

Guillaume Halard¹

LES ENJEUX JURIDIQUES DE LA VACCINATION OBLIGATOIRE

UDK: 351.774.7 : 341.231.14
351.774.7 : 342.4 (44)
DOI: 10.31141/zrpf.2022.59.145.599
Izlaganje sa znanstvenog skupa
Primljeno: 6. 4. 2022.

U predmetnom izlaganju pokušava se sagledati nekoliko elemenata: 1. u kolikom opsegu javnopravna tijela mogu prisiliti građane na obvezno cijepljenje; 2. što o obveznom cijepljenju kazuje Ustav Francuske Republike, Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, nacionalno zakonodavstvo te relevantna sudska praksa.

Ključne riječi: *obvezno cijepljenje, pravni režim obveznog cijepljenja, Europski sud za ljudska prava, nacionalno zakonodavstvo i praksa*

Le sujet du vaccin est évidemment dans toutes les bouches depuis qu'ont été lancées, à travers le monde, de très nombreuses campagnes vaccinales pour faire face à la crise du covid-19. Nous avons tous pu observer à quel point cette question est devenue source de crispations, de tensions et de divisions – divisions qui recourent souvent les divisions politiques au sein de nos États.

Les Français, en particulier depuis l'épisode du H1N1 en 2009, figuraient déjà parmi les populations les plus sceptiques au monde face à l'arrivée de nouveaux vaccins sur le marché. L'arrivée des vaccins contre le covid-19 a à cet égard réveillé les mouvements antivax ainsi que ce que l'on appelle « l'hésitation vaccinale », même si aujourd'hui 69 % des Français sont entièrement vaccinés et 76% d'entre eux ont reçu au moins une dose.

Les arguments avancés à l'encontre du vaccin sont classiques : certains sont formulés en termes scientifiques – son bilan risques/bénéfices serait insuffisant, la régression des maladies infectieuses le rendrait de toute façon inutile – d'autres en termes complotistes – la vaccination serait avant tout imposée pour les profits qu'elle génère – et d'autres, enfin, en termes plus politiques – l'obligation vaccinale porterait des atteintes injustifiées à la liberté individuelle

Je ne tenterai pas dans le cadre de cette allocution d'analyser plus avant le courant antivax ni d'empiéter sur le domaine de la science. J'essaierai seulement de clarifier un petit peu le débat d'un point de vue juridique. Dans quelle mesure la puissance publique peut-elle obliger les citoyens à se faire vacciner ? Quel disent

¹ Magistrat administratif, chargé de mission auprès du vice-président du Conseil d'État

la Constitution, la CEDH, la loi et les juges à ce sujet ? Quelles sont les régimes de responsabilité applicables ?

1. JE COMMENCERAI PAR ESQUISSE LA SITUATION ACTUELLE EN MATIÈRE DE VACCINATION OBLIGATOIRE

A/ En Europe, la situation est contrastée.

Dans tous les pays, le législateur a cherché à établir un équilibre entre l'impératif de protection de la santé publique et le respect des droits et libertés individuels. Cependant, les solutions choisies par chaque pays sont en effet variées. Certains ont rendu certains vaccins obligatoires (Italie, Belgique), et d'autres ont seulement adopté des recommandations vaccinales (Allemagne, Espagne, Royaume-Uni).

Pour les pays ayant créé une obligation vaccinale, le non-respect de l'obligation peut entraîner des sanctions d'ordre pécuniaire (amendes), pénal (peine d'emprisonnement) ou social (refus d'inscription dans un établissement scolaire). Pour les pays ayant adopté des recommandations vaccinales, le non-respect des recommandations n'entraîne en général aucune conséquence juridique. Cependant, l'Allemagne a récemment adopté une obligation de consultation médicale, dont l'objet est de donner une information aux parents au sujet de la protection vaccinale lors de l'inscription de tout enfant à la crèche, et a mis en place des sanctions financières en cas de non-respect de cette obligation.

B/ La France fait partie des pays qui ont depuis longtemps imposé des obligations de vaccination.

La première obligation fut instaurée en **1902**, contre la variole, puis abandonnée du fait de l'éradication de cette maladie.

La loi du 24 novembre 1940 instaura ensuite l'obligation de la vaccination antitétanique et antidiphtérique.

La loi du 5 janvier 1950 imposa le vaccin antituberculeux, dit BCG, avant suspension à l'égard des enfants et des adolescents. La vaccination antipoliomyélitique fut prescrite par la loi n° 64-645 du 1^{er} juillet 1964.

Enfin, la loi de financement de la sécurité sociale pour 2018, modifiant l'article L. 3111-1 du Code de la santé publique, ajouta huit vaccinations obligatoires aux trois subsistantes : coqueluche, haemophilus influenzae de type b, hépatite B, pneumocoque, méningocoque, rougeole, oreillons, rubéole.

À ces vaccinations généralisées selon les classes d'âges, s'ajoutent des obligations selon les professions ou les études, la plus répandue étant celles contre l'hépatite B et la grippe (CSP, art. L. 3111-4). Il existe aussi des obligations selon le lieu de résidence, ou face à des menaces sanitaires graves (CSP, art. L. 3131-1). Toutes

ces vaccinations sont obligatoires, sauf contre-indication médicale, mais ne sont assorties d'aucune sanction pénale, hormis celles concernant certaines professions et certains étudiants.

2. LE RÉGIME JURIDIQUE DE LA VACCINATION OBLIGATOIRE EST DIRECTEMENT LIÉ AU FAIT QU'ELLE A TOUJOURS ÉTÉ CONÇU COMME METTANT EN JEU L'ORDRE PUBLIC SANITAIRE

A/

Car c'est un argument qui a été largement mis en avant pendant la crise sanitaire mais qui était au cœur de toutes les obligations vaccinales précédentes : la vaccination ne vise pas que la protection individuelle du vacciné, mais aussi la protection collective des personnes non vaccinées. C'est ce que les médecins désignent comme « l'effet de groupe » de la vaccination, laquelle par sa diffusion massive tend à réduire le « réservoir » de personnes pouvant être atteintes et donc susceptibles de contribuer à la propagation des infections.

Traduction juridique : ce qui différencie la vaccination d'autres actes non thérapeutiques – car la vaccination n'est en principe pas un acte thérapeutique –, c'est que, pour la seconde catégorie, ni l'accès individuel aux soins, ni l'ordre public sanitaire ne sont en cause. Au contraire, la vaccination, tout en satisfaisant un droit individuel aux soins, constitue un outil de maintien de l'ordre public sanitaire.

C'est à ce titre qu'elle entre dans le cadre des dispositions de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946, selon lequel la Nation « garantit à tous [...] la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ». Cette disposition traduit non seulement un droit subjectif à l'accès aux soins, mais également une obligation objective de l'État de protéger la santé publique, d'assurer la préservation de l'ordre public sanitaire. Le Conseil d'État qualifie d'ailleurs les lois imposant la vaccination de « lois de police sanitaire » ce qui a notamment pour effet qu'elles s'appliquent impérativement aux situations qu'elles visent sans qu'une personne puisse s'y soustraire au motif qu'elle n'aurait pas la nationalité française ou serait un double national » (CE 26 nov. 2001 n° 222741).

B/

Sur cette base, le législateur dispose donc d'une très grande latitude pour imposer ou ne pas imposer d'obligation vaccinale. C'est ce qu'a explicitement reconnu le Conseil constitutionnel, qui a en effet jugé à plusieurs reprises que l'obligation de vaccination est, dans son principe, conforme à l'exigence constitutionnelle de protection de la santé (20 mars 2015, n° 2015-458 QPC : « (...) il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de

décision de même nature que celui du Parlement, de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances scientifiques, les dispositions prises par le législateur ni de rechercher si l'objectif de protection de la santé que s'est assigné le législateur aurait pu être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé ». Le Conseil constitutionnel n'exerce pas de contrôle de proportionnalité et refuse « de rechercher si l'objectif de protection de la santé que s'est assigné le législateur aurait pu être atteint par d'autres voies » (Cons. const., 16 mai 2012, n° 2012-249 QPC).

Ajoutons que le législateur délègue une grande partie de son pouvoir en la matière au pouvoir réglementaire. La loi lui confie en effet le pouvoir de fixer les modalités des vaccinations (âge par exemple), d'imposer les vaccinations nécessaires pour faire face à une « menace sanitaire grave » (art L 3131-1 CSP ; pour la variole : décret du 3 avril 2003). On peut noter par ailleurs que la loi prévoit elle-même le démantèlement des obligations vaccinales qu'elle institue ! L'article L 3111-1, al. 2, permet à cet égard au Premier ministre « compte tenu de la situation épidémiologique et des connaissances scientifiques, de suspendre, pour tout ou partie de la population, les obligations prévues... ». C'est ainsi qu'un décret de 2007 a avait suspendu, en France, l'obligation vaccinale par le BCG pour les enfants ou qu'un décret de 2006 avait suspendu pour les professionnels de santé concernés l'obligation d'être vaccinés contre la grippe.

Le pouvoir réglementaire a donc la possibilité juridique, s'il le souhaite, de remplacer discrètement et progressivement toutes les obligations vaccinales par des recommandations, voire de les supprimer, et celle de les remettre en vigueur si la situation l'impose ou si le vent politique tourne.

Enfin, il peut jouer de l'incitation financière, aussi bien pour les vaccinations obligatoires que pour les vaccinations recommandées puisque leur prise en charge par l'assurance maladie est déterminée par arrêté des ministres de la santé et de la sécurité sociale. Il est aussi possible d'ouvrir des centres de vaccination gratuite.

3. LA FINALITÉ D'ORDRE PUBLIC SANITAIRE POURSUIVIE À TRAVERS LA VACCINATION OBLIGATOIRE HEURTE TOUTEFOIS D'AUTRES DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX, CE QUI OBLIGE LES JUGES À EFFECTUER UN CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ

A/ Quels sont les droits et libertés fondamentaux mis en cause ?

J'en vois trois principaux :

- a. Le droit au consentement, qui se rattache dans la jurisprudence du Conseil d'Etat à la dignité humaine et est notamment protégé par la convention d'Oviedo

Sur ce fondement, le Conseil d'Etat admet que le législateur peut, en instituant des obligations vaccinales dans un but de santé de protection de la santé (garanti par le Préambule de la Constitution de 1946), déroger au droit au « consentement libre et éclairé » à un acte médical ou à un traitement désormais prévu à l'article L. 1111-4 du CSP (CE, 26 décembre 2001, Association Liberté Information Santé (ALIS) et autres, A, n° 222741 2001 ; cf. également la décision du Conseil constitutionnel n° 2015-458 QPC du 20 mars 2015). En revanche, cette dérogation ne peut en principe pas s'appliquer aux hypothèses de vaccinations non obligatoires, lesquelles doivent être librement consenties (rapp. les conclusions de RPC, sous CE, 26 décembre 2001, Association Liberté Information Santé (ALIS)).

b. Le droit à la vie privée et familiale protégé par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés d'abord.

Sur ce fondement, la Cour européenne des droits de l'homme établit classiquement une balance entre l'intérêt de la santé publique – ce qui la conduit à tenir compte des dangers que la non-vaccination crée pour soi-même et pour la communauté – et le degré d'atteinte à l'intégrité. Elle laisse par ailleurs une large marge d'appréciation aux Etats dès lors qu'il n'existe pas en la matière de communauté de vue parmi les Etats-membres.

A ce jour, la Cour n'a jamais détecté de limitations excessives au droit à une vie privée et familiale normale. Dans son récent arrêt du 8 avril 2021 sur l'obligation vaccinale tchèque imposée aux enfants, elle a ainsi jugé qu'une telle politique est compatible avec l'intérêt supérieur des enfants, si des précautions nécessaires sont mises en place, notamment le contrôle de l'innocuité des vaccins employés et la recherche au cas par cas d'éventuelles contre-indications. La CEDH a également estimé que n'était pas excessive en l'espèce l'amende infligée *avec prise en compte de l'absence de conséquences pour l'éducation des enfants d'âge scolaire* (caractère limité dans le temps des effets subis par les enfants requérants, leur statut vaccinal n'ayant pas eu d'incidence sur leur admission à l'école élémentaire). (CEDH n° 47621/13 du 8 avril 2021, Vavricka c. République tchèque (§ 265 à 311))

Le Conseil d'Etat, de son côté, raisonne de manière assez similaire même s'il est plus laconique dans ses motivations. Il vérifie en particulier si les dispositions rendant la vaccination obligatoire « ont pour effet de porter une atteinte limitée aux principes d'inviolabilité et d'intégrité du corps humain invoqués, si elles sont mises en oeuvre dans le but d'assurer la protection de la santé et si elles sont proportionnées à cet objectif ».

c. La liberté de conscience

Sur ce point, une décision de la Commission européenne des droits de l'Homme en date du 15 janvier 1998, Boffa et 13 autres c. Saint-Marin, a donné le ton en rappelant que l'article 9 de la Convention protège avant tout le domaine des convictions personnelles et des croyances religieuses, ainsi que des actes qui sont intimement liés à ces convictions, tels les actes du culte ou de dévotion qui sont des aspects de la pratique d'une religion ou d'une croyance revêtant une forme généralement reconnue. Elle rappelle encore que ce texte ne garantit pas

toujours le droit de se comporter dans le domaine public de la manière que dicte une telle conviction et que « l'obligation de se faire vacciner telle que prévue par la législation en cause, s'applique à toute personne quelle que soit sa religion ou conviction personnelle ».

Ce jour, aucun dispositif de vaccination obligatoire n'a été censuré par la CEDH ou le Conseil d'Etat sur le fondement de la liberté de conscience.

B/ On voit donc que les contrôles juridictionnels restent relativement distants dès lors que les données scientifiques justifiant tel ou tel dispositif sont suffisamment solides et que les avantages de la vaccination obligatoire sont établis

Faudrait-il un contrôle de proportionnalité plus poussé de la part des juges nationaux ? C'est une question ouverte car il pourrait être utile que le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat se demandent effectivement, au cas par cas, si d'autres voies que l'obligation vaccinale sont possibles pour atteindre un même objectif. Les juges devraient-ils se prononcer sur la question de savoir si une recommandation, par définition moins restrictive de liberté, pourrait atteindre le même objectif aussi efficacement ?

On peut relever à cet égard que la plupart des pays développés ont une couverture vaccinale correcte, sans obligation vaccinale. En Australie, depuis 2016, une mesure, dite « No Jab No Pay » (« pas de piqûre, pas d'allocs »), conditionne le versement des allocations familiales à certaines vaccinations des enfants 48. Sont aussi prévues des incitations financières pour les médecins à convaincre et vacciner leurs patients. En France, un décret du 25 janvier 2018 49 prévoit que « l'admission du mineur » dans « toute collectivité d'enfants » est subordonnée au respect de l'obligation vaccinale. C'est légal, avait déjà jugé le Conseil d'État, et c'est encore une alternative à l'obligation, logique et donc compréhensible : les parents doivent alors trouver des moyens différents d'assurer la garde et l'éducation de leurs enfants (école par correspondance, nounou à domicile, etc.).

Et c'est bien sûr un dispositif similaire qui a été créé avec le passe sanitaire, qui subordonne l'entrée dans la plupart des lieux recevant du public à la vaccination. On voit bien au sujet du passe sanitaire que l'option choisie par le gouvernement est politique et non juridique. Il aurait très certainement pu, juridiquement, imposer une obligation vaccinale générale. Faut-il que le juge s'immisce dans un tel choix ?

**4. A LA GRANDE MARGE D'APPRÉCIATION DU
LÉGISLATEUR ET DU GOUVERNEMENT RÉPOND UN
RÉGIME DE RESPONSABILITÉ TRÈS PROTECTEUR**

La vaccination en tant qu'acte médical et le vaccin comme produit de santé présentent des risques plus ou moins élevés selon les valences et les sujets.

A/

Aussi, lorsque la loi elle-même, en créant une obligation vaccinale, fait courir un risque aux individus au profit de la collectivité, la solidarité nationale doit jouer.

La loi a ainsi instauré un régime de responsabilité sans faute pour les dommages liés aux vaccinations obligatoires pratiquées dans les centres agréés et les cabinets libéraux. La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 a posé le principe selon lequel la réparation des préjudices « directement imputables » à une vaccination obligatoire est assurée par l'ONIAM au titre de la solidarité nationale, selon une procédure spécifique (CSP, art. L. 3111-9 et R. 3111-22 s.). Cela vaut aussi pour les vaccinations facultatives prescrites en cas de menace sanitaire grave (CSP, art. L. 3131-1 et L. 3131-4) 61. C'est bien une théorie du risque lié à un acte médical dit « altruiste » par opposition aux actes dits « égoïstes » qui a guidé le législateur, ce qui explique que l'ONIAM prenne en charge « la réparation intégrale » des préjudices, sans seuil minimal de gravité (CSP, art. L. 3111-9).

Le juge a également entendu faciliter l'indemnisation des victimes d'affections liées aux vaccinations obligatoires, en créant des faisceaux d'indices destinés à établir le lien de causalité entre vaccin et affection. Ainsi, en cas de sclérose en plaque développée ou aggravée à la suite d'une vaccination contre l'hépatite B, lorsque les experts, sans affirmer le lien de causalité, ne l'excluent pas, l'indemnisation est acquise s'il s'est écoulé un bref délai entre l'injection et les premiers symptômes, en l'absence d'antécédents du patient. Une causalité juridique vient ici pallier un flou scientifique, sous réserve d'indices. La Cour de cassation a établi un régime similaire, préservant toutefois la charge de la preuve en matière de produits défectueux, conformément au droit européen.

Il est intéressant de noter que s'agissant spécifiquement des vaccins anti-Covid, le législateur a décidé que les personnes qui y recourent *volontairement* bénéficient exceptionnellement du même mécanisme de réparation intégrale, fondé sur la solidarité nationale.

B/ On peut enfin mentionner la responsabilité des parents d'enfants mineurs pour qui, depuis 2018, 11 vaccins sont obligatoires.

Si, après avoir été renforcée, la sanction directe du refus vaccinal a été supprimée en 2017, le droit répressif est toujours susceptible, en théorie tout au moins, de sanctionner indirectement le refus vaccinal.

En l'absence de reconnaissance d'une clause de conscience ou d'exemption, et sauf contre-indications médicales, le non-respect de l'obligation vaccinale en population générale engageait, jusqu'à la suppression de l'article L. 3116-4 du CSP, la responsabilité pénale du récalcitrant. Il était donc prévu une sanction dite « directe de la non-vaccination »

Rarement appliquée, cette disposition a été au demeurant supprimée par la LFSS pour 2018. La suppression de cette sanction pénale spécifique s'explique par la volonté politique de restaurer, à travers l'extension de l'obligation vaccinale, la confiance dans les vaccins.

Mais demeure une sanction pénale indirecte.

L'article 227-17 du code pénal, qui sanctionne plus largement la mise en péril des mineurs, est en effet susceptible de s'appliquer au refus vaccinal, même s'il ne fait pas expressément allusion à cette hypothèse.

Encore faut-il toutefois, pour que l'élément matériel de cette infraction soit caractérisé, que les parents se soient certes soustraits à l'obligation vaccinale mais qu'il soit également prouvé que ce manquement compromet la santé de leur enfant. Ainsi, la preuve du seul refus vaccinal ne saurait suffire. La soustraction d'un parent à ses obligations légales étant un délit intentionnel, l'élément moral requiert par ailleurs que les parents aient eu conscience du danger encouru par leur enfant. Mais cette incrimination reste très peu usitée par les parquets.

La véritable sanction du refus vaccinal n'est en réalité pas de nature pénale. Elle réside dans le refus d'accès des enfants – et aujourd'hui des adultes avec le passe sanitaire – non vaccinés à certaines structures collectives. En effet, « l'admission ou le maintien dans toute école, garderie, colonie de vacances ou autre collectivité d'enfants » est subordonnée à la preuve du respect des obligations vaccinales.

LEGAL ISSUES RELATED TO COMPULSORY VACCINATION

This presentation examines several elements: 1. to what extent public bodies can force citizens to undergo compulsory vaccination; 2. what the Constitution of the French Republic, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, national legislation and relevant judicial practice say about compulsory vaccination.

Key words: *compulsory vaccination, legal regime of compulsory vaccination, European Court of Human Rights, national legislation and practice*