est-à-dire si des épidémies en faisaient partie ou non), l'effet des masques en public sur l'apparition de "nouvelles infections" (= résultats de tests positifs) reste nécessairement incertain.

Dans l'ensemble, cette étude de modélisation ne parvient pas non plus à produire des résultats qui soutiendraient l'obligation de porter un masque car, outre l'introduction de l'obligation de porter un masque, les facteurs d'influence possibles énumérés (foyers probables), en particulier ceux de la période précédente, n'ont pas été pris en compte. Avec ces limitations de l'étude, un raisonnement circulaire peut facilement se produire parce que les auteurs, en tant qu'économistes, n'ont pas d'expertise médicale-épidémiologique et n'ont donc pas inclus d'importants facteurs d'influence potentiels, tels que la question des épidémies et de leurs causes possibles, dans leurs considérations.

Il existe de nombreux exemples dans d'autres pays où, par exemple, en Espagne, malgré l'exigence de masquage la plus stricte, le nombre de cas de personnes testées positives a extrêmement augmenté entre juillet et fin octobre 2020, alors qu'en Suède, sans exigence de masquage, ils étaient beaucoup plus faibles au cours de la même période [55]. Il existe d'autres exemples dans d'autres pays : malgré les masques obligatoires, le nombre de résultats positifs a fortement augmenté [56, 57]. Cependant, on peut observer quelque chose de similaire pour l'Allemagne à partir des données du RKI (introduction des masques obligatoires le 28 avril) (par exemple dans les rapports de situation quotidiens). De même, le responsable de l'AGES autrichienne (Agence pour la santé publique) a

déclaré que ni l'introduction du masquage obligatoire ni son abrogation n'ont eu d'impact mesurable sur l'incidence de l'infection en Autriche [58]. Au cours des deux derniers mois de 2020, le nombre de personnes testées positives a également augmenté de manière significative en Suède, mais pas dans la même mesure qu'en Autriche, où l'obligation de porter un masque est en place de manière quasi universelle depuis le printemps 2020 [58]. Il est également possible que des facteurs d'influence soient passés inaperçus dans toutes ces données empiriques provenant de nombreux pays, mais il est frappant de constater que le masquage obligatoire n'a eu aucun effet sur le nombre de cas dans aucun des pays.

Compte tenu de tout ce qui précède, la Cour estime que l'étude de Jena ne permet pas d'établir l'efficacité des masques.

En ce qui concerne les autres études et preuves scientifiques évaluées par l'expert, il convient toutefois de se référer au rapport d'expertise obtenu par le tribunal.

L'expert arrive à la conclusion que, contrairement aux normes scientifiquement établies de la médecine fondée sur les preuves, toutes les autorités sanitaires nationales et internationales ont donné une appréciation sur le port de masques dans la sphère publique d'une grande importance, quoique avec retenue, qui ne repose que sur des considérations dites plausibles, qui ne peuvent toutefois pas suffire à justifier la politique dans une telle situation, c'est-à-dire à l'usage de millions de personnes, une base scientifiquement solide pour la prise de décision.

Il n'est donc pas surprenant que la littérature publiée depuis le printemps 2020 ne montre aucune preuve du port de masques par le grand public, même si les auteurs d'estimations mathématiques l'affirment et si les auteurs d'articles d'opinion dans des revues narratives, par exemple, n'ont pas pu fournir de données à ce sujet. De nombreux médecins de diverses disciplines et des scientifiques d'autres disciplines aimaient se référer à ces publications "positives", et en particulier souvent à des études de modélisation, qui n'étaient de toute façon pas compréhensibles pour les personnes ayant une base mathématique pas particulièrement bien fondée (ce qui n'est pas tout à fait rare chez les médecins) et avaient donc un effet dissuasif, mais suggéraient peut-être précisément par là qu'il devait s'agir d'une "science" particulièrement significative.

Le tribunal approuve les explications convaincantes des experts.

#### b) Les dangers d'une mauvaise utilisation des masques

L'expert indique que l'utilisation correcte des masques n'est pas toujours facile à réaliser, même pour le personnel médical. Dans la vie de tous les jours, il serait impossible d'amener des millions de citoyens à prendre les précautions nécessaires lors de l'utilisation de masques. Le masque était souvent ajusté avec les mains. Dans le cas des porteurs de lunettes, la formation de buée les obligeait souvent à les enlever et à les remettre, et donc à se retrouver sur l'extérieur du masque. Même par temps modérément chaud, les gens transpirent sous le masque et vont donc à plusieurs reprises vers le masque ou en dessous.

Cette appréciation des experts peut certainement être confirmée par chacun à partir de sa propre expérience. Même les personnes qui sont conscientes de la manière correcte d'utiliser les masques tendent parfois involontairement la main vers leur visage, par exemple pour ajuster leurs lunettes si elles glissent à cause des oreillettes du masque ou si elles s'embuent en entrant dans un magasin.

L'expert ajoute :

Les masques seraient contaminés de l'intérieur par le porteur lorsqu'il expire et parle et pourraient également être contaminés de l'extérieur par le contact des mains et les gouttelettes respiratoires d'autres personnes. En cas de pénétration d'humidité, le masque (même le masque médical professionnel) devient perméable et ne représente plus une barrière.

Par conséquent, un masque trempé doit être retiré et changé. Lors de la mise en place et du retrait du masque, seules les sangles doivent être touchées. Après avoir retiré le masque, il convient de se laver soigneusement les mains, conformément aux règles générales d'hygiène.

Cela correspond à l'expérience de vie générale (qui pourrait être collectée maintenant pendant un an avec des interruptions) selon laquelle pratiquement aucun adulte n'adhère à ces recommandations lorsqu'il fait ses courses. On observe plutôt que de nombreuses personnes ont les masques accrochés au rétroviseur intérieur de la voiture, les glissent dans la poche de leur pantalon ou dans leur sac à main après usage ou, s'ils ne sont pas nécessaires, les posent simplement quelque part pour les remettre plus tard.

Il est donc compréhensible que ces règles ne puissent pas être observées par les enfants dans la vie scolaire quotidienne, ou qu'elles puissent l'être de manière encore moins fiable. Il y a donc un risque que l'obligation de porter des masques à l'école entraîne une contamination, qui pourrait être évitée dans une large mesure, car les contacts main-face des personnes, déjà fréquents, deviendront encore plus fréquents du fait de l'obligation de porter des masques (cf. expertise de l'expert Kappstein en page 51).

Dans son avis d'expert, le professeur Kuhbandner déclare :

Il convient de noter ici qu'une manipulation correcte des masques est généralement cruciale pour que les masques soient efficaces. La recommandation susmentionnée de l'OMS sur l'utilisation correcte des masques stipule ce qui suit :

WHO provides the following guidance on the correct use of masks: Perform hand hygiene before putting on the mask. Inspect the mask for tears or holes, and do not use a damaged mask. Place the mask carefully, ensuring it covers the mouth and nose, adjust to the nose bridge and tie it securely to minimize any gaps between the face and the mask. If using ear loops, ensure these do not cross over as this widens the gap between the face and the mask. Avoid touching the mask while wearing it. If the mask is accidentally touched, perform hand hygiene. Remove the mask using the appropriate technique. Do not touch the front of the mask, but rather untie it from behind. Replace the mask as soon as it becomes damp with a new clean, dry mask. Either discard the mask or place it in a clean plastic resealable bag where it is kept until it can be washed and cleaned. Do not store the mask around the arm or wrist or pull it down to rest around the chin or neck. Perform hand hygiene immediately afterward discarding a mask. Do not re-use single-use mask. Discard single-use masks after each use and properly dispose of them immediately upon removal. Do not remove the mask to speak. Do not share your mask with others.

Comme le montre cette liste, le port correct des masques est très exigeant pour la personne qui les porte. Si l'on considère que les élèves qui doivent porter un masque en classe doivent le faire jusqu'à 10 heures par jour (bus scolaire, enceinte de l'école, cours du matin et de l'après-midi), il est presque

impossible de mettre en œuvre un traitement correct dans les écoles. En outre, pour les élèves plus jeunes, la manipulation correcte est exigeante sur le plan cognitif.

Comme, par exemple, le cortex préfrontal n'est pas complètement développé avant le début de l'adolescence [15], le comportement des enfants est fortement contrôlé par des tendances comportementales automatisées, qui ne peuvent être régulées par l'enfant lui-même que dans une mesure limitée. Ainsi, des exigences telles que celle de ne pas toucher le masque peuvent difficilement être appliquées par les enfants. Il existe donc un risque que, lorsque les enfants portent des masques, le risque accru d'infection dû à une manipulation incorrecte l'emporte sur le bénéfice, faible ou inexistant selon les essais contrôlés randomisés.

Le tribunal est d'accord avec les déclarations de l'expert. Il est probable qu'aucun autre groupe de personnes que les écoliers ne doit actuellement porter des masques pendant une période aussi longue au cours de la journée (si tant est que des cours aient lieu). Les recommandations de l'OMS visant à mettre en œuvre une hygiène correcte des mains avant de mettre le masque sont difficilement réalisables, car les masques doivent déjà être mis avant d'entrer dans l'école. Il n'est pas possible d'effectuer une hygiène des mains pendant les cours après avoir touché accidentellement le masque. Comme l'a souligné l'expert Kappstein, la fréquence des contacts main-face est augmentée par le port des masques. La plupart des élèves jusqu'à 15 ans, comme le souligne l'expert Kuhbandner, ne sont pas capables de contrôler ces séquences d'actions automatisées. Souvent, les élèves n'auront pas de masque interchangeable à disposition lorsque le masque sera mouillé, ou les masques jetables seront réutilisés contrairement à la recommandation.

**En résumé, le port obligatoire de masques dans les écoles risque de ne pas réduire la propagation du virus, mais plutôt de la favoriser.**

## **2. la disproportionnalité du rapport entre la fin et les moyens.**

Dans le cadre du test de proportionnalité, il convient de noter que les droits fondamentaux en conflit doivent être mis en balance les uns avec les autres. À cet égard, les juridictions administratives ont toujours affirmé que la priorité doit être donnée à la protection de la vie (par exemple, Cour administrative de Bavière, décision du 30 mars 2020 - 20 NE 20.632 -, juris).

Murswiek dit dans une déclaration pour le Parlement du Land de Rhénanie-Palatinat :

"L'État a l'obligation, en vertu des droits fondamentaux, de protéger la vie et la santé, et même de protéger contre les risques pour la vie et la santé ; cette obligation découle de l'article 2, paragraphe 2, de la Loi fondamentale. Certes, le devoir de protection n'est pas absolu, mais en tout état de cause, les moyens utilisés pour la protection ne doivent pas violer d'autres droits fondamentaux ; en cas de conflits de droits fondamentaux, un équilibre doit être trouvé. Dans tous les cas, la protection contre les Covid-19 a un poids particulier dans la mise en balance si l'Etat est au moins fondamentalement obligé de protéger. C'est pourquoi, dans le débat sur la constitutionnalité du confinement, l'argument selon lequel le confinement est justifié par le devoir de l'État de protéger la vie et la santé a été avancé à plusieurs reprises. Cette conclusion est à courte vue, non seulement parce que l'existence d'un devoir de protection ne dispense pas de l'exercice de mise en balance. C'est faux, ne serait-ce que parce que la prémisse est fautive. En effet, il existe un devoir strict de protection des droits fondamentaux uniquement contre les empiètements humains sur la liberté ou

contre les atteintes humaines aux intérêts protégés par les droits fondamentaux. Les droits de liberté protègent la liberté de décision de l'individu, y compris la liberté de disposer de ses propres droits fondamentaux ; en d'autres termes, ils protègent l'autonomie individuelle. Elle est protégée dans sa dimension défensive contre l'ingérence de l'État et dans sa dimension protectrice contre l'ingérence de tiers - en d'autres termes, contre l'ingérence humaine dans tous les cas. Les biens protégés peuvent être mis en danger, endommagés et détruits par des événements naturels, y compris des catastrophes naturelles, mais on ne peut prétendre de manière significative qu'ils affectent l'autonomie individuelle. La liberté de choix de l'individu, l'autonomie individuelle, existe toujours, par nécessité, dans le cadre non seulement des lois physiques, mais aussi des conditions préformées par notre environnement naturel. Une épidémie ou une pandémie n'est donc pas un empiètement sur la liberté contre lequel les droits fondamentaux de la liberté peuvent protéger.

Cela ne signifie pas que l'État n'est pas constitutionnellement obligé de se protéger contre les catastrophes naturelles ou les épidémies. Cela signifie seulement qu'une telle obligation ne découle pas des droits à la liberté - ici : du droit à la vie et à l'intégrité physique. En termes de théorie de l'État, elle peut être dérivée de l'objectif fondamental de l'État, qui est d'assurer la base de l'existence de la communauté organisée par l'État. Et elle peut se fonder constitutionnellement sur le principe de l'État-providence (article 20.1 de la Loi fondamentale) en liaison avec le droit à la vie et à l'intégrité physique (article 2.2 de la Loi fondamentale). En ce qui concerne son objet, le devoir de protection de l'État social se distingue du devoir de protection du droit de la liberté en ce qu'il ne protège pas l'autonomie individuelle mais les conditions sociales d'existence. Quant à l'étendue de la garantie, elle se distingue de l'obligation de protection prévue par les droits fondamentaux en ce que l'État dispose d'un champ d'action beaucoup plus large en ce qui concerne la réalisation de la protection des conditions de fait de la vie qu'en ce qui concerne la protection contre les interventions humaines dans la vie et la santé. Alors qu'en ce qui concerne les interventions humaines, le devoir de protection existe en principe si le risque est si important qu'il doit être qualifié juridiquement de "danger", en ce qui concerne les risques généraux pour la vie, qui incluent les risques de catastrophes naturelles ou d'épidémies, il existe une grande marge de manœuvre pour déterminer le niveau de protection à rechercher. Un devoir constitutionnel d'agir pour protéger le grand public contre le Covid-19 ne pourrait donc être assumé que si les risques émanant de l'épidémie étaient si importants que, sans action de l'État, les moyens de subsistance de la communauté ou de la totalité des personnes organisées dans cette communauté seraient en jeu. Il n'y a aucun doute là-dessus en ce qui concerne Covid-19."

(<https://dokumente.landtag.rlp.de/landtag/vorlagen/2-12-17.pdf>). Si l'on prend ces déclarations au sérieux, un empiètement sur l'intégrité physique des écoliers ne pourra jamais être justifié dans l'abstrait par la lutte contre la propagation du coronavirus. La mise en balance ne se fait pas au niveau de la protection de la vie et des droits fondamentaux affectés de l'enfant, mais au niveau de la protection des droits fondamentaux des enfants contre la prétention de l'État à contenir la pandémie pour la protection du grand public.

Les restrictions apportées aux droits fondamentaux des enfants à ce niveau sont disproportionnées par rapport à la relation fins/moyens.

Cela devient encore plus clair si l'on considère que, si l'on suppose, à la suite de l'étude de Lancet, que les masques sont en principe des instruments appropriés pour la protection contre la propagation du virus, la taille de l'effet du port de masques par les écoliers est extrêmement faible.



Kuhbandner, l'expert retenu par le tribunal, explique cela dans son rapport d'expertise comme suit : "Si l'on se base sur les tailles d'effet non significatives de la revue Cochrane actuelle mentionnée ci-dessus, selon lesquelles la probabilité d'infection est réduite d'un maximum d'environ 10 % lors du port de masques médicaux, le risque d'infection au niveau d'une classe d'école serait réduit de 0,25 % à 0,225 %, ce qui correspondrait à une différence de risque absolu de 0,025 %. Cela signifie que les élèves de 4 000 classes d'écoles primaires devraient porter un masque pendant une semaine pour éviter une seule infection. Il s'agit d'une taille d'effet extrêmement faible, ce qui signifie qu'un peu moins de 100 000 élèves d'écoles primaires devraient supporter les éventuels effets secondaires du port d'un masque afin d'éviter une seule infection par semaine. Si l'on suppose que les masques réduiraient la probabilité d'infection de l'ordre de 80 % (résultat de la méta-analyse de Chu et al. mentionnée dans la ligne directrice S3 sur les études observationnelles avec des preuves de faible qualité, voir [23]), le risque d'infection au niveau d'une classe d'école serait réduit de 0,25 % à 0,05 %, ce qui correspondrait à une différence de risque absolu de 0,2 %. Extrapolé au nombre nécessaire pour traiter, les élèves de 500 classes d'école primaire devraient quand même porter un masque pendant une semaine, et donc près de 12 500 élèves d'école primaire devraient assumer les effets secondaires possibles pour prévenir une seule infection par semaine."

Comme on le sait, une infection ne signifie pas nécessairement une maladie grave de la personne touchée, voire sa mort. De nombreuses contagions passent avec des symptômes légers ou semblables à ceux de la grippe.

Compte tenu du bénéfice, au mieux, associé à l'obligation de porter un masque par rapport au préjudice subi par les enfants, cette exigence est disproportionnée.

L'ordonnance imposant aux écoles le port de masques en vertu de l'article 18.2 de l'ordonnance bavaroise sur la protection contre les infections est donc inconstitutionnelle et donc nulle.

Rien de contraire ne résulte non plus de la disposition d'exemption du § 2 de l'ordonnance.

Selon cette disposition, les personnes qui peuvent démontrer de manière crédible que le port d'une protection bucco-nasale n'est pas possible ou déraisonnable pour elles en raison d'un handicap ou pour des raisons de santé sont exemptées de l'obligation de la porter ; dans le cas de raisons de santé, la démonstration crédible est faite notamment au moyen d'un certificat médical contenant l'évaluation médicale professionnelle du tableau clinique (diagnostic), le nom latin ou la classification de la maladie selon la CIM 10 ainsi que la raison pour laquelle il en résulte une exemption de l'obligation de la porter ;

Comme le montre clairement le cas d'espèce, même les personnes qui peuvent produire un certificat répondant aux exigences de la disposition ne sont pas à l'abri d'une non-reconnaissance de celui-ci. Il ne résulte pas de la norme à qui le certificat doit être soumis en cas de doute et qui est appelé à l'examiner.

Dans une affaire comparable, l'OVG de Berlin-Brandebourg a jugé que la divulgation des données de santé dans un certificat n'est pas nécessaire car cela signifierait que la personne concernée devrait divulguer son diagnostic spécifique et les conséquences qui en découlent à un grand nombre d'autorités, y compris des autorités non publiques, alors qu'il s'agit de données de santé personnelles particulièrement sensibles et donc soumises à un niveau particulièrement élevé de protection des

données. Le fait que les particuliers soient également tenus de vérifier les certificats résulte déjà du fait qu'ils doivent veiller au respect de l'obligation de porter un couvre-bouche et un couvre-nez, sous peine de commettre une infraction administrative (Cour administrative supérieure de Berlin-Brandebourg, décision du 4 janvier 2021 - OVG 11 S 132/20 -, marginaux n° 25 - 26, juris). Ce problème ne se pose pas dans la même mesure en l'espèce, car la dispense de l'obligation de porter un couvre-nez en l'espèce doit seulement être soumise au chef d'établissement, qui est tenu de garder le secret à cet égard.

Toutefois, même dans l'hypothèse où le chef d'établissement reconnaîtrait le certificat, il existerait un risque injustifiable d'isolement et de discrimination des enfants concernés, que le tribunal a abordé à titre de mesure de précaution au point 2 de l'ordonnance, même si l'intéressée a confirmé qu'elle n'avait pas été victime de discrimination dans son école.

Cependant, le tribunal sait, par exemple par la presse locale (<https://www.merkur.de/lokales/weilheim/wessobrunn-ort377060/aerger-um-maskenpflicht-im-unterricht-90046679.html>), que les directeurs d'école pensent qu'ils doivent isoler les enfants du reste de la classe avec un certificat approprié, bien que l'ordonnance bavaroise sur les mesures de protection contre les infections ne fournisse pas en soi une base juridique pour cela. Ainsi, un élève d'une école secondaire locale a dû s'asseoir seul dans une classe, complètement isolé de ses camarades.

Le professeur Kuhbandner l'explique (p. 26) :

Enfin, il existe des effets secondaires négatifs sur le plan psychologique pour les enfants qui ne sont pas autorisés à porter des masques pour des raisons médicales. Il existe un risque que ces enfants - justifiés par des arguments liés à l'hygiène - **soient discriminés** et exclus de la classe sociale, avec des conséquences négatives sur leur bien-être psychologique et social. Je connais des cas où des enfants qui ne peuvent pas porter de masque pour des raisons médicales doivent porter des brassards jaunes pendant toute la journée scolaire. Dans un autre cas, un coin est délimité dans la classe et dans la cour de récréation où les enfants qui ne peuvent pas porter de masque pour des raisons médicales doivent rester. Le risque de discrimination est également attesté par le fait que dans le registre décrit ci-dessus sur les effets secondaires du port de masque chez les enfants, l'une des craintes mentionnées est la peur d'être stigmatisé à la fois par le port et le non port d'un masque dans l'environnement social.

Le danger d'une telle discrimination est renforcé par les déclarations douteuses d'experts dans les médias. Par exemple, le Dr. Biskup-Meyer, psychiatre pour jeunes, a déclaré dans une interview SZ à propos de l'obligation de porter un masque à l'école primaire [79] :

"Si les enseignants portent un masque et que l'on fait croire aux élèves que c'est juste nécessaire, les enfants des écoles primaires sont certainement ceux qui s'y plient le plus volontiers. C'est en partie parce qu'il y a une unité dans la classe parce que tout le monde porte un masque."

Si la nécessité de porter un masque est fortement communiquée aux enfants par les enseignants, et si une pression correspondante des pairs est créée en raison de la dynamique sociale, le risque que certains enfants soient victimes de discrimination est plus grand.

En outre, les enfants qui ne sont pas autorisés à porter un masque pour des raisons médicales peuvent se retrouver dans une situation psychologique qui ne peut être résolue de manière positive pour l'enfant. Quel que soit le comportement de l'enfant, il y a des conséquences négatives : Si l'enfant ne porte pas de masque, il sera exclu socialement ; s'il porte le masque, il souffrira physiquement. Une telle situation peut être associée à des conséquences psychologiques très négatives, pouvant aller jusqu'au développement de troubles mentaux."

Ce problème ne peut pas être résolu en interprétant les normes de manière constitutionnelle, car la pression sociale associée au port du masque est précisément souhaitée, puisque le législateur estime qu'il peut mieux contenir la propagation du virus en appliquant l'exigence du masque de la manière la plus complète possible. C'est ce qu'illustre le slogan publicitaire : "Vous n'êtes pas obligé d'aimer le masque, vous devez simplement le porter". Cette phrase est discriminatoire envers les personnes qui ne peuvent pas porter de masque pour des raisons de santé.

Il est impossible, surtout pour un écolier, de contrer cette pression des pairs avec des arguments objectifs et, dans le cas présent, il est étonnant que l'enfant concerné y soit parvenu jusqu'à présent. Cependant, le fait que cela devienne de plus en plus difficile est illustré par la déclaration de l'enfant selon laquelle son ami porte maintenant un masque, ce qu'il ne peut malheureusement pas faire lui-même. L'enfant porterait volontiers le masque s'il ne lui causait pas la gêne correspondante. On peut supposer que, sous cette pression des pairs, de nombreux enfants n'oseront pas révéler leurs plaintes ou enlever le masque de leur propre chef s'ils ne se sentent pas bien. Ils risquent également, pour autant que leurs parents veuillent et puissent les accompagner chez le médecin pour obtenir un certificat, de ne pas être pris au sérieux par le médecin, puisque le diagnostic, hormis celui des asthmatiques si nécessaire, ne se basera en règle générale que sur les descriptions de l'enfant. Les médecins sont eux aussi soumis à la pression des pairs, déjà établie avec succès, et, en outre, au danger réaliste de devoir craindre une perquisition dans leur cabinet, soupçonnés d'avoir délivré de faux certificats de santé, si des certificats de masque sont délivrés.

La correspondance des parents avec l'employé responsable du commissaire ministériel montre également que l'exécutif attache de tels obstacles aux exemptions de masque que pratiquement personne ne pourra les surmonter.

§ L'article 18, paragraphe 2, de l'ordonnance bavaroise sur les mesures de prévention des infections ne se prête donc pas à une interprétation conforme à la Constitution, même lorsqu'il est lu conjointement avec l'article 2, et ne peut donc servir à justifier les mesures prises à l'égard de l'enfant.

Les directeurs d'école et les surintendants de classe ne peuvent pas s'appuyer sur cette ordonnance pour ordonner les masques obligatoires dans les écoles.

Les parents ne sont pas en mesure d'éviter le danger que représentent de tels ordres pour leur enfant.

En ordonnant de telles mesures, le bien-être des enfants, tel que démontré, est mis en danger, Code civil § 1666. Par conséquent, les enseignants ne peuvent pas les commander.

#### **IV. Nécessité d'une action par voie d'injonction provisoire :**

Il semble très probable, en l'état actuel de l'enquête, que ce résultat sera confirmé dans l'affaire au principal. D'autres déclarations sont réservées pour une décision à cet endroit.

Dans le cadre de l'examen des conséquences, lors de l'octroi d'une injonction temporaire, il convient de mettre en balance les inconvénients qui résultent du fait que l'arrangement demandé par les parents des enfants n'est pas initialement conclu par le juge aux affaires familiales dans le cadre de la procédure d'injonction temporaire, mais qu'il est ensuite conclu dans le cadre de la procédure au principal, et les effets qui résultent du fait que le juge aux affaires familiales conclut l'arrangement demandé par les parents des enfants dès la procédure d'injonction temporaire, mais ne le confirme pas ensuite dans le cadre de la procédure au principal.

Les inconvénients pour les enfants si le règlement recherché est retardé par le tribunal de la famille l'emportent considérablement sur les inconvénients.

Les parents ne sont en tout cas pas en mesure d'éviter le danger, § 1666 du Code civil. Compte tenu de la fin des vacances de Pâques, il est également urgent d'agir immédiatement.

Après tout cela, la décision apparente du dispositif s'imposait.

#### **V. Portée de la commande :**

Contrairement à l'avis du tribunal d'instance de Weimar (ordonnance du 08.04.2021, réf. 9 F 148/21), le tribunal part du principe que l'ordonnance n'a d'effet qu'entre la direction de l'école concernée et l'intéressé, car sinon tous les enfants de l'école auraient dû être impliqués et entendus. Cependant, il doit être clair pour tous ceux qui connaissent la décision et en particulier les déclarations de l'expert Kuhbandner que celui qui oblige un enfant à porter un masque contre sa volonté sur une longue période de temps provoque un risque pour son bien-être et interfère ainsi avec ses droits sans motif justifié. Même s'il n'est pas nécessaire d'engager à chaque fois une procédure en vertu du § 1666 BGB (code civil allemand) contre ces personnes, celles-ci sont tenues de respecter les droits des enfants et la protection de tous les élèves concernés exige qu'ils ne soient pas forcés de porter le masque. **Le chef d'établissement ou l'enseignant qui agit néanmoins en connaissance des dangers encourus ne pourra pas invoquer le fait qu'il ignorait le danger ou qu'il y était contraint par un règlement de protection contre les infections ou un concept d'hygiène si le danger entraîne un préjudice réel pour l'enfant concerné.**

La décision sur les frais est fondée sur l'article 81 de la loi sur les procédures familiales.

La décision sur les coûts est basée sur le § 51.4, § 81.1 phrase 1 FamFG. Les dispositions générales s'appliquent aux frais de la procédure préjudicielle.

-

Avis d'appel :

L'ordonnance n'est pas susceptible de recours.

Sur demande, une audition orale doit être organisée conformément à l'article 54.2 FamFG et une nouvelle décision doit être prise sur la base de l'audition orale.

Juge au tribunal local

