

Julie Laseraz

Docteur en droit, élève-avocat, VATIER

Vaccination obligatoire, les conséquences incertaines d'une obligation non assortie de sanction

Commentaire de la loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017 de financement de la Sécurité sociale pour 2018 et de son décret d'application n° 2018-42 du 25 janvier 2018 relatif à la vaccination obligatoire.

Si « *les gens bien portants sont des malades qui s'ignorent* »¹, il est des lois qui aspirent à maintenir cet état complet de bien-être physique et mental afin d'éviter l'apparition de certaines pathologies². C'est notamment par une volonté de préservation de la santé publique et de prévention du risque sanitaire que se justifie l'intervention de la loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017³. Antérieurement à cette loi et son décret d'application⁴, le Code de la santé publique comptait trois vaccins obligatoires : diphtérie, tétanos et poliomyélite. Désormais, l'article L. 3111-2 du Code de la santé publique compte onze vaccins parmi lesquels se trouvent ceux contre les oreillons, la rubéole ou l'hépatite B.

Si l'adoption de cette loi se trouve aisément justifiée par des considérations de santé publique ainsi que par la volonté évidente de prévenir et maîtriser le risque sanitaire, elle semble toutefois empreinte d'un certain paradoxe. En effet, force est de constater que la loi du 30 décembre 2017 a procédé à l'abrogation de l'article L. 3116-4 du Code de la santé publique sanctionnant pénalement les parents et autres titulaires de l'autorité parentale en cas de non-respect de l'obligation vaccinale. Ce paradoxe se trouve davantage renforcé en ce que l'intervention du droit pénal ne saurait se limiter à une action répressive mais se poursuit par une fonction de prévention du risque et des comportements dommageables.

1 - J. Romains, Knock, Folio, 1924, p. 31.

2 - Préambule à la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé, tel qu'adopté par la Conférence internationale sur la Santé, New York, 19 juin et 22 juillet 1946.

3 - Loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2018, JORF n°0305 du 31 décembre 2017.

4 - Décret n° 2018-42 du 25 janvier 2018 relatif à la vaccination obligatoire, JORF n°0021 du 26 janvier 2018, texte n° 25.

Dès lors, comment cet accroissement du nombre de vaccins obligatoires peut-il valablement répondre à des objectifs de protection de la santé publique si le législateur supprime dans le même temps les sanctions auxquelles s'exposaient les récalcitrants ? Au-delà de l'agitation qu'elle a suscitée, cette loi fait renaître en filigrane la question de l'appréhension pénale du risque sanitaire et de la participation du droit pénal à la protection de la santé publique.

Ainsi, face à l'efficacité incertaine de ces nouvelles dispositions (I), il semble nécessaire d'instaurer un cadre pénal à la vaccination obligatoire (II).

I - Une efficacité discutable de la vaccination obligatoire en dehors de la sphère pénale

Si la politique de vaccination et l'obligatorité de huit nouveaux vaccins œuvrent vers une protection évidente de la santé publique (A), celles-ci ne peuvent avoir qu'un impact limité en dehors de toute intervention du droit pénal (B).

A. La vaccination obligatoire comme protection de la santé publique

Si l'obligatorité des vaccins résulte pour une part d'un objectif de protection de la santé publique, elle découle pour une autre part d'un effort de prévention du risque sanitaire. L'augmentation du nombre de vaccins obligatoires était d'ailleurs une priorité du ministère de la Santé, preuve d'une volonté de protection de la société. Ainsi, procède de cette obligation vaccinale la volonté des pouvoirs exécutif et législatif de prévenir le risque sanitaire et protéger la santé publique.

En élargissant considérablement la liste des vaccins obligatoires, le législateur a fait primer la protection de la santé publique et la prévention du risque sanitaire sur la volonté individuelle. Rappelons que les dispositions de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique consacrent un véritable droit au consentement du patient. Corollaire de ce droit au consentement, le deuxième alinéa consacre un droit au refus de soins. Tel qu'il est présenté par le Code de la santé publique, le droit au refus de soins s'analyse comme le pendant du droit de consentir à des soins. Ce faisant, il est l'expression de la volonté individuelle du patient⁵. Pourtant, il semble qu'une atteinte absolue lui soit portée dès lors que le législateur prévoit l'obligatorité de certains vaccins.

Cette limitation du droit au refus de soins se trouve

5 - A. Flasaquier, L. Lambert-Garrel, B. Pitcho et F. Vialla, « *Droit des patients au refus de soins* », JCP G, 2003, n° 24, p. 10098.

aisément justifiée par des « *considérations de santé publique* »⁶. Il en résulte un déclassement du droit au consentement justifié par la prévention de certains comportements pouvant constituer un risque pour la santé publique. Il s'agit en d'autres termes de consacrer une primauté de la santé sur des considérations d'ordre individuel. Cela justifie que nous puissions nier la dimension individuelle de la santé pour l'appréhender dans une dimension davantage collective.

La vaccination obligatoire des nouveau-nés s'avère d'autant plus protectrice de la santé publique que la tendance politique semble clairement à la prévention des risques. Ainsi, la chasse au risque justifie la mise en œuvre d'une politique de santé publique tournée vers des efforts de vigilance sanitaire et la mise en place d'outils de gestion des risques. C'est en ce sens que la vaccination obligatoire des nourrissons peut constituer une mesure de protection de la santé publique tournée vers la prévention du risque sanitaire.

Pour autant, il semble difficile de garantir ces efforts de prévention et de protection en dehors de toute sanction. Si l'étirement du nombre de vaccins obligatoires vise à protéger la société de certains risques, il paraît curieux de ne pas avoir assorti cette obligation d'une sanction. Cela paraît d'autant plus curieux dès lors que la loi du 30 décembre 2017 a abrogé les dispositions de l'article L. 3116-4 du Code de la santé publique prévoyant une sanction pénale à destination des parents récalcitrants n'ayant pas soumis leurs enfants à la vaccination obligatoire.

En ce sens se dessine un lien étroit entre la santé et le droit pénal de sorte que la protection de la première justifie l'omniprésence et la mise en œuvre du second. Dès lors, l'effort de protection de la santé semble grandement limité en l'absence de toute intervention du droit pénal.

B. Un impact limité en l'absence de sanction pénale

En supprimant la sanction prévue à l'article L. 3116-4 du Code de la santé publique, le législateur a fait preuve de mansuétude à l'égard des parents. Or, cet assouplissement fait non seulement courir un risque aux enfants de ces parents récalcitrants mais il fait dans le même temps courir un risque aux autres enfants en contact avec leur progéniture. Rappelons en effet que l'admission dans certains établissements tels que les crèches est subordonnée à la preuve de cette vaccination. Cela démontre bien que la vaccination obligatoire n'a pas pour simple effet de protéger la santé de l'enfant mais qu'elle s'inscrit davantage dans une dimension de santé publique. Dès lors, il existe une incohérence sur le fait d'élargir considérablement la liste des vaccins et de ne pas sanctionner les parents se soustrayant à cette obligation légale.

Le gouvernement a, par voie de presse, justifié cette

position par la volonté de réconcilier les Français avec la politique vaccinale. D'une part, il paraît curieux d'opérer un effort de réconciliation de la société en rendant obligatoires huit nouveaux vaccins. D'autre part, il paraît utopique de croire à une quelconque efficacité en l'absence de menace de sanction. La réconciliation de la société avec la vaccination obligatoire et la cessation de toute défiance à son égard semblent compromises au regard des nouveaux vaccins rendus obligatoires. Tel est en effet le cas du vaccin contre l'hépatite B. Rappelons simplement que le vaccin contre l'hépatite B a été mis en cause suite à l'apparition d'affections telles que la sclérose en plaques chez certains sujets vaccinés. Il existe une controverse scientifique sur la question du lien de causalité entre la vaccination et le développement de la sclérose en plaques⁷. Pour autant, les juridictions et notamment la Cour de justice de l'Union européenne⁸ admettent que le défaut du vaccin ainsi que le lien de causalité puissent être prouvés par un faisceau d'indices graves, précis et concordants. Incertitude scientifique et incertitude juridique n'étant pas synonymes, certains cas de vaccination contre le virus de l'hépatite B peuvent donner lieu à indemnisation. Il paraît donc curieux d'avoir introduit le vaccin contre l'hépatite B sur la liste des vaccins obligatoires.

Quoi qu'il en soit, et quelles que soient les motivations du législateur, demeure en suspens la question de l'impact de cette loi dès lors qu'elle a supprimé toute sanction assortissant cette obligation vaccinale. Cela revient non seulement à nier la fonction de prévention du droit pénal mais également à réfuter sa participation à la protection de la santé publique. Or, si le droit pénal est classiquement présenté comme un droit sanctionnateur, il ne saurait se cantonner à cette fonction. Le principe de légalité des délits et des peines témoigne de ce que le droit pénal joue un rôle de prévention à l'égard des comportements dommageables en agitant le spectre de la sanction. Il en résulte que l'intervention du droit pénal ne se cantonne pas à une intervention a posteriori, mais qu'elle consiste également à prévenir les atteintes et à protéger la santé publique et donc la société. C'est en ce sens qu'une politique vaccinale efficace se trouve subordonnée à l'intervention du droit pénal.

II - La nécessité d'instaurer un cadre pénal à la vaccination obligatoire

En ce qu'il remplit une fonction de prévention, le droit pénal participe activement à la protection de la santé **(A)**. C'est en ce sens que son intervention dans le processus de vaccination obligatoire semble nécessaire **(B)**.

7 - S. Carpi-Petit, « *Considérations sur la causalité entre la vaccination contre l'hépatite B et la sclérose en plaques* », JCP A, 2007, n° 43, p. 39.

8 - CJUE, 21 juin 2017, aff. C-621/15, « *N. W, L. W et C.W c/ Sanofi Pasteur MSD SNC, Caisse primaire d'assurance maladie des Hauts-de-Seine et Caisse Carpimko* ».

6 - CE, 26 novembre 2001, n° 222741, « *Association Liberté Information Santé* », RFDA 2002, p. 65, concl. S. Boissard.

A. La participation évidente du droit pénal à la protection de la santé

Le droit pénal est classiquement présenté comme un droit sanctionnateur visant à protéger et à réparer les atteintes causées à la société. Aussi convient-il de nuancer cette affirmation dès lors que la loi pénale et la jurisprudence tendent à prévenir les comportements fautifs. Cette fonction préventive du droit pénal permet, en matière sanitaire, de prévenir les comportements dommageables constituant un risque pour la santé publique.

Sans qu'il soit ici nécessaire de s'appesantir sur la distinction entre principe de prévention et principe de précaution, notons que le droit pénal appréhende davantage le risque avéré que le risque potentiel. En matière de vaccination obligatoire, ce risque est avéré et s'inscrit dans un effort de prévention. Aussi, le rôle de prévention du droit pénal passe non seulement par son appréhension du risque sanitaire mais également par la sanction.

D'abord, la fonction de prévention du droit pénal passe par une appréhension évidente du risque notamment sanitaire. À ce titre, il résulte des dispositions du Code pénal une prise en compte du risque au stade de l'incrimination et de ses éléments constitutifs. Tantôt le risque est appréhendé au stade de la condition préalable, tantôt il est appréhendé au stade des éléments constitutifs de l'infraction. La caractérisation de certaines infractions suppose en effet la présence d'une condition préalable qu'est la présence d'un risque. À titre d'illustration, citons les délits d'omission de porter secours⁹ ou de risques causés à autrui¹⁰ dont la caractérisation suppose la préexistence d'un risque. Au-delà de la condition préalable, le risque fait parfois l'objet d'une appréhension au stade des éléments constitutifs de l'infraction. Tel est notamment le cas du délit de tromperie¹¹ et de celui de risques causés à autrui pour lesquels la caractérisation de l'élément matériel est subordonnée à l'existence d'un risque.

Ensuite, la fonction de prévention du droit pénal passe par la sanction. Plus largement, il s'agit de reconnaître à la sanction pénale une fonction de prévention des comportements à risque. La peine a une fonction mixte conciliant à la fois des fonctions traditionnelles rémanentes et une promotion contemporaine de resocialisation. Dans le domaine de la santé, il existe une résurgence de la fonction d'intimidation de la peine. Ainsi, c'est par l'instauration d'une peine et par le spectre de la sanction que le droit pénal parvient à prévenir les atteintes causées à la société et notamment celles qui portent atteinte à la santé publique. En matière de vaccination obligatoire, cette prévention du droit pénal passait jusqu'alors par les dispositions de l'article L. 3116-4 du Code de la santé publique qui sanctionnait le refus de soumettre son enfant aux obligations de vaccination de six mois d'emprisonnement et 3.750 euros d'amende.

Il résulte de ce qui précède que le droit pénal remplit une fonction de prévention et de protection à l'égard de la société par l'instauration d'infractions spécifiques sanctionnées par des peines particulières. Dès lors, l'effort de protection de la santé publique par la voie de l'obligation vaccinale appelle une intervention évidente du droit pénal.

B. Une intervention nécessaire du droit pénal dans le processus de vaccination

Aussi louable soit-elle par ses efforts de protection de la santé publique et de prévention du risque sanitaire, cette loi pâtit d'un manque de cohérence. Partant du postulat que l'incrimination et la sanction participent d'un effort de prévention des comportements dommageables, il aurait semblé nécessaire de conserver les dispositions de l'article L. 3116-4 du Code de la santé publique.

D'aucuns soutiendront que l'abrogation dudit article peut faire l'objet d'un contournement par le biais d'autres infractions telles que la soustraction d'un parent à ses obligations légales ou le délit de risques causés à autrui. Reste que l'une comme l'autre constituent des infractions difficiles à caractériser en matière de vaccination. Par un arrêt du 7 juillet 1999, la Cour d'appel de Grenoble avait eu l'occasion de sanctionner un couple ayant refusé de vacciner son enfant contre le Tétanos sur le fondement de l'article 227-17 du Code pénal. Cependant, les dispositions de cet article témoignent de ce que la caractérisation de l'élément matériel de l'infraction est binaire. Non seulement les parents doivent s'être soustraits à certaines obligations légales, mais au demeurant cette soustraction doit « *compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de l'enfant* ». Si la compromission de la santé de l'enfant peut être démontrée en matière de vaccination obligatoire, l'élément matériel de l'infraction s'avère plus difficile à démontrer dans son entier. En effet, rappelons que les dispositions de l'ancien article L. 3116-4 du Code de la santé publique prévoyaient un élément matériel unique consistant dans le fait de refuser de soumettre son enfant à l'obligation vaccinale. Il était donc plus aisé de caractériser l'élément matériel de cette seconde infraction plutôt que celui de la première.

Bien qu'il n'existe pas de véritable vide juridique en la matière, il semble opportun d'insérer une infraction visant à réprimer les parents qui refusent de se soustraire aux obligations vaccinales édictées par les articles L. 3111-1 et suivants du Code de la santé publique. Il demeure en effet un doute sur l'efficacité de cette obligation de vaccination non assortie de sanction que le législateur doit nécessairement dissiper.

Julie Laseraz

9 - C. Pén., Art. 223-6.

10 - C. Pén., Art. 223-1.

11 - C. Conso., Art. L. 213-1.