

Tribunal fédéral – 5A_789/2019,
destiné à la publication
II^{ème} Cour de droit civil
Arrêt du 16 juin 2020 (d)

Newsletter septembre 2020

Résumé et analyse

Divorce, protection de
l'enfant, procédure

Proposition de citation :

Olivier Guillod, Autonomie parentale,
protection de l'enfant et vaccination.
Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral
5A_789/2019, Newsletter
DroitMatrimonial.ch septembre 2020

Art. 301 al. 1, 302 al. 1,
307, 313 al. 1

unine
UNIVERSITÉ DE
NEUCHÂTEL

FACULTÉ DE DROIT

Autonomie parentale, protection de l'enfant et vaccination

Olivier Guillod

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt porte sur la protection de la santé de l'enfant ainsi que sur les droits et obligations de parents se trouvant en désaccord sur l'opportunité de faire vacciner leurs enfants mineurs contre la rougeole. Il consacre la légitimité de l'intervention de l'autorité compétente pour prendre la décision à la place des parents.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Les père et mère de six enfants, trois majeurs et les plus jeunes nés en 2008, 2013 et 2015 se séparent en été 2016. Une requête de mesures protectrices du mari visant à être autorisé à faire vacciner les trois enfants mineurs selon le plan de vaccination de l'OFSP est rejetée par le tribunal civil en août 2018.

Dans le cadre de l'action en divorce ouverte en janvier 2019, le mari demande sans succès en mai 2019 au tribunal civil de première instance d'obliger son épouse à l'accompagner immédiatement pour faire vacciner leurs trois plus jeunes enfants. Son appel contre le refus du premier juge est ensuite rejeté par le Tribunal cantonal. Le père recourt alors en matière de droit civil au Tribunal fédéral et demande derechef l'autorisation de faire vacciner ses enfants selon le plan de vaccination 2019 de l'OFSP (répété en 2020), ou au moins contre la rougeole.

B. Le droit

Le Tribunal fédéral constate à titre liminaire que la mesure litigieuse n'a, en soi, rien à voir avec la séparation des parents, mais concerne uniquement l'enfant ("*Der Streit um die Impfung ist ein Kindesangelegenheit* », consid. 3.2). Même si le juge du divorce s'est prononcé à son sujet, la mesure n'est pas liée au divorce des parents, ce qui n'exclut pas forcément l'application de l'article 98 LTF (motifs de recours limités à la violation des droits

constitutionnels dans le cas de mesures provisionnelles). Une vaccination vise cependant à obtenir une protection durable contre des maladies transmissibles. Une mesure de protection de l'enfant qui a pour objet la vaccination ne peut pas être ensuite modifiée et ne présente donc pas un caractère provisoire, de sorte qu'il n'y a aucune raison de la soumettre à l'article 98 LTF et de limiter les motifs de recours. Cela dit, le premier juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour prendre une mesure de protection de l'enfant fondée sur l'article 307 CC. Le Tribunal fédéral ne revoit sa décision qu'avec retenue (consid. 3.3 et 3.4).

Le Tribunal cantonal avait considéré que la nouvelle requête du père ne pouvait être examinée que si les circonstances avaient notablement changé depuis la décision du juge des mesures protectrices d'août 2018. Il n'avait admis un changement de circonstances que pour la vaccination contre la rougeole, en raison d'un rapport de l'OFSP de juillet 2019 qui constatait que le nombre de cas de rougeole durant le premier semestre de 2019 avait été multiplié par huit par rapport à la même période de l'année précédente. On ne pouvait cependant pas parler d'une épidémie, mais de foyers localisés, dont les plus importants ne touchaient pas du tout la région de domicile des enfants. La non-vaccination des enfants ne constituait donc pas une mise en danger du bien de l'enfant, de sorte que les conditions pour prendre une mesure de protection de l'enfant n'étaient pas remplies. Le seul désaccord des parents ne suffisait pas pour justifier l'intervention de l'autorité. Le Tribunal cantonal avait en outre retenu que les trois enfants (âgés alors de 11, 6 et 3 ans) étaient incapables de discernement par rapport à la décision de se faire vacciner contre la rougeole et ne devaient pas être entendus (consid. 4.1 à 4.3).

Le Tribunal fédéral rappelle que les mesures de protection de l'enfant doivent être adaptées ou optimisées dès qu'un changement notable et durable de circonstances est survenu, afin d'éliminer le facteur de perturbation du bien de l'enfant. Comme un tel changement n'existe pas pour les autres vaccinations que celle contre la rougeole, la requête les concernant, fondée sur les mêmes faits, constitue une demande informelle de reconsidération sur laquelle le juge ne pouvait pas entrer en matière (consid. 5.2).

Le recourant soutient que le risque abstrait d'attraper la rougeole représente un danger pour le bien de l'enfant et que prévenir vaut mieux que guérir. Si l'OFSP et le corps médical recommandent des vaccinations, c'est parce qu'ils voient un danger concret pour les enfants de ne pas être vaccinés. Selon lui, la décision cantonale a ainsi pour résultat inacceptable de refuser de protéger ses enfants contre une maladie potentiellement grave. Le recourant invoque une violation de l'art. 11 Cst. (protection des enfants et des jeunes), spécialement de l'intégrité corporelle de ses enfants. Il estime que l'autorité doit donc intervenir quand un parent refuse, en raison de sa *Weltanschauung*, des mesures préventives telles qu'une vaccination recommandée. Il ajoute que son propre droit à la famille et à la liberté personnelle est violé si on l'empêche de protéger ses enfants selon sa propre *Weltanschauung* (consid. 6.1).

Le Tribunal fédéral rappelle que les parents exercent ensemble l'autorité parentale pour le bien de leurs enfants et prennent dans ce but les décisions nécessaires (art. 301 al. 1 CC). Le parent qui a la charge de l'enfant peut prendre seul « *les décisions courantes ou urgentes* » (art. 301 al. 1^{bis} CC). Une décision de vaccination, en tant qu'intervention médicale, ne constitue pas une décision courante, mais une décision fondamentale qui n'appartient pas à un seul parent. Si le désaccord parental met en danger le bien de l'enfant, l'autorité peut donc ordonner des mesures de protection de l'enfant. En d'autres termes, il faut vérifier si le bien

de l'enfant est menacé quand l'autorité refuse d'intervenir et laisse donc subsister le *statu quo*, c'est-à-dire l'absence de vaccination (consid. 6.2.1).

Selon l'article 307 al. 1 CC, « l'autorité de protection de l'enfant prend les mesures nécessaires pour protéger l'enfant si son développement est menacé (...) ». En tant que maxime suprême du droit de la filiation, le bien de l'enfant comprend notamment la promotion de son « développement corporel, intellectuel et moral » (art. 302 al. 1 CC). La menace pour le bon développement de l'enfant doit être appréciée selon toutes les circonstances d'espèce ; elle doit être suffisamment concrète, tout en intégrant des éléments pronostiques, si bien que la protection de l'enfant comporte un aspect préventif (principe *in dubio pro infante*). Il importe peu de déterminer l'origine de la menace, dès que l'existence objective de celle-ci est établie (consid. 6.2.2).

Des désaccords parentaux sur des questions d'éducation sont inévitables. Il appartient aux parents de les surmonter dans l'intérêt de l'enfant, sans que la mère ou le père n'ait une voix prépondérante. Une intervention étatique est subsidiaire par rapport à l'autonomie des parents. Ainsi, une décision commune des parents de ne pas faire vacciner leurs enfants doit normalement être respectée. Un désaccord parental menace le bien de l'enfant quand une décision est nécessaire pour protéger en particulier la santé de l'enfant ou assurer sa formation. La doctrine cite de nombreuses menaces pour la santé de l'enfant : mauvais traitements, abus sexuels, absence de soins, manque d'hygiène, malnutrition, refus de traitement, mutilations génitales, accès à des substances addictives ou encore refus de mesures préventives telles que des vaccinations (consid. 6.2.3).

Selon le Tribunal fédéral, la décision cantonale a déduit de manière erronée de l'absence d'obligation vaccinale que la renonciation à la vaccination ne menaçait pas le bien de l'enfant. Or, la menace pour le bien de l'enfant se juge exclusivement selon la situation personnelle de ce dernier, alors que les raisons pour décréter une vaccination obligatoire relèvent de la santé publique et du danger pour des groupes de population (art. 6 et 22 LEp). Le seul fait qu'une vaccination n'est pas déclarée obligatoire, mais simplement recommandée, ne signifie donc pas que renoncer à cette vaccination soit conforme au bien de l'enfant. De même, le fait qu'aucune flambée de rougeole ne frappe la région de domicile des enfants ne suffit pas à justifier la conclusion de l'autorité cantonale qu'aucune mesure de protection n'est indiquée puisque le danger est abstrait. La question à trancher est de savoir si la renonciation à la vaccination menace le bien de l'enfant, car une vaccination sert par définition à écarter une possibilité abstraite d'attraper une maladie. Attendre qu'une épidémie éclate ou que sa propre santé se dégrade pour se faire vacciner signifierait bien souvent que la vaccination interviendrait trop tard. Le Tribunal fédéral considère dès lors que l'autorité cantonale a exercé son pouvoir d'appréciation de manière contraire au droit fédéral (consid. 6.2.4 et 6.2.5).

Le parent qui renonce à vacciner ses enfants mineurs contre la rougeole ne met certes pas directement en danger leur santé, mais il accepte l'éventualité qu'ils attrapent cette maladie. Compte tenu des risques pour la santé de l'enfant associés à la rougeole, si les parents ne parviennent pas à se mettre d'accord sur la vaccination de leurs enfants contre la rougeole, l'article 307 CC peut s'appliquer et l'autorité compétente est donc appelée à décider à la place des parents. Elle doit le faire en appréciant toutes les circonstances concrètes et en prenant comme ligne directrice les recommandations de l'OFSP. La renonciation à la vaccination ne sera donc indiquée que si la vaccination contre la rougeole n'est pas, dans le cas d'espèce,

conforme au bien de l'enfant. Il ne suffit pas de dire, comme le Tribunal cantonal, qu'il n'y a actuellement pas de flambée épidémique dans la région où vivent les enfants. Bien au contraire, « *la vaccination contre la rougeole est généralement indiquée comme mesure de protection de l'enfant* » (consid. 6.2.6 : « *Entgegen der Beurteilung des Kantonsgerichts ist die behördliche Anordnung der Masernimpfung als Kinderschutzmassnahme deshalb grundsätzlich angezeigt* »).

Le principe de proportionnalité gouverne les mesures de protection de l'enfant et suppose donc que la menace identifiée (la rougeole) ne puisse pas être écartée par une autre mesure que celle envisagée (la vaccination). Le Tribunal fédéral affirme à cet égard « *qu'on ne voit pas que la vaccination litigieuse ne soit pas apte et nécessaire à protéger durablement les enfants mineurs du risque de contracter la rougeole ou que ces derniers puissent être durablement protégés de la rougeole par une mesure plus douce* ». Les arguments de la partie intimée (risques liés à la vaccination, immunité de groupe, théorie des anticorps, etc.) ne sont pas jugés convaincants par les juges fédéraux, qui réservent seulement le cas où la vaccination contre la rougeole serait médicalement contre-indiquée en raison de circonstances individuelles spéciales (consid. 6.2.7).

Au final, le Tribunal fédéral accepte le recours et renvoie la cause à l'instance cantonale en lui demandant en particulier d'apprécier « *si des raisons particulières, propres aux enfants mineurs concernés parleraient contre la vaccination ou feraient apparaître la vaccination comme contraire au bien de l'enfant* » (consid. 7).

III. Analyse

1. Cet arrêt du Tribunal fédéral aborde pour la première fois la question de savoir si la renonciation parentale à faire vacciner un enfant contre la rougeole est susceptible de menacer le bon développement de ce dernier et justifie par conséquent l'intervention de l'autorité de protection de l'enfant sur la base de l'article 307 CC.

2. L'analyse du Tribunal fédéral est conduite exclusivement sous l'angle du droit de la famille, qui s'attache à protéger le bien concret d'enfants déterminés. Elle n'est pas menée dans une perspective de santé publique qui intégrerait des considérations de protection de la santé de la population ou de groupes à risque au sein de la population. Malgré cela, l'arrêt du Tribunal fédéral adresse aussi, au moins symboliquement, un message de santé publique, puisqu'il reconnaît la pertinence de la vaccination des enfants mineurs contre la rougeole, dans l'optique de protéger leur santé. Son affirmation que « *la vaccination contre la rougeole est généralement indiquée comme mesure de protection de l'enfant* » nous paraît bienvenue, à une époque où les vaccinations sont de plus en plus souvent contestées, malheureusement sur la base d'arguments peu scientifiques la plupart du temps.

3. Comme le fait le Tribunal fédéral dans le considérant 6.2.6, il faut rappeler que la rougeole est l'une des maladies les plus contagieuses. La personne malade peut en outre transmettre le virus avant les premiers symptômes (démangeaisons cutanées, rhume, fièvre). Presque toutes les personnes atteintes de rougeole subissent un affaiblissement d'une durée variable de leurs défenses immunitaires, qui se traduit par exemple chez les enfants par une surmortalité par maladie infectieuse durant les deux à trois ans suivant l'épisode de rougeole. Des convulsions fébriles sont fréquentes chez la personne atteinte de la rougeole. Environ 10% des malades connaissent diverses complications, parfois sévères, telles qu'une otite

moyenne aiguë (7-9% des cas), une infection pulmonaire (1-6% des cas) voire une encéphalite aiguë (0,1-0,2%), avec une issue potentiellement mortelle. Le Tribunal fédéral s'appuie sur ce tableau des risques pour la santé de l'enfant associés à la rougeole pour juger que l'autorité de protection de l'enfant peut décider de la vaccination à la place des parents sur la base de l'article 307 CC quand ces derniers ne parviennent pas à se mettre d'accord. L'autorité doit alors apprécier les circonstances concrètes du cas d'espèce et accepter comme ligne directrice les recommandations de l'OFSP figurant dans le plan national de vaccination (<https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/gesund-leben/gesundheitsfoerderung-und-praevention/impfungen-prophylaxe/schweizerischer-impfplan.html>). Ce plan recommande la vaccination contre la rougeole (parmi d'autres maladies), ce qui signifie que ses bénéfices, en termes de morbidité et de mortalité, dépassent largement les risques liés à ses effets indésirables.

4. Le Tribunal fédéral rappelle l'importance du principe de proportionnalité dans le choix des mesures de protection de l'enfant. Il affirme qu'aucune autre mesure ne permet d'atteindre le résultat de protéger durablement l'enfant contre la rougeole. Le parent qui s'opposait en l'espèce à la vaccination invoquait précisément le principe de proportionnalité, sous deux aspects. D'abord, la proportionnalité de la vaccination en soi, en raison de ses effets secondaires ; ses arguments relatifs aux risques des vaccins en général ont toutefois été écartés par le Tribunal fédéral qui les a jugés beaucoup trop généraux. Ensuite, la proportionnalité de la vaccination par rapport à l'injection d'immunoglobulines ; sur ce point, le Tribunal fédéral se fonde sur des études scientifiques pour dire que l'injection d'immunoglobulines ne protège que momentanément et n'est recommandée que comme mesure d'urgence, pour des personnes non immunisées qui ont été en contact avec une personne malade de la rougeole. En d'autres termes, on ne peut pas comparer utilement des pommes et des poires.

5. Sous l'angle de la proportionnalité, on pourrait se demander si l'autorité de protection de l'enfant n'aurait pas dû imposer aux parents d'entrer dans un processus de médiation pour arriver à surmonter leurs divergences de vue sur la vaccination. Il aurait naturellement fallu un minimum de bonne volonté des deux parents. Connaissant toutefois le caractère très affirmé des positions des partisans comme des opposants aux vaccinations, il n'est cependant pas sûr qu'une médiation aurait eu une chance d'aboutir !

6. Admettons pourtant que la médiation fasse un miracle. Si les parents réussissaient à se mettre d'accord sur la vaccination de leurs enfants, cela mettrait naturellement fin à la procédure fondée sur l'article 307 CC. Si les parents réussissaient à se mettre d'accord sur la renonciation à la vaccination, cela mettrait aussi fin à la procédure. Mais dans ce cas, l'un des enfants ou un tiers bien intentionné pourrait-il alerter l'autorité de protection de l'enfant, en alléguant que le bon développement de l'enfant est menacé par le refus parental de la vaccination ? Le Tribunal fédéral affirme certes que « *la vaccination contre la rougeole est généralement indiquée comme mesure de protection de l'enfant* », mais il dit par ailleurs (consid. 6.2.3) qu'une décision commune des deux parents détenteurs de l'autorité parentale de ne pas faire vacciner leur enfant contre la rougeole « *serait en principe à respecter* » (« *wäre [...] grundsätzlich zu respektieren* »). Cela découle de la considération fondamentale que l'autonomie parentale concernant les problèmes touchant aux enfants doit jouir d'une priorité sur toute intervention étatique. Les juges notent alors que le point de savoir « *à quelles conditions l'autorité de protection de l'enfant pourrait malgré tout écarter une telle*

décision commune des parents n'a pas à être résolu en l'espèce ». Il aurait été intéressant de lire les considérations du Tribunal fédéral à ce propos. Si l'on se place exclusivement sous l'angle de la protection de la santé de l'enfant, le fait qu'un seul parent ou que tous les deux s'opposent à la vaccination ne semble guère pertinent : la mise en danger de l'enfant est la même dans les deux cas et justifie dans la même mesure la vaccination. En même temps, il semble impossible de justifier une telle ingérence de l'autorité dans l'exercice de l'autorité parentale quand les deux parents partagent la même conviction, sans que celle-ci ne mette immédiatement et gravement en danger la santé de leur enfant. Cela signifierait en outre quasiment que les tribunaux imposeraient une obligation de vacciner les enfants contre la rougeole, contrairement à ce que l'OFSP et les experts préconisent. Il me paraît donc clair qu'en situation normale (comme dans le cas d'espèce), l'autorité de protection de l'enfant doit respecter le choix parental de ne pas faire vacciner leurs enfants. On peut en revanche imaginer des situations où l'augmentation notable du risque de transmission d'une maladie infectieuse grave pourrait conduire l'autorité de protection de l'enfant à ordonner une mesure préventive destinée à protéger la santé de l'enfant, à l'encontre de la volonté commune des parents.

7. Le Tribunal fédéral ne revoit aucunement l'appréciation du Tribunal cantonal selon laquelle, en raison de leur âge, les trois enfants mineurs (11, 6 et 3 ans) ne disposent pas de la capacité de discernement par rapport à la décision de se faire vacciner et, surtout, qu'ils ne doivent dès lors pas être entendus (consid. 4.1). Le jugement cantonal nous semble sur ce point contraire à la jurisprudence du Tribunal fédéral. Concernant le discernement, le Tribunal cantonal retient que « *vu leur âge, les trois enfants ne sont pas capables de comprendre les bénéfices et les risques d'une vaccination et de se forger leur propre opinion à ce sujet* ». Cette appréciation peut à tout le moins être mise en doute pour le plus âgé des enfants. Beaucoup plus critiquable est l'appréciation des juges cantonaux selon laquelle « *Sie [die Kinder] seien zur Frage der Impfung als nicht urteilsfähig einzustufen und daher nicht anzuhören* ». En principe les enfants doivent être entendus dans toutes les affaires les concernant dès l'âge de six ans environ, indépendamment de leur capacité de discernement. La question de la vaccination les touche de très près, de sorte que les deux enfants les plus âgés devraient être entendus, même s'il peut être difficile pour eux de se positionner s'ils connaissent le désaccord irrémédiable de leurs parents sur la question.

Il faut tout de même espérer que, lorsque le Tribunal cantonal réévaluera la cause que lui a renvoyée le Tribunal fédéral, il entendra les deux enfants les plus âgés, qui auront alors 12 et 7 ans. A mon avis, l'opinion claire d'un enfant de 12 ans relative à sa propre vaccination contre la rougeole devrait être suivie par l'autorité.

8. Examinant l'autonomie parentale dans les décisions de soins concernant leurs enfants mineurs, j'avais écrit il y a 34 ans (Le consentement éclairé du patient, Neuchâtel, 1986, p. 240) : « *quand les père et mère divergent d'opinion, l'autorité tutélaire doit donner la préférence au parent dont l'avis correspond à la volonté légale* », c'est-à-dire privilégier la solution qui protège l'intérêt thérapeutique et la santé de l'enfant contre des menaces sérieuses. Cette solution inspirée par le bon sens semble avoir moins vieilli que son auteur !