

**Tribunal judiciaire de Weimar, décision du 08/04/2021,
N° de dossier : 9 F 148/21**

Le Tribunal judiciaire de Weimar représenté par ...
a décidé en référé comme suit :

- I. Il est interdit aux directeurs et professeurs des établissements scolaires des enfants A, né le ..., et B, né le ..., à savoir le collège public X de Weimar et l'école primaire publique Y de Weimar, ainsi qu'aux hiérarchies des directions des établissements scolaires, d'ordonner ou d'imposer auxdits enfants ainsi qu'à tous les autres enfants fréquentant lesdits établissements :**
 - 1. de porter en cours comme dans l'enceinte de l'école un masque facial de quelque type que ce soit, notamment des masques couvrant le nez et la bouche, aussi appelés masques certifiés (masques chirurgicaux ou FFP2) ou autres ;**
 - 2. de respecter entre eux ou avec d'autres personnes une distance minimale dépassant celles appliquées avant l'année 2020 ;**
 - 3. de se soumettre à des tests rapides de dépistage du virus SRAS-CoV-2.**

- II. Il est ordonné aux directeurs et professeurs des établissements scolaires des enfants A, né le ..., et B, né le ..., à savoir le collège public X de Weimar et l'école primaire publique Y de Weimar, ainsi qu'aux hiérarchies des directions des établissements scolaires, de maintenir l'enseignement en présentiel pour lesdits enfants ainsi que pour tous les autres enfants fréquentant lesdits établissements.**

- III. Il est renoncé au recouvrement des frais de justice. Les enfants au litige ne portent aucun frais. Les frais extra-judiciaires sont portés par les Parties elles-mêmes.**

- IV. L'entrée en vigueur immédiate de la présente décision est décrétée.**

Motifs

Sommaire :

A: Enoncé des faits (pdf pages 3 à 163)

- I. Introduction**
- II. Décisions relatives à l'obligation de port du masque du Land de Thuringe applicables aux enfants dans les établissements scolaires**
- III. Situation concrète des enfants au litige dans leurs établissements scolaires**
- IV. Arguments juridiques de la mère des enfants au litige quant aux droits de ses enfants, également issus de conventions internationales**
- V. Avertissements juridiques du tribunal aux Parties et mesure d'instruction pour la procédure au fond parallèle**
- VI. Opinion de l'administrateur ad hoc**
- VII. Opinion des autres Parties**
- VIII. Rapport d'expertise du Prof. Dr. méd. Ines Kappstein**
- IX. Rapport d'expertise du Prof. Dr. Christof Kuhbandner**
- X. Rapport d'expertise du Prof. Dr. rer. biol. hum. Ulrike Kämmerer**

B: Motifs de la décision (pdf pages 163 à 178)

- I. Recevabilité de l'initiative auprès du tribunal aux affaires familiales**
- II. Bien-fondé de l'initiative auprès du tribunal aux affaires familiales**
 - 1. Généralités**
 - 2. Absence de bénéfice du port du masque et du respect des consignes de distanciation pour les enfants eux-mêmes et pour les tiers**
 - 3. Inadéquation des tests PCR et tests rapides pour mesurer l'activité du virus**
 - 4. Atteinte au droit à l'autodétermination informationnelle à travers les tests rapides dans les établissements scolaires**
 - 5. Droit des enfants à l'éducation et à l'enseignement scolaire**
 - 6. Conclusion**

A : Enoncé des faits (pdf pages 3 à 163)

I. Introduction

La mère des enfants désignés au dispositif, partageant sa garde avec leur père, a déposé pour eux auprès du tribunal judiciaire – tribunal aux affaires familiales – de Weimar par courrier du 13/03/2021 une requête en vue d'une « procédure de protection d'enfants au sens du § 1666 al. 1 et 4 du Code civil allemand (BGB) ».

Les enfants fréquentent à Weimar le collège public X et l'école primaire publique Y, le fils aîné, âgé de 14 ans, est en huitième classe, et le plus jeune, âgé de 8 ans, en troisième classe.

Leur mère fait valoir que l'obligation de porter un masque et de respecter une distance minimale entre eux et avec d'autres personnes, imposée à ses enfants par leurs établissements scolaires, représente un danger pour le bien-être de ses enfants.

Les enfants seraient ainsi menacés sur les plans physique, psychique et pédagogique, sans que cela n'apporte un bénéfice aux enfants ou à un tiers. De même, un grand nombre de droits des enfants et de leurs parents issus de la loi, de la constitution et de conventions internationales seraient enfreints.

La direction des établissements scolaires et les professeurs sont expressément conviés par le tribunal à lever les dispositions correspondantes conformément au § 1666 al. 4 du BGB.

Dans la mesure où ces dispositions s'appuyaient sur des règlements du Land, tels que par exemple des prescriptions légales, les directions des établissements scolaires ou d'autres ne peuvent les invoquer du fait que ces derniers sont anticonstitutionnels.

L'obligation stipulée à l'art. 100 al. 1 de la Loi fondamentale allemande (GG) de soumettre toute loi qui pourrait être anticonstitutionnelle à la Cour constitutionnelle fédérale ou au tribunal constitutionnel d'un Land, ne s'applique expressément que pour les lois formelles de la République fédérale et des Länder et non aux lois matérielles, telles que des dispositions légales. Au sens de la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle fédérale (fondamentalement BVerfGE 1, 184 (195 et suiv.)), chaque tribunal a la charge de statuer lui-même sur la constitutionnalité, ainsi donc le tribunal judiciaire de Weimar, jugement du 11 janvier 2021 - 6 OWi - 523 Js 202518/20 -, juris.

Dans la mesure où il n'est pas possible de rendre une décision au fond à court terme, le tribunal voudra bien prononcer une mesure provisoire au sens des §§ 49 et suiv. de la loi allemande sur la procédure en matière familiale et dans les affaires de juridiction gracieuse (FamFG).

[...]

- II. Décisions relatives à l'obligation de port du masque du Land de Thuringe applicables aux enfants dans les établissements scolaires**
- III. Situation concrète des enfants au litige dans leurs établissements scolaires**
- IV. Arguments juridiques de la mère des enfants au litige quant aux droits de ses enfants, également issus de conventions internationales**
- V. Avertissements juridiques du tribunal aux Parties et mesure d'instruction pour la procédure au fond parallèle**
- VI. Opinion de l'administrateur ad hoc**
- VII. Opinion des autres Parties**
- VIII. Rapport d'expertise du Prof. Dr. méd. Ines Kappstein**
- IX. Rapport d'expertise du Prof. Dr. Christof Kuhbandner**
- X. Rapport d'expertise du Prof. Dr. rer. biol. hum. Ulrike Kämmerer**

B : Motifs de la décision (pdf pages 163 à 178)

I. Recevabilité de l'initiative auprès du tribunal aux affaires familiales

La requête déposée auprès du tribunal aux affaires familiales pour faire vérifier la mise en danger du bien-être de l'enfant est recevable. L'accès aux tribunaux ordinaires est ouvert et les tribunaux aux affaires familiales disposent de la compétence matérielle.

Les affaires matrimoniales et de la famille, entre autres, relèvent de la compétence des tribunaux judiciaires au sens du § 13 de la Loi allemande sur l'organisation judiciaire (GVG).

La compétence matérielle découle exclusivement du § 23a al. 1 n° 1 du GVG qui stipule que les tribunaux judiciaires sont compétents pour les affaires familiales. Le § 23b du GVG concerne uniquement la répartition réglementaire légale des affaires familiales au sein du tribunal judiciaire.

Au sens du § 111 n° 2 de la FamFG, les affaires familiales comprennent également les affaires relatives aux enfants. Au sens du § 151 n° 1 de la FamFG, appartiennent aux affaires relatives aux enfants, entre autre, l'autorité parentale. L'autorité parentale est elle-même régit par le règlement du § 1666 du BGB, selon lequel le tribunal aux affaires familiales doit prendre les mesures nécessaires dès lors que le bien-être physique, mental ou moral de l'enfant ou son patrimoine sont mis en danger et que les parents n'ont pas la volonté ou la possibilité de le protéger du danger. A ce titre, le tribunal aux affaires familiales peut également, au sens du § 1666 al. 4 du BGB, prendre des mesures opposables à des tiers dans des affaires d'autorité sur la personne d'un mineur.

Le § 40 de la Loi allemande relative à l'organisation des tribunaux administratifs (VwGO) ne stipule rien d'autre quant à la juridiction à saisir. L'accès aux tribunaux administratifs n'est pas ouvert aux procédures relatives à la mise en danger du bien-être de l'enfant. En effet, la Loi fédérale attribue les procédures relatives aux atteintes à de l'intérêt supérieur de l'enfant expressément à une autre juridiction, à savoir le tribunal aux affaires familiales, cf. § 40 al. 1 tiret 1 du VwGO en lien avec le § 1666 du BGB. Ce dernier repose également sur des nécessités constitutionnelles.

La protection de l'enfant en droit allemand s'organise autour de plusieurs axes.

L'ouverture d'une procédure par un tribunal civil ou administratif requiert une requête en bonne et due forme au sens juridique du terme. Les tribunaux précités ne peuvent entrer en action qu'en présence d'une telle requête.

Les procédures au sens du § 1666 du BGB par contre ne relèvent pas des procédures de requête au sens du § 23 de la FamFG, mais bien de celles stipulées au § 24 de la FamFG, qui peuvent être introduites d'office, et également à l'initiative de n'importe quelle personne ou même en l'absence d'une telle personne, dès lors que le tribunal estime, pour des motifs relatifs à l'intérêt supérieur de l'enfant, cf. § 1697a du BGB, qu'une intervention s'impose.

La mise en danger de l'enfant est établie dès lors qu'un risque pour le bien-être mental, physique ou moral de l'enfant est présent dans une mesure telle que l'on peut entrevoir avec une probabilité certaine que le laisser perdurer sans intervention constituerait un préjudice grave (commentaire Palandt-Götz, § 1666 Rn. 8).

L'état actuel des sciences montre qu'une telle mise en danger est pour le moins évidente dans le cas du port du masque nez-bouche, de sorte que le tribunal avait l'obligation d'engager une procédure pour vérifier cette question.

Selon le principe de l'égalité de traitement au sens de l'article 3 de la Constitution allemande (Grundgesetz, GG) et la fonction de surveillance et de protection dévolue à l'État pour la famille inscrite dans l'article 6 de la Constitution allemande, il ne serait pas acceptable d'un point de vue constitutionnel que certains enfants puissent espérer qu'une requête soit déposée pour eux devant un tribunal semblant approprié et d'autres non. Même les enfants dont les parents seraient en principe prêts à et en mesure de déposer les requêtes nécessaires en fonction des circonstances, peuvent être laissés pour compte, dès lors que leurs parents ne le font pas ou du moins tardent à le faire par peur des conséquences pour leurs enfants. Le § 1666 du BGB s'applique pour tous les enfants. A la procédure elle-même s'applique le principe d'égalité de traitement, cf. § 26 de la FamFG.

Ainsi, selon la doctrine dominante, les parents ne sont pas obligés d'emprunter préalablement la voie du droit civil général (commentaire Palandt-Götz, § 1666 Rn. 41).

Ils ne sont pas davantage tenus de recourir préalablement à la voie du droit administratif pour s'opposer au règlement motivant la mesure en question et d'intenter le cas échéant une procédure en contrôle de la constitutionnalité. Cela découle au demeurant notamment du fait que la procédure administrative poursuit un autre objectif de protection juridique que celui visé ici avec la décision intentée à l'encontre de la direction de l'école et des enseignants des enfants.

Enfin, les conditions de recevabilité sont réunies pour le prononcé d'une ordonnance de référé au sens des §§ 49 et suivants de la FamFG.

L'ordonnance de référé est plus particulièrement recevable, parce qu'il est fait valoir ici qu'elle est justifiée au sens des dispositions régissant le rapport juridique (§ 1666 du BGB) et qu'il existe, pour ce qui est de l'enseignement scolaire avec obligation du port du masque, un besoin urgent d'action immédiate.

II. Bien-fondé de l'initiative auprès du tribunal aux affaires familiales

1. Généralités

La requête déposée auprès du tribunal aux affaires familiales pour régler comment éviter une mise en danger du bien-être exposé au dispositif est motivée au sens du § 1666 du Code civil allemand (BGB).

La mise en danger de l'enfant est établie dès lors qu'un risque pour le bien-être mental, physique ou moral de l'enfant est présent dans une mesure telle que l'on peut entrevoir avec une probabilité certaine que le laisser perdurer sans intervention constituerait un préjudice grave (Palandt-Götz, § 1666 Rn. 8).

Une telle mise en danger est présente ici. En effet, l'obligation de porter des masques faciaux et de respecter une distance entre eux et avec d'autres personnes sur le temps scolaire en particulier représente non seulement une menace pour le bien-être mental, physique et moral des enfants, mais en outre un préjudice déjà existant. Dans le même temps, cette obligation constitue une violation de nombreux droits des enfants et de leurs parents issus de la loi, de la constitution et de conventions internationales. Cela concerne en particulier le droit au libre épanouissement de la personnalité et à l'intégrité physique en vertu de l'article 2 de la Constitution (GG), ainsi que le droit à l'éducation et à la prise en charge par les parents (également en ce qui concerne les mesures de santé préventive et les "objets" à porter par les enfants). Mais cela s'applique également

pour d'autres droits des enfants, tels que présentés par la mère des enfants en partie A, point IV.

Les enfants subissent un préjudice mental, physique et pédagogique tandis que leurs droits sont lésés sans que cela ne constitue un bénéfice pour les enfants eux-mêmes ou pour des tiers.

Les directions des écoles, les personnels enseignants et autres ne peuvent invoquer les règlements du Land de Thuringe, tels que décrits plus en détail en partie A, point II. En effet, ces règlements ne sont pas couverts par la Constitution et donc nuls.

L'obligation stipulée à l'art. 100 al. 1 de la Constitution allemande, de soumettre toute loi présumée inconstitutionnelle à la Cour constitutionnelle fédérale ou au tribunal constitutionnel d'un Land, ne s'applique expressément que pour les lois formelles de la République fédérale et des Länder et non aux lois matérielles, telles que des dispositions légales ou la disposition générale en question. Au sens de la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle fédérale (essentiellement BVerfGE 1, 184 (195 et suiv.)), chaque tribunal a la charge de statuer lui-même sur la constitutionnalité, comme l'a déjà fait le tribunal judiciaire de Weimar, jugement du 11 janvier 2021 - 6 OWi – réf. 523 Js 202518/20 -, juris.

La manière dont le tribunal aux affaires familiales pourra réagir aux atteintes à l'intérêt supérieur de l'enfant créées par de lois formelles fédérales ou d'un Land au-delà de leur introduction auprès du tribunal constitutionnel fédéral ou tribunal constitutionnel du Land, n'est pas pertinente aux fins de la présente décision et ne requiert ainsi pas d'explications complémentaires.

Les règlements du Land, tels qu'exposés plus en détail en partie A, point II (s'appliquant de même pour tout règlement d'actualisation, de contenu identique ou de contenu similaire), sont contraires à la constitution, car ils vont à l'encontre du principe de proportionnalité fondé par l'état de droit, cf. articles 20 et 28 de la Constitution (GG).

Selon ce principe, également connu sous le nom d'interdiction des dispositions excessives, les mesures destinées à atteindre un but légitime doivent être appropriées, nécessaires et proportionnées au sens le plus stricte : c'est-à-dire en pesant les avantages et les inconvénients qu'elles permettent d'atteindre.

Les mesures en cause qui, contrairement aux stipulations du § 1 al. 2 de la Loi relative à la protection contre les infections (IfSG), ne sont pas fondées sur des données factuelles, sont déjà inadaptées à la réalisation de l'objectif fondamentalement légitime qu'elles poursuivent, à savoir éviter la surcharge du système de santé ou endiguer la circulation du virus SRAS-CoV-2. Mais dans tous les cas, elles sont disproportionnées au sens strict du terme, car les inconvénients/dommages collatéraux considérables qu'elles induisent ne sont compensés par aucun avantage reconnaissable pour les enfants eux-mêmes ou pour des tiers.

L'inadéquation et l'excessivité des mesures prescrites sont motivées ci-après. Dans le même temps, il est précisé que ce ne sont pas les Parties qui doivent motiver l'inconstitutionnalité des atteintes à leurs droits, mais au contraire l'État libre de Thuringe qui, portant atteinte aux droits des intéressés à travers ses dispositions, doit prouver avec les données scientifiques qui s'imposent que les mesures qu'il prescrit sont aptes à atteindre les objectifs visés et qu'elles sont le cas échéant proportionnées. Jusqu'à présent, cela est loin d'être le cas.

2. Absence de bénéfice du port du masque et du respect des consignes de distanciation pour les enfants eux-mêmes et les tiers

Dans une expertise produite dans son intégralité, cf. partie A, point VIII, l'experte Prof. Dr. méd. Ines Kappstein a compilé l'ensemble des données internationales existantes relatives aux masques.

Elle résume de manière convaincante que l'efficacité du port du masque en public pour les personnes en bonne santé n'est pas prouvée par des données scientifiques. De même, la « protection des tiers » et la « transmission inaperçue », sur lesquelles l'Institut Robert Koch (RKI) a fondé sa « réévaluation », ne sont pas étayées par des faits scientifiques. La vraisemblance, les estimations mathématiques et les évaluations subjectives dans les articles d'opinion ne peuvent remplacer les études épidémiologiques cliniques menées au sein de la population. Les études expérimentales sur la capacité de filtration des masques et les estimations mathématiques ne permettent pas de prouver leur efficacité dans la vie réelle. Si les autorités sanitaires internationales préconisent le port de masques dans l'espace public, elles affirment également qu'il n'existe aucune preuve fournie par des études

scientifiques. Au contraire, tous les résultats scientifiques actuellement disponibles suggèrent que les masques n'ont aucun effet sur la circulation du virus. D'une manière générale, l'ensemble des publications citées comme preuves de l'efficacité des masques dans l'espace public ne permettent pas d'aboutir à cette conclusion. Cela vaut également pour la fameuse étude d'Iéna, comme l'expert le détaille dans son rapport. En effet, l'étude d'Iéna – qui est, comme la grande majorité des autres études, une étude d'estimation ou de modélisation purement mathématique basée sur des hypothèses théoriques sans réel des contact tracing, et dont les auteurs sont issus du domaine de la macroéconomie et sans connaissances épidémiologiques – ne tient pas compte de la circonstance épidémiologique décisive, comme l'explique en détail l'expert, que l'incidence de l'infection par le virus avait déjà considérablement diminué avant l'introduction du port du masque obligatoire à Iéna le 6 avril 2020 (et environ trois semaines plus tard dans toute l'Allemagne), et qu'il n'y avait plus d'incidence pertinente d'infection par le virus à Iéna dès la fin du mois de mars 2020.

Pour être efficace dans l'absolu, chaque masque doit être porté correctement, poursuit l'experte. Les masques peuvent présenter un risque de contamination dès lors qu'ils sont manipulés. Or, premièrement, la population ne les porte pas correctement ; et deuxièmement, la population les touche souvent avec les mains. Cela peut être observé de la même manière avec les politiciens qui sont présents à la télévision. La population n'a pas été instruite sur la manière d'utiliser correctement les masques, ni sur la manière de se laver les mains en déplacement ou de procéder à une désinfection efficace des mains. En outre, il n'a pas été expliqué pourquoi l'hygiène des mains est importante, ni qu'il faut veiller à ne pas porter ses mains aux yeux, au nez et à la bouche. La population a été pratiquement livrée à elle-même avec les masques.

Le risque d'infection n'est non seulement pas réduit par le port du masque, mais au surplus augmenté par la manipulation incorrecte du masque. L'experte expose cela dans son rapport avec autant de détail que le fait que, et pour quelles raisons, il est « irréaliste » d'espérer parvenir à une manipulation correcte des masques par la population.

La transmission du SRAS-CoV-2 par les « aérosols », c'est-à-dire par l'air, est peu plausible d'un point de vue médical et manque d'être scientifiquement prouvée. Il s'agit d'une hypothèse qui émane principalement de physiciens spécialisés dans les aérosols, qui, comme le conclut l'experte de manière intelligible, ne peuvent se prononcer sur un contexte médical au regard de leur spécialité. La théorie des « aérosols » porte un

préjudice énorme aux relations humaines et fait que les gens ne peuvent plus se sentir en sécurité dans aucun espace intérieur, certains craignant même une infection par des « aérosols » à l'extérieur des bâtiments. Associée à l'idée d'une transmission « inaperçue », la théorie des « aérosols » pousse les gens à voir un risque d'infection dans chaque autre être humain.

Les changements de politique en matière de masques, d'abord des masques en tissu en 2020, puis, depuis le début de l'année 2021, des masques chirurgicaux ou FFP2, ne laissent entrevoir aucune ligne de conduite claire. Même si les masques chirurgicaux et les masques FFP sont tous deux des masques médicaux, ils répondent à des fonctions différentes et ne sont donc pas interchangeables. Soit les politiciens qui ont pris ces décisions n'ont eux-mêmes pas compris la fonction de principe associée à chaque type de masque, soit ils n'en ont pas tenu compte, considérant uniquement la valeur symbolique du masque. Du point de vue de l'experte, les décisions des responsables politiques en matière de masques ne sont pas plausibles et peuvent, pour le moins, être qualifiées d'improbables.

L'experte souligne en outre, qu'il n'existe aucune étude scientifique menée sur la distanciation sociale en dehors du cadre des soins médicaux aux patients.

En résumé, selon elle et selon la conviction du tribunal, seules les règles suivantes peuvent être établies :

1. Garder une distance d'environ 1,5 m (1 à 2 m) lors d'un contact face-à-face lorsque l'une des deux personnes présente les symptômes d'un rhume pourrait être décrit comme une précaution raisonnable. Cette dernière ne présente toutefois aucune garantie d'un point de vue scientifique. Au contraire, il n'existe que des indices allant dans ce sens, ou il peut paraître plausible qu'il s'agisse d'une mesure efficace pour se protéger d'un contact avec des agents pathogènes par le biais de gouttelettes de sécrétions respiratoires dans le cas où la personne contact présente des signes de rhume. En revanche, maintenir un périmètre de distanciation 360° n'est pas un moyen raisonnable pour se protéger si la personne contact est enrhumée.

2. Le maintien d'un périmètre de distanciation 360° ou même seulement d'une distanciation en face-à-face d'environ 1,5 m (1 à 2 m), lorsqu'aucune des personnes présentes ne présente de signe de rhume, n'est pas soutenu par des données scientifiques. Toutefois, cela nuit considérablement à la vie sociale des personnes et

plus particulièrement aux contacts naturels entre enfants, sans aucun avantage reconnaissable en termes de prévention des infections.

3. Les contacts rapprochés, c'est-à-dire à moins de 1,5 m (1 à 2 m), entre élèves, ou entre enseignants et élèves, ou entre collègues de travail, etc., ne présentent pas de risque, même si l'une des deux personnes de contact présente des signes de rhume, car la durée de tels contacts à l'école ou même entre adultes, où que ce soit en public, est bien trop courte pour qu'une transmission de gouttelettes puisse se produire. C'est ce que montrent également des études portant sur des foyers où, malgré une grande promiscuité et de nombreux contacts de la peau et des muqueuses, peu de membres du foyer tombent malades lorsque l'un d'entre eux présente une infection respiratoire.

L'experte soulève de manière convaincante le problème de la modélisation mathématique.

Les modélisations mathématiques (aussi appelées estimations mathématiques) sont bien connues dans la prévision météorologique et la recherche climatique, mais elles sont également utilisées depuis de nombreuses années pour prédire l'évolution d'épidémies ou l'influence de différentes mesures de prévention. Elles sont particulièrement utilisées dès lors qu'il existe peu de données pertinentes issues d'études directes. Une grande partie des études relatives au SRAS-CoV-2 (par ex. sur l'efficacité des masques) sont des modélisations mathématiques, dont la pertinence n'est que très limitée car les résultats ne reflètent pas la « vraie » vie, mais reposent sur des hypothèses. Les résultats dépendent de ces « curseurs » et ne donnent ainsi qu'une vision simplifiée de la réalité. De telles études ne peuvent donc livrer que des résultats « si-alors ». D'un côté du spectre, il y a des modélisations purement théoriques et de l'autre côté, des modélisations dans lesquelles interviennent autant de données épidémiologiques cliniques que disponibles. Mais à chaque fois, comme l'explique l'experte dans le détail, le résultat n'offre qu'une pertinence très limitée et la qualité des preuves scientifiques est tout aussi passable. La portée dans la réalité des résultats de telles études menées sur le SRAS-CoV-2 est toutefois bien souvent surestimée. En cas de résultat positif, ces résultats sont utilisés comme preuve de l'efficacité de mesures. Cela a pu être observé à plusieurs reprises tout au long de la pandémie, et même, comme l'indique expressément l'experte, chez des médecins et biologistes actifs dans les milieux scientifiques.

L'experte renvoie également à cette problématique en ce qui concerne la question des taux de transmission attendus via les personnes symptomatiques, pré-symptomatiques et asymptomatiques. Selon ses observations, la transmission pré-symptomatique est possible, mais pas obligatoire. Dans tous les cas, ils sont, selon elle, nettement inférieurs lors de l'évaluation de scénarios de contact réels que lors de modélisations mathématiques.

Partant d'une revue systématique avec méta-analyse sur la transmission du Covid dans les foyers, publiée en décembre 2020, elle met en regard un taux de transmission certes plus élevé, mais non excessif, de 18 % pour les cas symptomatiques relevés avec une transmission extrêmement faible de seulement 0,7 % pour les cas asymptomatiques. La possibilité que des personnes asymptomatiques, auparavant qualifiées de personnes saines, transmettent le virus est donc insignifiante.

En conclusion, l'experte constate en réponse aux questions de preuves 1, 3 et 4 :

Il n'existe aucune preuve que les masques faciaux de différents types puissent réduire le risque d'infection par le SRAS-CoV-2, que ce soit dans l'absolu ou même de manière appréciable. Cette affirmation s'applique aux personnes de toutes les tranches d'âges, y compris donc aux enfants et aux adolescents, ainsi qu'aux personnes asymptomatiques, pré-symptomatiques et symptomatiques.

Il existe au contraire une possibilité que les contacts mains-visage, qui deviennent plus fréquents lors du port du masque, augmentent le risque d'entrer soi-même en contact avec l'agent pathogène ou d'amener d'autres personnes à entrer en contact avec lui.

Pour la population normale, il n'existe aucun risque d'infection que ce soit dans la sphère publique ou privée qui pourrait être réduit par le port du masque (ou d'autres mesures).

Il n'existe aucun indice laissant à penser que le respect des règles de distanciation sociale puisse réduire le risque d'infection. Cela s'applique aux personnes de toutes les tranches d'âges, y compris aux enfants et aux adolescents.

Ces résultats sont confirmés par les observations exhaustives de l'expert Prof. Dr. Kuhbandner. Selon ces dernières, il n'existe à ce jour aucune donnée scientifique de haute qualité prouvant que le risque d'infection puisse être réduit de manière significative par le port de masques faciaux. D'après les constatations de l'expert, les recommandations de l'Institut Robert Koch (RKI) et le protocole S3 des sociétés spécialisées sont basés sur des études d'observation, des études en laboratoire sur l'efficacité de filtration et des études de modélisation, qui ne fournissent que des preuves de faible ou très faible évidence, car la méthodologie sous-jacente à ces études ne permet pas de tirer des conclusions réellement valables quant à l'effet des masques dans la vie quotidienne et dans les écoles. En outre, les résultats des différentes études sont hétérogènes et des études d'observation plus récentes fournissent également des résultats contradictoires.

Concernant les études randomisées contrôlées existantes sur l'effet du port du masque, l'expert constate qu'elles ne mettent en évidence aucune efficacité des masques. Au contraire, la seule étude randomisée contrôlée exhaustive réalisée à ce jour sur l'effet du port de masques en coton pointe que les masques en coton peuvent même augmenter le risque d'infection. C'est surtout la manipulation des masques qui entre en jeu ici, car ces derniers peuvent avoir un impact négatif sur le risque d'infection en cas de mauvaise manipulation. Pour les écoliers et écolières, notamment les plus jeunes, les problèmes de manipulation sont toutefois inévitables. L'experte Prof. Dr. méd. Kappstein a d'ores et déjà fait remarquer que, pour ce qui est d'éviter la contamination, le problème de la manipulation rend le port du masque non seulement inutile, mais qu'il peut même être nuisible.

En outre, le taux de réduction du risque de contamination atteignable par le port de masques dans les écoles est en soi très réduit, parce que les contaminations surviennent, même sans masque, très rarement dans les écoles. En conséquence, la réduction absolue du risque est si faible qu'une pandémie ne pourra être combattue ainsi de manière significative.

Selon les explications de l'expert, les chiffres d'infection chez les enfants, qui seraient actuellement en hausse, sont très probablement dus, en réalité, au fait que le nombre de tests chez les enfants a considérablement augmenté au cours des semaines

précédentes. Le risque de contamination au sein des écoles étant en soi très faible, même dans le cas d'une éventuelle augmentation du taux de contamination par le nouveau variant du virus B.1.1.7, de l'ordre de grandeur supposé dans les études, il ne faut pas s'attendre à une accélération significative la propagation du virus dans les écoles.

A ce faible avantage s'opposent de nombreux effets secondaires possibles pouvant impacter le bien-être physique, psychologique et social des enfants, et dont de nombreux enfants ont dû souffrir pour éviter une seule infection.

L'expert présente ces effets en détail, entre autres sur la base du registre des effets secondaires publié dans le mensuel spécialisé en pédiatrie « Monatsschrift Kinderheilkunde ».

3. Inadéquation des tests PCR et tests rapides pour mesurer la circulation du virus

L'experte Prof. Dr. méd. Kappstein a déjà souligné dans son rapport que le test PCR utilisé ne permet de détecter que du matériel génétique, mais pas de savoir si l'ARN provient d'un virus infectieux et donc capable de se répliquer (c'est-à-dire capable de se reproduire).

L'experte Prof. Dr. rer. biol. hum. Kämmerer confirme elle-aussi dans son rapport d'expertise en biologie moléculaire, qu'un test PCR – même effectué correctement – ne peut fournir aucune information permettant de savoir si une personne est infectée par un agent pathogène actif ou non.

En effet, le test ne peut faire la distinction entre du matériel* « mort », par ex. un fragment de génome totalement inoffensif, vestige de la lutte du système immunitaire naturel contre un rhume ou une grippe (de tels fragments de génome se retrouvent encore plusieurs mois après que le système immunitaire a « éradiqué » le problème) et du matériel « vivant », c'est-à-dire un virus « frais » capable de reproduction.

Ainsi, la PCR est par exemple utilisée en médecine légale pour amplifier l'ADN résiduel de débris de cheveux ou d'autres fragments de manière à permettre l'identification de l'origine génétique d'un ou de plusieurs auteurs (« empreinte génétique »).

Même si tout est fait « correctement » lors de l'exécution de la PCR, y compris toutes les étapes préliminaires (conception et obtention de la PCR, prélèvement de l'échantillon, traitement et réalisation de la PCR), et que le test est positif, c'est-à-dire qu'il détecte une séquence génomique qui peut, le cas échéant, également exister dans un coronavirus quelconque ou même dans le Covid lui-même (SRAS-CoV-2), cela ne signifie en aucun cas que la personne testée positive est infectée par un SRAS-CoV-2 en réplique et donc contagieuse = dangereuse pour d'autres personnes.

Au contraire, pour diagnostiquer une infection active par le SRAS-CoV-2, il convient d'utiliser d'autres méthodes diagnostiques concrètes, telles que l'isolement des virus capables de réplique.

Indépendamment de l'impossibilité de principe de dépister une infection par le virus SRAS-CoV-2 à l'aide d'un test PCR, les résultats d'un test PCR dépendent, selon les observations de l'experte Prof. Dr. Kämmerer, d'une série de paramètres qui, d'une part, sont à l'origine d'incertitudes considérables et, d'autre part, peuvent être manipulés de manière à obtenir beaucoup ou peu de résultats positifs (en apparence).

Parmi ces sources d'erreur, il convient d'en distinguer deux marquantes.

Il s'agit d'une part du nombre de gènes cibles à tester. Ce dernier a été réduit, selon les directives de l'OMS, de trois successifs, à l'origine, à un seul.

L'experte estime qu'en se limitant à tester un seul gène cible dans une population mixte de 100 000 tests, au sein de laquelle aucune personne n'est réellement infectée, on obtient, sur la base du taux d'erreur moyen déterminé dans la comparaison inter-laboratoires menée par Instand, un nombre de 2 690 faux positifs. L'utilisation de trois gènes cibles ne générerait que dix faux positifs.

Si les 100 000 tests effectués étaient effectués de manière représentative sur 100 000 citoyens d'une ville ou d'un Landkreis (district) sur une période de sept jours, cette réduction du nombre de gènes cibles utilisés entraînerait à elle seule une différence de l'ordre de dix faux positifs contre 2 690 faux positifs dans l'« incidence quotidienne » qui détermine l'importance des restrictions imposées à la liberté des citoyens.

Si un « nombre de cibles » correct de trois ou même mieux (comme par ex. en Thaïlande) jusqu'à six gènes avait été systématiquement utilisé pour l'analyse PCR, le taux des tests positifs et donc l'« incidence sur 7 jours » auraient été presque

complètement réduits à zéro.

En outre, une source d'erreur supplémentaire est la valeur appelée valeur Ct, c'est-à-dire le nombre de cycles d'amplification/doublement jusqu'auquel le test est encore considéré comme « positif ».

L'experte souligne que, de l'avis unanime des scientifiques, tous les résultats « positifs » qui ne sont détectés qu'à partir d'un Ct de 35 n'ont aucun fondement scientifique (c'est-à-dire ne sont pas basés sur des données factuelles). Dans une fourchette de valeur de Ct comprise entre 26 et 35, le test ne peut être considéré comme positif que s'il est mis en perspective avec la culture du virus. Pourtant, le test RT-qPCR pour la détection du SRAS-CoV-2 propagé dans le monde entier avec l'aide de l'OMS, a été (et à sa suite, tous les autres tests basés dessus) fixé à 45 cycles sans que soit définie une valeur de Ct pour les résultats « positifs ».

L'experte pointe dans son rapport d'autres sources d'erreur liées à la manipulation du test.

En outre, lors de l'utilisation du test RT-q-PCR, l'avis de l'OMS à l'attention des utilisateurs de tests de diagnostic in vitro 2020/05 doit être respecté (n° 12 de l'avertissement juridique du tribunal). Selon cet avis, si le résultat du test n'est pas en accord avec l'examen clinique de la personne examinée, un nouvel échantillon doit être prélevé puis des examens complémentaires et un diagnostic différentiel doivent être menés ; au sens de ces directives, ce n'est qu'à ces conditions qu'un test peut être compté comme positif. <https://www.who.int/news/item/20-01-2021-who-information-notice-for-ivd-users-2020-05>

Ces directives sont aussi peu observées en Thuringe et à l'échelle fédérale que sont exclus les comptages multiples d'une même personne qui se serait faite tester plusieurs fois (n° 13 de l'avertissement juridique du tribunal).

Selon les observations du rapport d'expertise, les tests antigéniques rapides utilisés pour les tests de masse ne peuvent également fournir aucune information sur l'infectiosité, car ils ne permettent de détecter que des composants protéiques sans relation avec un virus intact et capable de se répliquer.

Pour permettre une estimation de l'infectiosité des personnes testées, il faudrait comparer individuellement le test positif effectué dans chaque cas (comme un test RT-

qPCR) avec une cultivabilité des virus issus de l'échantillon testé, ce qui est impossible avec les conditions de test qui sont extrêmement variables et invérifiables.

Enfin, l'experte souligne que la faible spécificité des tests implique un taux élevé de résultats faussement positifs, qui entraînent autant de conséquences inutiles sur le plan personnel (quarantaine) et social (par ex. fermeture d'écoles, « alertes sanitaires ») jusqu'à ce que l'on découvre qu'il s'agit de fausses alertes. L'incidence d'erreur, à savoir un nombre important de faux positifs, est particulièrement élevée parmi les tests effectués sur des personnes qui ne présentent aucun symptôme.

Il reste à noter que, sur le principe, le test PCR utilisé tout comme les tests rapides antigéniques ne sont, comme démontré dans l'expertise, pas appropriés pour dépister une infection par le virus SRAS-CoV-2. Avec les sources d'erreur exposées ci-dessus et celles soulignées dans le rapport d'expertise présentant des effets graves, les conditions d'une détermination adéquate de l'activité du virus SRAS-CoV-2 en Thuringe (et à l'échelle fédérale) ne sont pas le moins du monde réunies.

En tout état de cause, le terme « incidence » est mal utilisé par le législateur du Land. Le terme « incidence » est sensé désigner l'apparition de nouveaux cas dans un groupe de personnes défini (testées à plusieurs reprises et, le cas échéant, examinées par un médecin) sur une période définie, cf. n° 11 de l'avertissement juridique du Tribunal. Mais dans les faits, des groupes de personnes non définis sont testés sur des périodes non définies, de sorte que ce que l'on désigne comme une « incidence » ne constitue qu'un simple rapport de cas déclarés.

Quoi qu'il en soit, selon une étude de méta-analyse réalisée par le chercheur en médecine et statisticien John Ioannidis, un des scientifiques les plus cités au monde, qui a été publiée dans un bulletin de l'OMS en octobre 2020, le taux de létalité de l'infection est de 0,23 %, ce qui n'est pas plus élevé que celui des épidémies de grippe modérément graves.

[https://www.who.int/bulletin/online first/BLT.20.265892.pdf](https://www.who.int/bulletin/online_first/BLT.20.265892.pdf)

Ioannidis a également conclu, dans une étude publiée en janvier 2021, que les confinements ne présentent aucun avantage significatif.

[https://www.who.int/bulletin/online firsVBLT.20.265892.pdf](https://www.who.int/bulletin/online_firsVBLT.20.265892.pdf)

4. Atteinte au droit à l'autodétermination informationnelle à travers les tests rapides dans les établissements scolaires

Le droit à l'autodétermination informationnelle, qui fait partie du droit général de la personne conformément à l'article 2 alinéa 1 de la Constitution allemande, est le droit de l'individu à déterminer, sur le principe, pour lui-même, la divulgation et l'utilisation des données se rapportant à sa personne. Ces données se rapportant à sa personne comprennent également les résultats de test. De plus, un tel résultat constitue une « donnée » de santé personnelle au sens du Règlement général sur la protection des données (DSGVO) et ne concerne fondamentalement personne d'autre.

Cette atteinte à un droit fondamental est elle-aussi inconstitutionnelle. En effet, étant donné les modalités pratiques des tests dans les écoles, il semble inévitable que de nombreuses autres personnes (camarades de classe, enseignants, autres parents) soient informées par exemple d'un résultat de test « positif ».

Il en va par ailleurs de même si des stands de dépistage similaires sont érigées devant les accès aux magasins ou aux événements culturels.

En outre, la Loi relative à la protection contre les infections (IfSG) ne couvre pas le dépistage obligatoire des écoliers en vertu de la législation du Land – indépendamment du fait que cette dernière fait elle-même l'objet d'importantes objections constitutionnelles.

En vertu du § 28 de l' IfSG, les autorités compétentes peuvent prendre les mesures de protection nécessaires de la manière qui y est spécifiée dès lors que des « personnes malades, des personnes soupçonnées d'être malades, des personnes soupçonnées d'être contagieuses ou d'être porteuses » sont identifiées. En vertu du § 29 de l'IfSG, ces personnes peuvent être soumises à une observation et doivent alors également subir les examens nécessaires.

Dans sa décision du 02/03/2021, réf. : 20 NE 21.353, la Cour administrative de Bavière (BayVGH) a refusé de considérer les employés des maisons de retraite médicalisée a priori comme malades, soupçonnés d'être malades ou porteurs. Cela devrait également s'appliquer aux élèves. Et même un classement comme « suspecté d'être contagieux » n'est pas envisageable.

Selon la jurisprudence de la Cour fédérale administrative (BVerwG), est considéré comme suspecté d'être contagieux au sens du § 2 n° 7 de l'IfSG toute personne ayant eu, avec une certitude suffisante, un contact avec une personne infectée ; une simple probabilité lointaine ne suffit pas. Il est nécessaire que l'hypothèse selon laquelle la personne concernée est porteuse d'agents pathogènes prime en probabilité sur son contraire. Seule la probabilité d'un processus infectieux antérieur est déterminante d'une suspicion de contagiosité, cf. jugement du 22/03/2012 – 3 C 16/11 – juris Rn. 31 et suiv.

La Cour administrative de Bavière, BayVGH, loc. cit. l'a rejeté pour les professionnels de la santé. Il en va de même pour les enfants scolarisés.

5. Droit des enfants à l'éducation et à l'enseignement scolaire

Les enfants en âge d'aller à l'école sont non seulement soumis à l'obligation d'être scolarisés en vertu de la législation du Land, mais ils ont également un droit à l'éducation et à la scolarisation.

C'est également ce que stipulent les articles 28 et 29 de la Convention internationale des droits de l'enfant adoptée par les Nations Unies en vigueur en Allemagne.

Selon ces articles, tous les États signataires de la convention doivent non seulement rendre la fréquentation de l'école primaire obligatoire et gratuite pour tous, mais aussi promouvoir le développement de diverses formes d'enseignement secondaire de formation générale et professionnelle, rendre ces enseignements disponibles et accessibles (!) à tous les enfants et prendre des mesures appropriées telles que l'introduction de la gratuité de l'enseignement et la mise en place d'un soutien financier en cas de besoin. En cela, les objectifs éducatifs stipulés à l'article 29 de la Convention internationale des droits de l'enfant adoptée par les Nations Unies doivent être respectés.

6. Conclusion

La contrainte imposée aux écoliers de porter un masque et de maintenir une distance entre-eux et avec des tiers porte atteinte aux enfants sur le plan physique, psychologique, pédagogique et dans leur développement psychosocial, sans être contrebalancée par autre chose que, au mieux, un bénéfice marginal pour les enfants eux-mêmes ou pour les tiers.

Les écoles ne jouent pas un rôle significatif dans l'activité de la « pandémie ».

Les tests PCR et les tests rapides utilisés seuls ne sont pas, sur le principe, adaptés pour dépister une « infection » par le virus SRAS-CoV-2.

Selon les observations des rapports d'expertises, c'est déjà ce qui ressort des calculs de l'Institut Robert Koch lui-même. D'après les calculs du RKI, comme l'explique l'expert Prof. Dr. Kuhbandner, à la réception d'un résultat positif obtenu dans le cadre de tests de masse avec des tests rapides, réalisés sans égard pour les symptômes, la probabilité d'être réellement infecté ne s'élève qu'à deux pour cent pour une incidence de 50 (spécificité du test 80 %, sensibilité du test 98 %). Cela signifierait que, pour deux résultats de test rapide réellement positifs, il y aurait 98 résultats de test rapide faussement positifs, qui devraient tous être retestés avec un test PCR.

Une obligation (régulière) de tester en masse, sans motif, des personnes asymptomatiques, c'est-à-dire en bonne santé, pour lesquelles il n'existe aucune indication médicale, ne peut être imposée car elle est disproportionnée par rapport à l'effet qui peut être obtenu. Dans le même temps, la contrainte régulière de passer un test soumet les enfants à une pression psychologique, car leur aptitude à fréquenter l'école est ainsi constamment mise à l'épreuve.

Sur la base d'enquêtes menées en Autriche, où aucun masque n'est porté dans les écoles primaires, mais où des tests rapides sont effectués à grande échelle trois fois par semaine, les observations de l'expert Prof. Dr. Kuhbandner aboutissent à la conclusion suivante :

100 000 élèves de l'école primaire devraient supporter tous les effets secondaires induits par le port du masque pendant toute une semaine afin d'éviter une seule et unique contamination par semaine.

Qualifier ce résultat de simplement disproportionné reviendrait à une description totalement insuffisante de la situation. Bien au contraire, cela révèle que le législateur du Land légiférant dans ce domaine s'est éloigné des faits dans une dimension historique.

La prescription de telles mesures porte, comme exposé, atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant, cf. § 1666 du Code civil allemand (BGB). Le personnel enseignant n'a donc pas le droit de les imposer. Il ne peut, pour ce faire, invoquer les règlements du Land y afférent ni les dispositions générales exposées, car ces derniers vont, de par leur inaptitude à atteindre les objectifs visés, dans tous les cas, mais également en raison de leur disproportion, à l'encontre du principe de proportionnalité ce qui les rend inconstitutionnels et nuls.

En outre, les enfants disposent d'un droit à l'accès à l'enseignement en établissement scolaire.

Dans l'état actuel de l'affaire instruite, il apparaît comme très probable que cette conclusion soit confirmée lors de la procédure au principal. De plus amples observations pourront y être formulées dans le cadre d'une décision.

Lorsque l'on considère les conséquences de l'ordonnance d'une mesure provisoire, il convient de peser les préjudices qui surviendraient si le Tribunal aux affaires familiales n'ordonnait pas dans un premier temps par voie d'ordonnance en référé la décision attendue par les parents des enfants, mais qu'il l'ordonnait finalement ultérieurement, à l'issue de la procédure au principal. Et il convient de peser également les effets induits dans le cas où le Tribunal aux affaires familiales prononcerait la décision attendue par les parents des enfants par voie de mesure provisoire, sans que celle-ci soit confirmée à l'issue de la procédure au principal.

Les préjudices à subir par les enfants seraient dans le cas présent, si la décision attendue était prorogée par le Tribunal aux affaires familiales, largement prédominants.

Dans tous les cas, les parents ne sont pas en mesure de protéger leur enfant du danger, cf. article 1666 du BGB. Avec la fin imminente des vacances de Pâques, il y a un besoin urgent d'agir immédiatement.

Au vu de tout cela, la décision apparaissant au dispositif s'impose. Les camarades de classe des enfants désignés au dispositif étant concernés de la même manière, le Tribunal a prononcé sa décision dans le même temps pour eux.

La décision relative aux dépens repose sur le § 81 de la FamFG.

Fin de la traduction