

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

LIBERTE DE CULTE ET PANDEMIE

XAVIER BIOY

Référence de publication : Bioy, Xavier (2021) "[Liberté de culte et pandémie](#)", [Note sous CE, 29 novembre 2020, Association Civitas, Conférence des Evêques de France, Mgr. Aupetit et autres, n°446930, 446941, 446968, 446975](#). Actualité juridique. Droit administratif (AJDA). p. 632.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

LIBERTÉ DE CULTE ET PANDÉMIE

Le juge des référés du Conseil d'Etat a été saisi de plusieurs requêtes tendant à faire établir la disproportion des mesures de lutte contre la covid-19 frappant les lieux de culte. L'association Civitas, déjà requérante victorieuse sur ce même sujet au printemps (CE, ord., 18 mai 2020, n° 440366, AJDA 2020. 1733, note T. Rambaud), a ainsi été rejointe par la Conférence des évêques de France, l'association Pour la messe et, en tant que vicaire des parisiens, Monseigneur Michel Aupetit. Il s'agit une nouvelle fois d'une requête chorale, mais non oecuménique.

Le contexte est celui de la sortie du « second confinement » qui impose des dispositions assouplies mais toujours contraignantes et, au goût des requérants, plus contraignantes qu'avant le confinement. Le Conseil d'Etat ayant confirmé la légalité des mesures radicales du confinement (CE 7 nov. 2020, n° 445825, *Association Civitas et autres*, AJDA 2020. 2180 ; JA 2020, n° 629, p. 13, obs. X. Delpech), les dispositions du I de l'article 47 du décret n° 2020-1310 du 29 octobre 2020, permettant des cérémonies pour trente personnes, succèdent à l'ouverture des lieux de culte, mais sans aucun rassemblement. Elles interdisent, en outre, tout rassemblement ou réunion au sein des établissements de culte (lesquels relèvent de la catégorie V de l'article R. 123-12 du code de la construction et de l'habitation concernant les lieux accueillant du public).

Ces conditions ont été annoncées par le Premier ministre lors d'une conférence de presse que la Conférence des évêques de France envisage comme une décision faisant grief (sans que l'ordonnance n'avalise une telle opinion). Quant à la genèse fautive de l'acte administratif, l'argumentaire de l'association Civitas met le doigt sur un point surprenant : la limite de trente personnes proviendrait d'un lapsus présidentiel relevé par François Bayrou (« le haut-commissaire au plan a estimé que le Président de la République avait commis un lapsus entre trente personnes et 30 % de la capacité ») ; étant sous-entendu que le gouvernement aurait ainsi été lié par la parole médiatique et maladroitement performative de l'Élysée (Matignon ?), source d'une erreur de droit.

Les requérants demandent donc la modification des conditions de reprise des cultes et proposent

même, pour certains, d'enjoindre la réécriture pour afficher 30 % de la capacité globale d'accueil du lieu de culte concerné.

Les requêtes tentent ainsi un argument de droit étranger, encore rare devant le Conseil d'Etat, en rapportant une décision de la Cour suprême des Etats-Unis (25 nov. 2020 592 U. S. [2020] 1, n°. 20A87, *Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York, v. A.M. Cuomo, Governor of New York*), interdisant (à la faveur de la voix de la nouvelle juge conservatrice) à l'Etat de New York d'imposer aux lieux de culte des restrictions différentes des rassemblements non religieux autorisés. Selon la Cour : « Même en période de pandémie, l'on ne peut mettre de côté et oublier la Constitution. Les restrictions en jeu ici, en empêchant concrètement plusieurs personnes d'assister aux services religieux, touchent au coeur même de la protection de la liberté de culte prévue par le premier amendement. » A l'inverse, l'opinion dissidente de la juge Sonia Sotomayor fait valoir que « la Constitution n'interdit pas aux Etats de répondre aux crises de santé publique par des réglementations qui traitent les institutions religieuses de manière égale ou plus favorable que les institutions laïques comparables, en particulier lorsque ces réglementations sauvent des vies ». Le Conseil d'Etat ne relève pas ce point, au contraire, il neutralisera l'argument de droit étranger inverse, celui du gouvernement selon lequel, dans plusieurs pays européens, les cérémonies religieuses seraient interdites ou soumises à une limitation en valeur absolue du nombre de participants (§ 19).

Attestant de l'extranéité de la mesure de police sanitaire par rapport aux enjeux religieux, le périmètre du décret induit un traitement identique à tous les territoires de la République, y compris sous « concordat » (l'ordonnance vise ainsi les textes applicables aux départements concernés mais ne tient pas compte du particularisme du caractère public des cultes ; CE 7 nov. 2020, *Association Civitas et autres*, préc.). Dans la même idée, le juge balaie l'argument tenant au monopole de la police détenu par les ministres du culte ; la police sanitaire l'emportant (§ 17).

Le juge admet pleinement l'urgence, eu égard à l'entrée en vigueur du décret qui « va conduire [...] à ce que les fidèles ne puissent y participer le jour de la semaine où se déroulent les principales [cérémonies], en dépit de l'augmentation du nombre de ces dernières » (les requérants insistent d'ailleurs sur la frustration née de l'absence de cérémonies depuis début novembre). Ce qui ne caractérise l'urgence que par la privation immédiate de liberté elle-même. Sans doute, comme l'indiquent les requêtes, le juge a-t-il été aussi sensible à l'approche

d'importantes fêtes religieuses. On notera d'ailleurs que, si seuls des mouvements catholiques agissent, notamment à l'approche de l'Avent et des cérémonies de Noël, certains évoquent aussi les fêtes juives (Hanouka).

Le Conseil d'Etat, contraint par le cadre de l'état d'urgence et les équilibres constitutionnels ainsi établis, concilie l'objectif constitutionnel de santé publique avec la liberté de culte qui « présente le caractère d'une liberté fondamentale » et dont « l'exercice ne se limite pas au droit de tout individu d'exprimer les convictions religieuses de son choix dans le respect de l'ordre public. Elle comporte également, parmi ses composantes essentielles, le droit de participer collectivement, sous la même réserve, à des cérémonies, en particulier dans les lieux de culte ».

Le Conseil d'Etat fait, en partie, droit aux requêtes ; il enjoint au Premier ministre de modifier l'article 47 en prenant « les mesures strictement proportionnées d'encadrement des rassemblements et réunions dans les établissements de culte, et ce dans un délai de trois jours ». Mais il le fait « en l'absence d'alternative pour sauvegarder la liberté de culte » et faute de pouvoir évaluer tous les protocoles sanitaires proposés dans le cadre de la concertation qui, dans de précédentes affaires, lui servait d'horizon pour faire patienter les requérants (il vise ainsi deux ordonnances antérieures du 18 mai 2020, n° 440366 et du 7 nov. 2020, *Association Civitas et autres*, préc.). Il revient donc au gouvernement de déterminer la nouvelle jauge (qui sera, de fait, de 30 % de la capacité d'accueil).

La présente ordonnance sort du lot des décisions rendues à propos de la liberté de culte, mais aussi de toutes celles qui ont été adoptées dans le cadre de la crise de la covid-19. Elle se place dans une continuité problématique quant à la notion de liberté de culte mais semble vouloir lui accorder une forme de priorité inattendue et finalement évanescence.

I - Dans la continuité de la protection de la liberté de culte

Ici, le Conseil d'Etat, se fondant sur l'article 10 de la Déclaration de 1789 et sur l'article 9 de la convention européenne des droits de l'homme ensemble, se contente (c'est déjà beaucoup) de détailler et valoriser les éléments constituant la liberté de culte.

A. Eléments rattachés à la liberté de culte

Conformément à une approche large et pragmatique, les requérants entendent souligner plusieurs aspects de la pratique cultuelle qui se trouvent méconnus par la limitation de l'accès aux lieux et cérémonies. Le Conseil d'Etat avait déjà été saisi sur ce point. D'abord dans la première affaire de ce genre (CE 18 mai 2020, *Association Civitas et autres*, préc.), dans laquelle le juge avait, en outre, été confronté à la question des réunions à caractère religieux dans les espaces à l'air libre, privés ou publics. Il avait alors évoqué le caractère « incertain » de l'atteinte à la liberté de culte par la limitation indistincte des rassemblements dans ces espaces. Il en avait alors appelé au Premier ministre. Ensuite (CE 7 nov. 2020, *Association Civitas et autres*, préc.), en ce que l'interdiction de toute cérémonie méconnaîtrait « le principe de laïcité et d'égalité dès lors que l'autorité publique distingue quelle cérémonie religieuse peut avoir lieu ou non » ; mais le juge n'a pas vu d'ingérence telle.

Les requérants ont tenté de convaincre le juge que la liberté de culte et le droit à la santé ne protègent en réalité qu'un seul et même objet dans la mesure où la privation de la pratique religieuse menacerait la santé mentale de certains fidèles, sans doute les plus pratiquants. L'association Pour la messe évoque même « le sentiment de colère de la population ». Le juge ne les a pas suivis dans ces amalgames que les médecins opèrent pourtant fréquemment désormais, au point d'entrer en effet dans les déterminants de la décision publique.

L'association Pour la messe relève aussi le manque à gagner financier engendré par l'absence des dons à l'occasion des rassemblements. Si le Conseil d'Etat n'y répond pas, estimant implicitement que cet état de fait se trouve couvert par l'enjeu de santé, cette dimension patrimoniale se trouve également souvent mise en avant par la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'elle statue sur les entraves aux prérogatives protégées par l'article 9 de la convention ; les mesures qui de fait conduisent à réduire les finances du culte et compromettent sa tenue peuvent s'analyser comme une ingérence disproportionnée (CEDH 30 juin 2011, n° 8916/05, *Association Les Témoins de Jéhovah c/ France*, AJDA 2011. 1993, chron. L. Burgorgue-Larsen ; D. 2011. 1820, et les obs. ; JA 2011, n° 444, p. 11, obs. L. Devic ; RTD civ. 2012. 702, obs. J.-P. Marguénaud ; CEDH 8 avr. 2014, n° 70945/11, *Magyar Keresztény Mennonita Egyház et autres c/ Hongrie*).

Mais le point central n'est pas là ; il porte sur l'interdiction des réunions dans les lieux de culte

(l'ordonnance parle d'ailleurs « d'établissements de culte », sans que l'on puisse dire si cette variation sémantique est significative) et l'isolement de la notion de cérémonies, qui a pour effet d'ouvrir le débat sur la définition de ce qu'est une cérémonie.

Il rejoint un problème structurel, plus global, en se focalisant sur le lieu et non sur l'activité culturelle. En effet, la notion de « lieu de culte » est jusqu'ici abordée par le prisme déformant de l'article 1382 du code général des impôts (pour l'exonération de la taxe foncière). Ce sont alors ceux « utilisés pour la célébration de cérémonies organisées en vue de l'accomplissement, par des personnes réunies par une même croyance religieuse, de certains rites ou de certaines pratiques » (CE 4 févr. 2008, n° 293016, *Association de l'Eglise néo-apostolique de France*, Lebon T. ; AJDA 2008. 279). Cela peut inclure les locaux d'« enseignements et de débats sur des thèmes bibliques ainsi que des cérémonies qui revêtent un caractère religieux » (CE, sect., 13 janv. 1993, n° 115474, *Ministre du budget c/ Congrégation chrétienne des Témoins de Jéhovah du Puy*, Lebon ; AJDA 1993. 307, concl. J. Arrighi de Casanova) mais pas nécessairement ceux utilisés pour le « catéchisme, l'école du dimanche et la répétition de chorales pour les offices du culte » (CE 4 févr. 2008, *Association de l'Eglise néo-apostolique de France*, préc.).

Ce byzantinisme fiscal doit-il demeurer le cadre pour penser l'exercice de la liberté de culte ? Doit-on ne retenir que la définition du droit des biens, ou doit-on retenir une approche fonctionnelle, tout lieu où se pratique habituellement, ou « normalement », un culte devenant un lieu de culte ? Le décret ici attaqué vise ainsi les lieux bien identifiés comme ceux des cérémonies religieuses mais il laisse en débat tous les lieux de prière, de réunion, de rencontre, ouverts à des groupes. Ainsi, prenons l'exemple d'une salle appartenant à une association à caractère religieux, salle ouverte au public et servant à un groupe de prière ou encore une salle paroissiale (relevant du domaine d'une commune) accueillant des réunions d'aumônerie de l'enseignement ou les mouvements scouts, qui vont y prier et y chanter. Ces salles ne sont actuellement pas considérées comme des lieux de culte, tout comme les associations qui les occupent. La première doit en principe donc rester fermée, mais la seconde échappe à l'interdiction des réunions car elle entre dans la catégorie des activités de la jeunesse, sur un « temps périscolaire » (largement entendu). Les réunions qui s'y tiendraient sont pourtant (d'un point de vue phénoménologique et neutre) identiques. Elles peuvent indifféremment être tenues pour des « cérémonies » du point de vue civil. Ni la liberté de culte ni la lutte contre la covid-19 n'y trouvent leur intérêt ; la sécurité juridique encore moins.

La Cour européenne des droits de l'homme estime pourtant que la législation civile de police (ici la réglementation d'urbanisme) ne saurait conduire à empêcher l'exercice d'un culte en dehors des établissements que l'Etat y destine. Sous réserve de répondre aux exigences de sécurité d'accueil du public, il ne revient pas à l'Etat de limiter la notion de « lieu de culte » (CEDH 24 mai 2016, n° 36915/10, *Association de solidarité avec Les Témoins de Jéhovah et autres c/ Turquie*). On en déduit que la notion de lieu de culte doit se définir de manière fonctionnelle, par la destination que lui donnent effectivement les « fidèles » (dans le respect de l'ordre public), car le but est de permettre le culte, mais aussi donc que l'Etat ne saurait tenir pour établie ou « par nature » une telle qualification.

Il convient de s'arrêter sur la signification du refus (pt 4) de reconnaître l'intérêt à agir de l'association Pour la messe « à l'encontre des dispositions [qui] interdisent dans les lieux de culte les rassemblements et réunions qui ne sont pas liés avec les cérémonies » (rendant irrecevables les conclusions aux fins de suspension et d'injonction). L'association ayant la défense de la messe comme seul objet, toute autre activité serait hors de son action. Cette décision, en apparence logique, induit donc que le juge est capable de distinguer la messe, désignée comme cérémonie, des autres rassemblements de croyants. Cela confirme d'ailleurs la teneur générale de l'ordonnance qui ne va assouplir le régime que pour les « cérémonies ». Cet argument était d'ailleurs déjà soulevé comme méconnaissant la laïcité dans l'ordonnance du 18 mai. Il est vrai que pour les croyants, la messe permet la célébration du sacrement d'Eucharistie, lequel fait partie des obligations des fidèles, de même que le décret prévoyait déjà une dérogation pour les rites funéraires (compris par les fidèles comme un autre sacrement). Mais, selon quel droit et selon quelle compétence, l'administration et le juge sont-ils capables de discerner une « cérémonie » qui vaut la peine d'être maintenue, d'une « réunion ou rassemblement » qui pourrait se tenir là aussi et au cours desquels on peut aussi prier et éventuellement communier ? Tous relèvent de la liberté « de culte » ou « de religion ». Cela ne peut conduire qu'à laisser aux ministres du culte le soin d'en décider.

B. La liberté de culte, ramenée à la notion de « cérémonie »

De manière quelque peu innovante, le juge semble dessiner un noyau dur de la liberté de culte en jouant sur le caractère distinct des offices qu'il qualifie de « cérémonie » selon un

caractère qui lui semble évident. Mais en réalité, il s'aventure un peu plus loin sur un terrain hasardeux pour la laïcité : se mêler de définir le contenu de la liberté de religion.

Certes, la chose n'est pas nouvelle puisque, étant tenue parfois d'identifier une « vraie » activité cultuelle, la jurisprudence s'est même laissée aller à définir juridiquement ce que sont un culte et une religion. La Cour de cassation (Crim. 30 juin 1999, n° 98-80.501, D. 2000. 655, note B. Giard) avait ainsi dû recadrer la cour d'appel de Lyon (28 juill. 1997, *Procureur général de Lyon*, D. 1997. 197) qui s'était aventurée à définir la religion « par la coïncidence de deux éléments, un élément objectif, l'existence d'une communauté, même réduite, et un élément subjectif, une foi commune ». Le juge lyonnais était pourtant à l'unisson des conclusions du président Jacques Arrighi de Casanova sur l'avis de l'assemblée du contentieux du 24 octobre 1997 (n° 187122, *Association locale pour le culte des Témoins de Jéhovah de Riom*, Lebon 372 ; D. 1997. 256 ; RFDA 1998. 61, concl. J. Arrighi de Casanova et 69, note G. Gonzalez), qui parlait de culte comme de « la célébration de cérémonies organisées en vue de l'accomplissement, par des personnes réunies par une même croyance religieuse, de certains rites ou de certaines pratiques ».

En se référant à des « croyances religieuses » et des « pratiques » sans tenter d'en définir l'objet et le but, le Conseil d'Etat entendait cerner la notion de culte sans se mêler de religion. Cependant la notion de « cérémonie » opère une régression en tentant de désigner un aspect religieux particulier parmi d'autres « réunions » inhérentes au culte. L'article 9 de la convention fournit pourtant une autre liste : « Par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. » Cette tendance éloigne l'Etat de sa neutralité, laquelle suppose son ignorance quant aux exigences des groupements religieux, dogmes et rites. La question de la définition du culte s'attache habituellement à l'étude des activités d'une association sur la durée et en général pour vérifier son objet « exclusif ». Mais ici il s'agit d'une action déterminée par rapport à d'autres. Le juge a tenté de conserver une expression laïque mais le caractère poreux de la notion de « cérémonie » ne permet pas d'identifier systématiquement l'objet des mesures. Le juge se laisse ici aller à un réflexe qui le conduit à qualifier la nature d'une activité en fonction du vécu des participants et non du phénomène objectivement tangible pour l'ordre public. Du point de vue de l'Etat, il ne peut y avoir aucune différence entre une messe et une réunion d'étudiants qui parlent et chantent, même si c'est pour Dieu... De là à discuter d'un contenu propre à la liberté de culte ou de religion qui ne serait pas déjà dans les libertés de réunion, association, manifestation, expression, vie privée, éducation... (v. X. Bioy, Protéger la

religion sans la liberté de religion ?, *in Politeia*, n° spécial, Laïcité et démocratie, 29/2016).

Déjà saisi à l'occasion de mesures plus restrictives encore (CE 7 nov. 2020, *Association Civitas et autres*, préc.), le juge des référés n'avait pas répondu aux arguments tenant aux cérémonies (mariages et obsèques avaient été sauvegardés pendant le confinement sans que les fidèles aient pu convaincre que d'autres sacrements étaient tout aussi nécessaires). Le Conseil d'Etat s'était replié derrière une prochaine concertation, celle qui a engendré les mesures ici attaquées. Il avait déjà oeuvré en faveur de la liberté de culte en neutralisant l'exigence formelle du modèle-type de justificatif qui « gagnerait à être explicité », en permettant de cocher la case « motif familial impérieux » pour que les fidèles puissent se déplacer dans le lieu de culte le plus proche de leur domicile ou situé dans un périmètre raisonnable autour de celui-ci, mais au-delà du kilomètre prévu normalement.

II - Mais la liberté de culte privilégiée ?

Il résulte de l'article L. 3131-15 du code de la santé publique que, « dans les circonscriptions territoriales où l'état d'urgence sanitaire est déclaré, le Premier ministre peut, [...] aux seules fins de garantir la santé publique », adopter un certain nombre de mesures de restriction ou d'interdiction des déplacements, activités et réunions « strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu ». La notion de lieu peut renvoyer autant au contexte sanitaire d'une localité qu'aux spécificités du lieu frappé par la restriction de liberté. Comme dans toutes les ordonnances « Covid », le juge prend le temps d'exposer l'état sanitaire ayant motivé, au moment de son adoption, le décret litigieux. Le contexte, complexe, est celui d'un assouplissement des restrictions après un moment de crise accentuée de l'épidémie, mais toujours en état d'urgence sanitaire.

Au sein de nombreuses activités limitées, à partir d'une restriction plus forte que d'autres, le juge desserre l'étau sur la liberté de culte, sans les mêmes égards pour d'autres activités (en particulier culturelles), donnant l'impression (sans doute trompeuse) de lui accorder une considération particulière.

A. Le contrôle de proportionnalité des mesures

Le contrôle de proportionnalité (l'association Pour la messe parlait même d'erreur manifeste en raison de la diversité des lieux de culte) se présente dans toutes ses dimensions et de manière précise. Ce travail scrupuleux a pour effet de grossir à la loupe les effets de la mesure et de convaincre de la disproportion. Le travail s'effectue à la fois quant à la nécessité, l'adéquation et l'intensité de la contrainte.

Quant à la nécessité, les requêtes se focalisent sur l'évolution restrictive des mesures par rapport au protocole sanitaire en vigueur avant le second confinement. Le juge reprend néanmoins tous les motifs avancés par le gouvernement, toujours alarmants en dépit du confinement, tenant aux difficultés de repérer les sources de contamination et de freiner celle-ci : « les cérémonies de culte exposent les participants à un risque de contamination, lequel est d'autant plus élevé qu'elles ont lieu dans un espace clos, de taille restreinte, pendant une durée importante, avec un grand nombre de personnes, qu'elles s'accompagnent de prières récitées à haute voix ou de chants, de gestes rituels impliquant des contacts, de déplacements, ou encore d'échanges entre les participants, y compris en marge des cérémonies elles-mêmes » (§ 15, formule reprise depuis l'ordonnance du 18 mai 2020, n° 440366, *Association Civitas et autres* et réitérée ultérieurement, CE 22 déc. 2020, n° 440402, *M. A.*). Les requêtes relèvent aussi que les alternatives envisageables, comme la multiplication des cérémonies (ce qui se fait en pratique), ne suffisent pas et se révèlent irréalistes.

L'association Pour la messe a, en outre, confronté le gouvernement à son propre raisonnement et ses propres experts en invoquant le fait que « ni le conseil scientifique, dans son avis du 26 octobre 2020, ni aucune autre source scientifique n'a recommandé l'interdiction des cultes ». Le Conseil d'Etat a, néanmoins, déjà indiqué que malgré l'absence de preuve scientifique, les protocoles mis en place par les évêques n'étaient pas toujours adaptés ni toujours bien respectés, notamment à l'entrée et à la sortie des offices (CE 7 nov. 2020, *Association Civitas et autres*, préc.).

Sur l'adéquation, les requêtes insistent sur l'absence de « cluster » connu lié à l'activité culturelle. L'argument peut surprendre quand on se souvient qu'au début de l'épidémie, une réunion évangélique près de Mulhouse avait conduit à une contamination collective médiatisée et avait justifié les premières mesures restrictives du culte (CE 18 mai 2020, *Association Civitas et*

autres, préc.). Néanmoins, le juge fait droit à cet argument en admettant qu'il n'est pas prouvé de « risques propres » (§ 18).

Sur le plan de l'intensité, ou proportionnalité stricte, la limite de trente personnes n'est pas proportionnée dès lors qu'elle ne tient pas compte de la superficie des lieux, que d'autres mesures peuvent limiter les regroupements lors des entrées ou sorties. Ce seul point emporte la conviction du juge.

B. L'examen de la rupture d'égalité et de la discrimination

Les requêtes invoquent toutes la notion de discrimination (maladroitement attribuée aux lieux et non à l'action de se réunir) en la recoupant, la confondant en réalité, avec la rupture d'égalité par rapport à d'autres activités, ce qui stigmatiserait les cultes.

Le Conseil d'Etat avait déjà été saisi sur ce point dès la première ordonnance (CE 18 mai 2020, *Association Civitas et autres, préc.*) et invité à comparer les cultes avec des activités « qui ne présentent pas nécessairement de risque équivalent [...] mais pour lesquels ce risque repose aussi sur les facteurs » similaires et connaissent pourtant « des régimes moins restrictifs pour l'accès du public » (§ 31). Il avait alors admis que les différences avec les transports en commun et les commerces n'étaient pas significatives et justifiaient (entre autres) la levée de l'interdiction générale et absolue de tout rassemblement ou réunion dans les établissements de culte. De même, peu de temps avant la présente décision, il a simplement affirmé que les restrictions « ne sont discriminatoires à l'égard d'aucun culte ou d'aucun rite » (CE 7 nov. 2020, *Association Civitas et autres, préc.*).

Mais ici les requérants entendent insister au motif que l'interdiction de toute cérémonie méconnaîtrait « le principe de laïcité et d'égalité dès lors, d'une part, que l'autorité publique distingue quelle cérémonie religieuse peut avoir lieu ou non et, d'autre part, que cette interdiction instaure une situation de discrimination indirecte eu égard au préjudice plus important causé aux chrétiens catholiques et orthodoxes qu'aux autres religions et aux non-croyants ».

Inversement, certains analystes estiment que le principe de laïcité aurait dû conduire le juge à

se montrer égalitariste, toute tentative pour spécifier ou autonomiser les réunions cultuelles devenant entorse et compromission à la neutralité de l'Etat (v. F. Melleray, Les voies du Seigneur, AJDA 2020. 2457).

Disons-le, la laïcité ne se trouve nullement en cause ici où l'Etat limite l'ensemble des libertés et se doit de ne le faire que dans une stricte nécessité. Il ne s'agit pas d'aider positivement les religions, encore moins au détriment d'autres libertés. Et si l'une était moins rognée que les autres, il convient de s'en réjouir.

Quant à l'aspect discrimination, les requérants n'ont eu de cesse de comparer la situation des activités cultuelles avec d'autres qui ne connaissant aucun plafond de fréquentation (rassemblements professionnels, transports, manifestations sur la voie publique, concours et examens, bibliothèques, établissements et cantines scolaires...). L'argument n'est, à juste titre, semble-t-il, pas retenu par le juge.

D'une part, parce que la mesure, certes discriminante puisqu'elle s'applique à une activité juridiquement autonomisée d'autres phénomènes en apparence identiques, n'est pas pour autant discriminatoire. La discrimination serait constituée par un traitement moins favorable entre religions ou entre activités de même nature au regard de l'objectif de prévention sanitaire. Or, les cultes sont ici mieux traités que les activités culturelles par exemple et présentent des risques semble-t-il supérieurs aux commerces ; quant aux transports, ils ne peuvent se comparer ni en objet ni en pratique. Quant à la discrimination entre mouvements religieux, on a peine à l'établir.

D'autre part, quant à la rupture d'égalité, parce que la différence de traitement se justifie précisément par cette autonomisation. Les requêtes comparent la valeur absolue de trente personnes, pouvant être rapportée à de vastes édifices (oubliant que cela peut être l'inverse), alors que les commerces doivent respecter une jauge de 8 m² par client (en réalité des personnes vivant ensemble) sans limite en valeur absolue. C'est donc sur ce point que le juge donne raison aux requérants et enjoint de modifier la jauge.

Mais c'est surtout le § 19 qui attire l'attention : « Si certains établissements recevant du public, autres que les lieux de culte, restent fermés, les activités qui y sont exercées ne sont pas de même nature et les libertés fondamentales qui sont en jeu ne sont pas les mêmes. » La formule est maladroite et autorise deux lectures. Soit elle semble simplement souligner que les risques

ne sont pas plus importants dans les cérémonies que dans d'autres activités qui sont tout aussi limitées et seuls les « services essentiels » pourraient avoir une jauge plus élevée ; soit elle justifie que l'on desserre davantage l'étau pour les cultes auxquels on reconnaît une nécessité plus élevée que la culture, les loisirs, le sport, la restauration...

Lu à la lumière des spécificités relevées plus haut, on pourrait retenir la seconde lecture et y voir un début de hiérarchie des droits en faveur de la religion (ce qui plairait fort à Strasbourg). Pourtant, il faut se garder d'y voir une telle préférence. En effet, l'argument de l'égalité sera à nouveau appliqué, postérieurement à la présente ordonnance (CE 22 déc. 2020, n° 440402), sur le terrain de la définition des activités « essentielles » pendant le confinement, dont les cultes ne feront finalement pas partie... « Si les établissements recevant du public relevant des quarante-huit secteurs d'activité énumérés en annexe du décret du 23 mars 2020 sont dans une situation comparable aux lieux de culte au regard de l'objectif de protection de la santé publique poursuivi par les mesures imposant la fermeture des établissements recevant du public, ils ne sont pas dans une situation analogue à ces derniers au regard de la nécessité de garantir la continuité de la vie de la Nation, notamment de permettre l'approvisionnement en produits de première nécessité et la fourniture de services essentiels à la population. »

La disproportion constatée n'est donc appréciée qu'au regard du danger que représentent les cérémonies et le juge maintient l'exclusion de toute autre réunion, sans considération pour leur intégration dans la notion de culte. Pourtant, le choix du gouvernement, et non celui du juge, de permettre aux cultes de reprendre, et non à d'autres activités, apparaîtra à certains comme une rupture d'égalité dans les restrictions. Mais, lorsque l'on parle de discrimination, il ne faut pas perdre de vue qu'il s'agit d'activités et non de personnes. Les croyants aussi vont au restaurant et font du ski...