

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3720/2020-ABST

ACST/19/2021

COUR DE JUSTICE

Chambre constitutionnelle

Arrêt du 6 mai 2021

dans la cause

Monsieur A _____

et

Monsieur B _____

représentés par Me Yves Nidegger, avocat

contre

CONSEIL D'ÉTAT

EN FAIT

- 1) En décembre 2019, des médecins chinois ont donné l'alerte sur un nouveau virus inconnu, le coronavirus du syndrome respiratoire aigu sévère (ci-après : SARS-CoV-2). Celui-ci se transmet par le biais de sécrétions infectées telles que la salive et les sécrétions respiratoires qui sont expulsées sous forme de grosses gouttelettes respiratoires ou de petits aérosols lorsqu'une personne infectée tousse, éternue, parle ou chante, en particulier dans des lieux bondés et mal ventilés, ainsi que des surfaces ou objets contaminés. Un contact direct, indirect ou étroit avec une personne contaminée peut entraîner l'inhalation ou l'inoculation du virus par la bouche, le nez ou les yeux et ainsi provoquer la maladie à coronavirus 2019 (ci-après : Covid-19), laquelle peut se manifester par des difficultés respiratoires pouvant, chez certains patients, nécessiter une hospitalisation, voire entraîner la mort.
- 2) À la suite de la découverte des premiers cas de patients atteints de la Covid-19 en Suisse fin février 2020, le Conseil fédéral a déclaré l'état de situation particulière au sens de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme du 28 septembre 2012 (loi sur les épidémies, LEp - RS 818.101) et pris une série de mesures.
- 3) Le 16 mars 2020, le Conseil fédéral a déclaré la situation comme extraordinaire au sens de l'art. 7 LEp et a ordonné notamment, dès le lendemain, l'interdiction de toutes les manifestations publiques et privées, y compris les offices religieux, sauf s'agissant des inhumations, pour autant qu'elles aient lieu dans le cercle familial restreint (art. 6 al. 1 et 3 let. 1 de l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du 13 mars 2020 - ordonnance 2 Covid-19 - aRS 818.101.24).
- 4) Durant la même période, le Conseil d'État a également pris une série de mesures, en particulier destinées à mettre en œuvre au plan cantonal celles décidées par le Conseil fédéral.
- 5) Dès fin avril 2020, le Conseil fédéral a allégé les mesures par étapes et permis, à compter du 28 mai 2020, la tenue des offices religieux, des autres manifestations religieuses ainsi que des inhumations, moyennant la mise en œuvre d'un plan de protection (art. 6 al. 3 let. k de l'ordonnance 2 Covid-19 ; RO 2020 1751).
- 6) Le 19 juin 2020, à la suite d'une diminution du nombre de nouveaux cas, le Conseil fédéral a requalifié la situation extraordinaire en situation particulière et restructuré ses mesures notamment au sein de l'ordonnance sur les mesures

destinées à lutter contre l'épidémie de Covid-19 en situation particulière (ordonnance Covid-19 situation particulière - RS 818.101.26).

- 7) Dès le 24 juillet 2020, en raison d'une augmentation du nombre de nouvelles contaminations à Genève, le Conseil d'État a pris une série de mesures, notamment rendu le port du masque facial obligatoire dans certains lieux (arrêté du Conseil d'État relatif aux mesures destinées à lutter contre l'épidémie de Covid-19 du 24 juillet 2020).
- 8) Le 18 octobre 2020, le Conseil fédéral a notamment imposé le port du masque facial dans les espaces clos accessibles au public des installations et des établissements, obligation qu'il a étendue, le 28 octobre 2020, aux espaces publics extérieurs de ces installations et établissements (art. 3b al. 1 de l'ordonnance Covid-19 situation particulière). Le 28 octobre 2020 également, il a aussi interdit l'organisation de manifestations de plus de 50 personnes (art. 6 al. 1 de l'ordonnance Covid-19 situation particulière). Ces modifications sont respectivement entrées en vigueur les 19 et 29 octobre 2020 (RO 2020 4159 ; RO 2020 4503).
- 9) Selon le point épidémiologique hebdomadaire du service du médecin cantonal (ci-après : SMC), durant la semaine 43, du 19 au 25 octobre 2020, le nombre de personnes positives au SARS-CoV-2 était passé de 1'874 la semaine précédente à 4'175 la semaine en cours, le nombre de personnes hospitalisées de 280, étant également en forte hausse, de même que celui des décès, au nombre de 9. Le nombre élevé de cas positifs ne permettait en outre plus d'identifier et d'analyser tous les foyers d'infection.
- 10) Durant la semaine 44, du 26 octobre au 1^{er} novembre 2020, le SMC, dans son point épidémiologique hebdomadaire, a fait état de 6'688 cas positifs au SARS-CoV-2, de 315 hospitalisations et de 18 décès.
- 11) Le 1^{er} novembre 2020, le Conseil d'État a adopté l'arrêté d'application de l'ordonnance Covid-19 situation particulière et sur les mesures de protection de la population (ci-après : l'arrêté Covid-19), publié dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) du 2 novembre 2020, qui comprend notamment les dispositions suivantes :

« **Chapitre 1 Dispositions générales**

Article 1 – État de nécessité

L'état de nécessité, au sens de l'article 113 de la constitution de la République et canton de Genève, du 14 octobre 2012, est déclaré.

Les mesures prévues dans le présent arrêté visent à prévenir la propagation du coronavirus.

(...)

Chapitre 8 Manifestations

Article 18 – Interdiction

¹ Les manifestations, publiques et privées, y compris dans le cercle familial, à l'intérieur comme à l'extérieur, réunissant plus de 5 participants sont interdites, les

ménages de plus de cinq personnes exceptés.

² Les services religieux et autres manifestations religieuses accessibles au public sont interdits.

³ Sont exceptés :

a) les cérémonies religieuses de mariage jusqu'à 5 participants, en sus des personnes rattachées à l'office religieux ;

b) les funérailles accessibles au public, jusqu'à 50 participants, en sus des personnes rattachées à l'office religieux ou au service des pompes funèbres ;

(...)

⁴ Les événements visés à l'alinéa 3 doivent avoir un plan de protection qui prévoit notamment port du masque et distance interpersonnelle en permanence entre les participants ainsi que la désinfection obligatoire des mains. L'organisateur doit garantir l'élaboration et la mise en œuvre du plan de protection et collecter les coordonnées des participants.

⁵ Dans des cas exceptionnels, une dérogation aux alinéas 1 et 2 peut être accordée par le service du médecin cantonal, notamment en cas d'impossibilité absolue de report et de réunion en non présentiel et pour autant que la manifestation réponde à un intérêt prépondérant.

(...)

Chapitre 10 Dispositions finales

(...)

Article 21 – Entrée en vigueur et durée de validité

¹ Le présent arrêté entre en vigueur le 2 novembre 2020 à 19h00.

² Les mesures prévues ont effet jusqu'au 29 novembre 2020 à minuit, elles pourront être prolongées en cas de besoin. »

- 12) Par communiqué de presse du même jour, le Conseil d'État a indiqué que le canton faisait face à une flambée des cas et des hospitalisations, 475 patients étant pris en charge par les Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG), dont 56 en lits de réanimation. Les chiffres traduisaient une sévère aggravation de la situation, 1'000 personnes étant quotidiennement testées positives au SARS-CoV-2 depuis quelques jours, avec un chiffre culminant à 1'338 cas positifs le 30 octobre 2020. Les hôpitaux qualifiaient la situation de dramatique, un transfert de patients vers d'autres lieux de soins en Suisse ainsi que leur « tri » étant envisagé. Face à cette situation, il se justifiait de durcir les mesures pour briser l'augmentation exponentielle des hospitalisations, dont l'interdiction des services religieux dans les lieux de culte – lesquels restaient toutefois ouverts –, à l'exception des mariages et des funérailles, avec limitation du nombre des participants. Ces établissements étaient en outre tenus d'assurer le suivi de toutes les mesures de prévention requises, comme la désinfection des mains au gel hydroalcoolique à l'entrée, le port du masque ou le nombre de personnes maximum.
- 13) Le 2 novembre 2020, Monsieur B_____, prêtre catholique appartenant à la congrégation C_____, a demandé au SMC une dérogation afin de pouvoir célébrer la messe du samedi et du dimanche.
- 14) Par acte déposé le 6 novembre 2020 auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), Messieurs B_____ et A_____, catholique pratiquant domicilié à Genève, ont conjointement interjeté recours contre l'arrêté Covid-19, concluant préalablement à l'octroi de l'effet suspensif et principalement à l'annulation de l'art. 18 al. 2 et 3 let. a et b dudit

arrêté, à ce que les cérémonies religieuses soient inscrites au nombre des exceptions prévues à l'art. 18 al. 3 dudit arrêté sans limitation du nombre de fidèles autres que celles découlant du plan de protection et à l'octroi d'une indemnité de procédure.

L'arrêté litigieux avait pour effet de suspendre l'exercice des services religieux, auxquels la participation était obligatoire pour les fidèles catholiques, ce qui portait atteinte de manière injustifiée à leur liberté de conscience et de croyance. Sous le couvert de mesures sanitaires, dont il avait fait un usage arbitraire, le Conseil d'État avait interdit totalement les cultes mais maintenu les assemblées à caractère politique, sans faire aucun cas des demandes d'exceptions qui lui avaient été soumises. L'intérêt public faisait défaut, en l'absence de justification rationnelle et scientifique de la pertinence de l'interdiction en cause, des prédictions alarmistes n'étant dans ce cadre pas suffisantes. La mesure ne répondait pas non plus aux exigences du principe de proportionnalité. En particulier, elle n'était pas apte à atteindre le but d'intérêt public visé, puisque les lieux de culte ne constituaient pas des foyers de contamination et que les plans de protection mis en place étaient scrupuleusement suivis par les fidèles, dont le respect était au demeurant assuré par un service d'ordre. Le Conseil d'État n'avait pas non plus examiné la possibilité de recourir à des mesures moins incisives et avait préféré des mesures drastiques, uniques en Suisse, à une analyse concrète de la situation. Il était pourtant possible d'imposer un plan de protection limitant le nombre de personnes en fonction des espaces disponibles dans le bâtiment considéré, avec respect de l'obligation de se désinfecter les mains et des distances sanitaires. La mise en rapport de l'intérêt privé et public était en outre en défaveur de ce dernier. Il était ainsi difficilement soutenable que la pratique du culte constituait un danger en soi au point de l'interdire complètement, tout en admettant la tenue de certaines cérémonies ou en permettant aux membres du Grand Conseil de se réunir physiquement.

- 15) Le 16 novembre 2020, le SMC a refusé la demande de dérogation présentée par M. B_____.
- 16) Par arrêt du 17 novembre 2020 (ATA/1150/2020), la chambre administrative a déclaré le recours irrecevable et l'a transmis à la chambre constitutionnelle de la Cour de justice (ci-après : la chambre constitutionnelle) pour raison de compétence, ce dont les parties ont été informées.
- 17) Le 20 novembre 2020, M. B_____ a réitéré sa demande auprès du SMC, que celui-ci a refusée le 23 novembre 2020.
- 18) Par arrêté du 25 novembre 2020 entré en vigueur le 28 novembre 2020, le Conseil d'État a modifié l'arrêté Covid-19 et permis la réouverture de certains lieux culturels et de loisirs, ainsi que des commerces de détail. Il a pour le surplus

reconduit la durée de validité dudit arrêté, dont la mesure litigieuse, jusqu'au 17 décembre 2020.

- 19) Selon le point presse du 25 novembre 2020 également, le Conseil d'État a expliqué poursuivre le processus d'assouplissement des mesures sanitaires, au regard de l'évolution lente mais réelle de la situation épidémiologique. Sa volonté restait néanmoins d'éviter toute précipitation pour contrer tout rebond épidémique et toute flambée exponentielle du nombre des contaminations. En fonction d'une évolution positive de la situation et si la baisse des contaminations se poursuivait, la pertinence d'assouplir lesdites mesures serait progressivement analysée.
- 20) Le 27 novembre 2020, le Conseil d'État a conclu au rejet de la demande d'effet suspensif au recours.
- 21) Le 30 novembre 2020, MM. B_____ et A_____ ont fait parvenir un complément à leur recours, persistant dans leurs conclusions et mettant notamment en avant le phénomène de foule entraîné par la réouverture des commerces de détail le samedi 28 novembre 2020.
- 22) Le 3 décembre 2020, la chambre constitutionnelle a octroyé l'effet suspensif au recours et réservé le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond.
- 23) Par arrêté du 7 décembre 2020, publié dans la FAO et entré en vigueur le même jour, le Conseil d'État a modifié l'arrêté Covid-19 de la manière suivante :

« Article 18, al. 2 et al. 4 (nouvelle teneur), al. 3 let. a et let. b (abrogées)

² Les services religieux et autres manifestations religieuses accessibles au public réunissant plus de 50 personnes, en sus des personnes rattachées à l'office ou au service des pompes funèbres, sont interdites. Les mariages et les baptêmes demeurent limités à 5 personnes, en sus des personnes rattachées à l'office. L'organisateur met en œuvre et fait respecter les mesures de protection figurant à l'annexe 6 « Mesures relatives aux services religieux et autres manifestations religieuses » du présent arrêté et les personnes fréquentant ces lieux sont tenues de les respecter.

(...)

Article 21, al. 2 (nouvelle teneur)

² Les mesures prévues ont effet jusqu'au 15 janvier 2021 à minuit, elles pourront être prolongées en cas de besoin.

(...)

Annexe 6 Mesures relatives aux services religieux et autres manifestations religieuses

Limitation d'accès et contrôle de la densité

(...)

Solution/gel hydroalcoolique et hygiène des mains

(...)

Masques

(...)

Nettoyage

(...)

Aménagements et adaptations

(...)

Aération

(...)

Information

(...) »

- 24) Dès le 9 décembre 2020, le Conseil fédéral a interdit les manifestations, sauf notamment les manifestations religieuses jusqu'à 50 personnes et les funérailles dans le cercle familial et dans le cercle amical restreint (art. 6 al. 1 let. d et e de l'ordonnance Covid-19 situation particulière ; RO 2020 5189).
- 25) Par arrêté du 21 décembre 2020, publié dans la FAO du 22 décembre 2020 et entré en vigueur le lendemain, le Conseil d'État a modifié l'arrêté Covid-19 de la manière suivante :
- « Article 18 (nouvelle teneur)
¹ Les manifestations publiques et privées sont interdites.
² Sont exceptés
a. Les services religieux et autres manifestations religieuses accessibles au public jusqu'à 50 personnes, en sus des personnes rattachées à l'office ;
b. Les funérailles dans le cercle familial et dans le cercle amical restreint, jusqu'à 50 participants en sus des personnes rattachées à l'office et aux services des pompes funèbres ;
c. Les mariages et les baptêmes jusqu'à 5 personnes en sus des personnes rattachées à l'office ;
(...)
³ Les événements visés à l'alinéa 2, lettres a à c, doivent avoir un plan de protection qui met en œuvre les mesures figurant à l'annexe 6 « Mesures relatives aux services religieux et autres manifestations religieuses » du présent arrêté que les organisateurs mettent en œuvre et font respecter et que les personnes fréquentant ces lieux sont tenues de respecter.
(...)
Article 21, al. 2 (nouvelle teneur)
² Les mesures prévues ont effet jusqu'au 22 janvier 2021 à minuit. »
- 26) Par arrêté du 20 janvier 2021, publié dans la FAO et entré en vigueur le même jour, le Conseil d'État a notamment prolongé la durée de validité de l'arrêté Covid-19 jusqu'au 28 février 2021.
- 27) Le 29 janvier 2021, le Conseil d'État a conclu au rejet du recours.

Bien que la disposition litigieuse ait interdit les manifestations religieuses, toute célébration n'avait pas pour autant été prohibée, comme les mariages et les funérailles, et les lieux de culte étaient toujours restés ouverts aux fidèles pour le recueillement, la prière et la confession. L'arrêté Covid-19 se fondait sur le droit de nécessité, la mesure contestée poursuivait un but d'intérêt public et respectait le principe de proportionnalité. La tension sanitaire était telle que ladite mesure visait, dans un but de précaution, à exclure les risques de pandémie, et non pas simplement à les minimiser, ce que ne permettaient pas de garantir le seul respect des mesures sanitaires de base ou la mise en œuvre de plans de protection spécifiques. En effet, la fréquentation d'une manifestation religieuse présentait toutes les caractéristiques propres à propager le virus, selon des faits scientifiquement établis et les événements passés, des foyers épidémiques étant apparus à la suite de tels rassemblements. L'égalité de traitement était aussi respectée puisque les allègements prenaient en compte des facteurs multiples, les

spécificités des manifestations religieuses justifiant un traitement particulier. Les manifestations politiques ne leur étaient ainsi pas comparables, puisqu'elles se tenaient à l'extérieur et dans un lieu unique et connaissaient une fréquentation moindre que les offices religieux. De plus, ces entraves à l'exercice de la foi n'étaient que temporaires et seraient levées en cas d'amélioration de la situation sanitaire.

- 28) Le 22 février 2021, le juge délégué a accordé aux parties un délai au 12 mars 2021 pour formuler toutes requêtes ou observations complémentaires, après quoi la cause serait gardée à juger.
- 29) Par arrêtés des 26 février, 19 mars et 16 avril 2021, le Conseil d'État a notamment prolongé la durée de validité de l'arrêté Covid-19 respectivement jusqu'au 31 mars, au 30 avril et au 31 mai 2021.
- 30) Le 2 mars 2021, le Conseil d'État a indiqué ne pas avoir d'observations complémentaires à formuler.
- 31) Le 12 mars 2021, MM. B_____ et A_____ ont persisté dans les termes et conclusions de leur recours.
- 32) Le 19 mars 2021, le Conseil d'État a persisté dans ses précédentes écritures, indiquant en particulier que la fraternité dont faisaient partie les recourants avait, en France, appelé à la désobéissance des règles sanitaires, ce qu'ils ne contestaient pas dans leurs écritures.
- 33) Le 23 mars 2021, le juge délégué a transmis ce courrier à MM. B_____ et A_____, leur accordant un délai au 31 mars 2021 pour une éventuelle réplique.
- 34) Le 29 mars 2021, MM. B_____ et A_____ ont persisté dans leur recours, indiquant qu'ils avaient toujours respecté sans réserve les règles sanitaires en vigueur.
- 35) Sur quoi, la cause a été gardée à juger, ce dont les parties ont été informées.

EN DROIT

- 1) a. La chambre constitutionnelle est l'autorité compétente pour contrôler, sur requête, la conformité des normes cantonales au droit supérieur (art. 124 let. a de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 - Cst-GE - A 2 00). Selon la législation d'application de cette disposition, il s'agit des lois constitutionnelles, des lois et des règlements du Conseil d'État (art. 130B al. 1 let. a de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05). Les arrêtés du Conseil d'État peuvent également faire l'objet d'un contrôle abstrait par la chambre constitutionnelle, pour autant qu'ils contiennent

des règles de droit (ACST/4/2021 du 2 mars 2021 consid. 1a et les références citées), à savoir des mesures générales, destinées à s'appliquer à un nombre indéterminé de personnes, et abstraites, se rapportant à un nombre indéterminé de situations, affectant au surplus la situation juridique des personnes concernées en leur imposant une obligation de faire, de s'abstenir ou de tolérer ou en réglant d'une autre manière et de façon obligatoire leurs relations avec l'État, ou alors ayant trait à l'organisation des autorités (ATF 135 II 328 consid. 2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_1023/2017 du 21 décembre 2018 consid. 2.2).

b. En l'espèce, le recours est formellement dirigé, indépendamment d'un cas d'application, contre l'arrêté Covid-19, dans sa teneur du 1^{er} novembre 2020, à savoir un acte édicté par le Conseil d'État contenant des règles de droit, dont l'art. 18 al. 2 et 3 let. a et b, lequel a interdit la tenue des services religieux et autres manifestations religieuses accessibles au public, hormis les cérémonies de mariage jusqu'à 5 participants et les funérailles jusqu'à 50 participants, et ce sur l'ensemble du territoire cantonal. Le recours est dès lors recevable de ce point de vue, comme la chambre de céans l'a déjà admis s'agissant de précédents arrêts du Conseil d'État concernant d'autres mesures sanitaires liées à l'épidémie de Covid-19 (ACST/4/2021 précité consid. 1b ; ACST/5/2021 du 2 mars 2021 consid. 1b).

- 2) Le recours a été interjeté dans le délai légal à compter de la publication de l'arrêté litigieux dans la FAO, qui a eu lieu le 2 novembre 2020 (art. 62 al. 1 let. d et al. 3 et 64 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). Il respecte également les conditions générales de forme et de contenu prévues aux art. 64 al. 1 et 65 al. 1 et 2 LPA. Il est dès lors recevable aussi sous cet angle.
- 3) a. A qualité pour recourir toute personne touchée directement par une loi constitutionnelle, une loi, un règlement du Conseil d'État ou une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce que l'acte soit annulé ou modifié (art. 60 al. 1 let. b LPA). L'art. 60 al. 1 let. b LPA formule de la même manière la qualité pour recourir contre un acte normatif et en matière de recours ordinaire. Cette disposition ouvre ainsi largement la qualité pour recourir, tout en évitant l'action populaire, dès lors que le recourant doit démontrer qu'il est susceptible de tomber sous le coup de la loi constitutionnelle, de la loi ou du règlement attaqué (ACST/25/2020 du 27 août 2020 consid. 4a).

Lorsque le recours est dirigé contre un acte normatif, la qualité pour recourir est conçue de manière plus souple et il n'est pas exigé que le recourant soit particulièrement atteint par l'acte entrepris. Ainsi, toute personne dont les intérêts sont effectivement touchés directement par l'acte attaqué ou pourront l'être un jour a qualité pour recourir ; une simple atteinte virtuelle suffit, à condition toutefois qu'il existe un minimum de vraisemblance que le recourant puisse un

jour se voir appliquer les dispositions contestées (ATF 145 I 26 consid. 1.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_1149/2018 du 10 mars 2020 consid. 1.3).

La qualité pour recourir suppose en outre un intérêt actuel à obtenir l'annulation de l'acte entrepris, cet intérêt devant exister tant au moment du dépôt du recours qu'au moment où l'arrêt est rendu (ATF 142 I 135 consid. 1.3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_682/2019 du 2 septembre 2020 consid. 6.2.2 ; ACST/22/2019 du 8 mai 2019 consid. 3b).

b. En l'espèce, l'arrêté Covid-19, dans sa teneur du 1^{er} novembre 2020, a notamment interdit la tenue des services religieux et autres manifestations religieuses accessibles au public, si bien que M. B_____, prêtre catholique, ne pouvait plus officier de tels services, auxquels M. A_____, catholique pratiquant, ne pouvait plus participer. Tous deux disposent ainsi de la qualité pour recourir contre la disposition en cause, étant précisé que l'arrêté Covid-19 n'a été modifié dans le sens à autoriser de telles manifestations religieuses qu'à la suite de la décision de la chambre de céans du 3 décembre 2020 sur effet suspensif et que l'autorité intimée a conclu au rejet du recours sur le fond, ce qui la conduirait, en cas de rejet de celui-ci, à modifier à nouveau l'arrêté en cause dans son sens initial. Par ailleurs, en cas d'admission du recours, l'arrêt de la chambre de céans ne pourrait déployer ses effets que dans les limites du droit fédéral, qui restreint le nombre de participants à 50 personnes pour les manifestations religieuses.

- 4) À l'instar du Tribunal fédéral, la chambre constitutionnelle, lorsqu'elle se prononce dans le cadre d'un contrôle abstrait des normes, s'impose une certaine retenue et n'annule les dispositions attaquées que si elles ne se prêtent à aucune interprétation conforme au droit ou si, en raison des circonstances, leur teneur fait craindre avec une certaine vraisemblance qu'elles soient interprétées ou appliquées de façon contraire au droit supérieur. Pour en juger, il lui faut notamment tenir compte de la portée de l'atteinte aux droits en cause, de la possibilité d'obtenir ultérieurement, par un contrôle concret de la norme, une protection juridique suffisante et des circonstances dans lesquelles ladite norme serait appliquée. Le juge constitutionnel doit prendre en compte dans son analyse la vraisemblance d'une application conforme – ou non – au droit supérieur. Les explications de l'autorité sur la manière dont elle applique ou envisage d'appliquer la disposition mise en cause doivent également être prises en considération. Si une réglementation de portée générale apparaît comme défendable au regard du droit supérieur dans des situations normales, telles que le législateur pouvait les prévoir, l'éventualité que, dans certains cas, elle puisse se révéler inconstitutionnelle ne saurait en principe justifier une intervention du juge au stade du contrôle abstrait (ATF 146 I 70 consid. 4 ; 145 I 26 consid. 1.4 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_752/2018 du 29 août 2019 consid. 2 ; ACST/26/2020 du 27 août 2020 consid. 5).

5) a. Les recourants contestent l'art. 18 al. 2 et 3 let. a et b de l'arrêté Covid-19 en tant qu'il emporterait une restriction injustifiée à leur liberté religieuse.

b. L'art. 15 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), comme les art. 25 Cst-GE, 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101) et 18 du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (Pacte II - RS 0.103.2), garantit la liberté de conscience et de croyance (al. 1) et accorde à toute personne le droit de choisir librement sa religion ainsi que de se forger ses convictions philosophiques et de les professer individuellement ou en communauté (al. 2), d'adhérer à une communauté religieuse ou d'y appartenir et de suivre un enseignement religieux (al. 3). En outre, nul ne peut être contraint d'adhérer à une communauté religieuse ou d'y appartenir, d'accomplir un acte religieux ou de suivre un enseignement religieux (al. 4).

La liberté religieuse englobe tant la liberté intérieure de croire, de ne pas croire ou de modifier ses convictions religieuses que la liberté extérieure d'exprimer ses convictions, de les pratiquer et de les divulguer dans certaines limites, ou de ne pas les partager (ATF 145 I 121 consid. 5.1 et les références citées ; ACEDH Kokkinakis c. Grèce du 25 mai 1993, série A n° 260-A, § 31 et Otto-Preminger-Institut c. Autriche du 20 septembre 1994, série A n° 276, § 47). Elle figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents (ACEDH İzzettin Doğan et autres c. Turquie du 26 avril 2016, req. 62649/10, § 103). Elle inclut le droit de chacun de se comporter en principe selon les enseignements de sa foi et d'agir conformément à ses convictions. Elle protège toutes les religions, quel que soit le nombre de leurs fidèles en Suisse (ATF 145 I 121 consid. 5.1 ; 142 I 49 consid. 3.4 et les références citées). Elle ne protège toutefois pas n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou conviction et ne garantit pas toujours le droit de se comporter dans le domaine public d'une manière dictée ou inspirée par sa religion ou ses convictions (ACEDH Leyla Şahin c. Turquie du 10 novembre 2005, Rec. 2005-XI, § 105 et 121).

c. En l'espèce, l'art. 18 al. 2 de l'arrêté Covid-19 consacre une ingérence dans la liberté religieuse, dont celle des recourants, dès lors qu'il empêche la tenue de tous les services religieux et de toutes les autres manifestations religieuses accessibles au public, indépendamment de la religion et de la confession, à l'exception des cérémonies visées à l'al. 3 let. a et b qui demeurent autorisées.

6) Encore convient-il d'examiner si ladite restriction à la liberté de conscience et de croyance est justifiée. Conformément aux art. 36 Cst. et 43 Cst-GE, toute restriction d'un droit fondamental doit reposer sur une base légale qui doit être de

rang législatif en cas de restriction grave (al. 1) ; elle doit en outre être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (al. 2) et, selon le principe de la proportionnalité, se limiter à ce qui est nécessaire et adéquat à la réalisation des buts d'intérêt public poursuivis (al. 3), sans violer l'essence du droit en question (al. 4).

7) a. Les restrictions graves à une liberté nécessitent ainsi une réglementation claire et expresse dans une loi au sens formel, les cas de danger sérieux, direct et imminent étant réservés (art. 36 al. 1 Cst. ; art. 43 al. 1 Cst-GE). Lorsque la restriction d'un droit fondamental n'est pas grave, la base légale sur laquelle se fonde celle-ci ne doit pas nécessairement être prévue par une loi, mais peut se trouver dans des actes de rang inférieur ou dans une clause générale. Savoir si une restriction à un droit fondamental est grave s'apprécie en fonction de critères objectifs (ATF 143 I 310 consid. 3.3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_349/2019 du 27 juin 2019 consid. 3.1 et les références citées).

b. Se déduisant du principe de la légalité, l'exigence de densité normative suffisante renvoie au degré de clarté et de précision que des dispositions générales et abstraites doivent avoir pour que leur application soit prévisible (ACST/5/2021 précité consid. 8b). Le degré de précision exigible ne peut toutefois pas être défini abstraitement car il dépend de la diversité des états de fait à réglementer, de la complexité et de la prévisibilité de la décision à prendre dans le cas d'espèce, des destinataires de la règle, de l'intensité de l'atteinte portée aux droits fondamentaux et, finalement, de l'appréciation de la situation qui n'est possible que lors de l'examen du cas individuel et concret (ATF 145 IV 470 consid. 4.5 et les références citées).

8) a. La Confédération légifère sur la lutte contre les maladies transmissibles, les maladies très répandues et les maladies particulièrement dangereuses de l'être humain et des animaux (art. 118 al. 2 let. b Cst.).

b. La LEp règle la protection de l'être humain contre les maladies transmissibles (art. 1 LEp) et a pour but de prévenir et de combattre l'apparition et la propagation de celles-ci (art. 2 al. 1 LEp). En cas de situation particulière au sens de l'art. 6 LEp, soit notamment lorsque les organes d'exécution ordinaire ne sont pas en mesure de prévenir et de combattre l'apparition et la progression d'une maladie transmissible et qu'il existe un risque élevé d'infection et de propagation, un risque spécifique pour la santé publique ou un risque de graves répercussions sur l'économie ou sur d'autres secteurs vitaux (al. 1 let. a ch. 1 à 3) ou encore lorsque l'Organisation mondiale de la santé (ci-après : OMS) a constaté la présence d'une urgence sanitaire de portée internationale menaçant la Suisse (al. 1 let. b), le Conseil fédéral peut, après avoir consulté les cantons, notamment ordonner des mesures visant des individus et la population (al. 2 let. a et b).

Selon l'art. 40 LEp, les autorités cantonales compétentes ordonnent les mesures nécessaires pour empêcher la propagation de maladies transmissibles au sein de la population ou dans certains groupes de personnes (al. 1). Elles peuvent en particulier (al. 2) : prononcer l'interdiction totale ou partielle de manifestations (let. a), fermer les écoles, d'autres institutions publiques ou des entreprises privées ou réglementer leur fonctionnement (let. b), interdire ou limiter l'entrée et la sortie de certains bâtiments ou zones ou certaines activités se déroulant dans des endroits définis (let. c). Les mesures ordonnées ne doivent pas durer plus longtemps qu'il n'est nécessaire pour prévenir la propagation d'une maladie transmissible et elles doivent être réexaminées régulièrement (al. 3).

L'art. 75 LEp prévoit en outre que les cantons exécutent la loi dans la mesure où son exécution n'incombe pas à la Confédération, en particulier en désignant les autorités compétentes (Message concernant la révision de la LEp du 3 décembre 2010, FF 2011 291, p. 398).

c. Sur la base de l'art. 6 LEp, le Conseil fédéral a adopté l'ordonnance Covid-19 situation particulière qui ordonne des mesures visant la population, les organisations, les institutions et les cantons dans le but de lutter contre l'épidémie de Covid-19 et qui visent à prévenir la propagation de la Covid-19 et à interrompre les chaînes de transmission (art. 1 de l'ordonnance Covid-19 situation particulière). Elle réserve en outre la compétence des cantons, sauf disposition contraire (art. 2 de l'ordonnance Covid-19 situation particulière).

Aux termes de l'art. 8 al. 1 let. a de l'ordonnance Covid-19 situation particulière, le canton, sur la base de l'art. 40 LEp, peut prendre des mesures supplémentaires si la situation épidémiologique dans le canton ou dans une région l'exige en fonction des indicateurs suivants et de leur évolution : incidence (à 7 jours et 14 jours ; ch. 1) ; nombre de nouvelles infections (par jour, par semaine ; ch. 2) ; pourcentage de tests positifs par rapport au total des tests effectués (taux de positivité ; ch. 3) ; nombre de tests effectués (par jour, par semaine ; ch. 4) ; taux de reproduction (ch. 5) ; capacités dans le domaine stationnaire et nombre de personnes hospitalisées (par jour, par semaine), y compris en soins intensifs (ch. 6). Il peut également prendre de telles mesures si, en raison de la situation épidémiologique, il ne peut plus fournir les capacités nécessaires à l'identification et à l'information des personnes présumées infectées (art. 8 al. 1 let. b de l'ordonnance Covid-19 situation particulière). Ce faisant, le canton garantit notamment l'exercice des droits politiques et la liberté de conscience et de croyance (art. 8 al. 2 de l'ordonnance Covid-19 situation particulière).

En temps normal, les cantons sont compétents pour ordonner des mesures de police sanitaire dans des cas individuels qui ont un effet collectif, comme la fermeture d'une école, d'un hôtel ou d'un autre établissement. Au regard des responsabilités qui leur incombent lorsqu'une situation particulière est déclarée, il

convient de leur donner le pouvoir d'ordonner des mesures selon l'art. 40 LEp qui ne sont pas limitées à des manifestations ou à des établissements déterminés, même si leur portée ne doit pas dépasser l'échelle locale ou régionale. Ces mesures, prises en plus des mesures fédérales de base, peuvent régir le fonctionnement d'installations, interdire ou restreindre les flux de personnes dans certains bâtiments ou dans certains secteurs, réglementer l'organisation d'activités déterminées, mais aussi imposer des règles de conduite à la population. Leur conception tient compte du comportement de mobilité de la population, de l'interconnexion des activités économiques, de l'impact sur les régions limitrophes, voire les cantons voisins, et de la situation en matière d'approvisionnement. L'art. 8 al. 1 clarifie les conditions requérant l'intervention des cantons et précise les circonstances dans lesquelles des mesures cantonales doivent être prises en plus des mesures fédérales de base. Les indicateurs ne sont pas énumérés de manière exhaustive et d'autres aspects peuvent, et doivent, être inclus, comme les flambées locales et les interdépendances régionales ou intercantionales, le niveau des infections et des valeurs enregistrés dans chaque canton ou encore la dynamique d'évolution observée ou attendue, qui constituent d'autres éléments importants. Par ailleurs, à caractère déclaratoire, la remarque à l'art. 8 al. 2 rappelle que certains droits fondamentaux doivent pouvoir être exercés de manière adéquate même en période de lutte contre la pandémie (rapport explicatif concernant l'ordonnance Covid-19 situation particulière, version du 12 avril 2021, p. 29 ad art. 8).

9) a. Au niveau cantonal, le Conseil d'État est responsable de la sécurité et de l'ordre public (art. 112 al. 1 Cst-GE). En cas de catastrophe ou d'autre situation extraordinaire, le Conseil d'État prend les mesures nécessaires pour protéger la population (art. 113 al. 1 Cst-GE). S'il peut se réunir, le Grand Conseil constate la situation extraordinaire (art. 113 al. 2 Cst-GE). Les mesures prises en état de nécessité restent valables lorsque le Grand Conseil les approuve ; à défaut, elles cessent de porter effet après une année au plus tard (art. 113 al. 3 Cst-GE). Ces dispositions, qui fondent le droit d'urgence et de nécessité, permettent de déroger aux règles constitutionnelles et légales, pour autant que le principe de proportionnalité soit respecté (ACST/4/2021 précité consid. 7a ; ACST/12/2020 du 1^{er} avril 2020 consid. 12).

b. Par ailleurs, selon l'art. 1 de la loi sur l'exercice des compétences du Conseil d'État et l'organisation de l'administration du 16 septembre 1993 (LECO - B 1 15), le Conseil d'État exerce le pouvoir exécutif et prend les décisions de sa compétence. Il peut en tout temps évoquer, le cas échéant pour décision, un dossier dont la compétence est départementale en vertu de la loi ou d'un règlement ou a été déléguée lorsqu'il estime que l'importance de l'affaire le justifie et pour autant qu'il ne s'agisse pas d'une matière où il est autorité de recours (art. 3 LECO).

c. L'art. 21 de la loi sur la santé du 7 avril 2006 (LS - K 1 03) prévoit que l'État encourage les mesures destinées à prévenir les maladies qui, en termes de morbidité et de mortalité, ont des conséquences sociales et économiques importantes ainsi que les mesures visant à limiter les effets néfastes de ces maladies sur la santé et l'autonomie des personnes concernées (al. 1). Il prend les mesures nécessaires pour détecter, surveiller, prévenir et combattre les maladies transmissibles en application de la LEp (al. 2) et encourager leur prévention (al. 3).

Selon l'art. 9 al. 1 LS, le médecin cantonal est chargé des tâches que lui attribuent la loi, la législation cantonale ainsi que la législation fédérale, en particulier la LEp. L'art. 121 LS précise que la direction générale de la santé, soit pour elle le médecin cantonal notamment, exécute les tâches de lutte contre les maladies transmissibles prévues par la LEp (al. 1). Elle peut en particulier ordonner les mesures nécessaires pour empêcher la propagation de maladies transmissibles dans la population ou des groupes de personnes (al. 2 let. a ch. 3).

- 10) En l'espèce, dans la mesure où l'art. 18 al. 2 de l'arrêté Covid-19 interdit tous les services religieux et toutes les autres manifestations religieuses accessibles au public, il consacre une ingérence d'une gravité certaine à la liberté en cause, même si ladite mesure n'est que temporaire, que les édifices religieux ne sont, en tant que tels, pas fermés et que certaines célébrations demeurent possibles. La question de savoir si la restriction en cause devait être prévue dans une loi au sens formel peut toutefois souffrir de rester indéfinie, dès lors que le Conseil d'État pouvait se fonder sur la clause générale de police pour restreindre la liberté en cause, au regard de la nécessité d'intervenir immédiatement pour contrer toute flambée épidémique, l'état de nécessité ayant été déclaré (ACST/13/2021 du 15 avril 2021 consid. 10).
- 11) a. Les restrictions à la liberté de conscience et croyance doivent répondre à un intérêt public ou se justifier par la protection d'un droit fondamental d'autrui (art. 36 al. 2 Cst. ; art. 43 al. 2 Cst-GE). La notion d'intérêt public varie en fonction du temps et des lieux et comprend non seulement les biens de police (tels que l'ordre, la sécurité, la santé et la paix publics), mais aussi les valeurs culturelles, écologiques et sociales dont les tâches de l'État sont l'expression. Il incombe au législateur de définir, dans le cadre d'un processus politique et démocratique, quels intérêts publics peuvent être considérés comme légitimes, en tenant compte de l'ordre de valeurs posé par le système juridique. Si les droits fondamentaux en jeu ne peuvent être restreints pour les motifs indiqués par la collectivité publique en cause, l'intérêt public allégué ne sera pas tenu pour pertinent (ATF 142 I 49 consid. 8.1 et les références citées).
- b. En l'espèce, les recourants contestent l'existence d'un intérêt public suffisant de la mesure. Celle-ci a toutefois pour but de freiner la propagation du virus SARS-CoV-2 au sein de la population et ainsi protéger la santé publique,

voire la vie, de même que la préservation des capacités hospitalières. Elle poursuit dès lors un but d'intérêt public admissible, comme l'a déjà jugé la chambre de céans (ACST/13/2021 précité consid. 11b ; ACST/5/2021 précité consid. 15b ; ACST/36/2020 du 23 novembre 2020 consid. 11b).

12) a. Pour qu'une restriction à un droit fondamental soit conforme au principe de la proportionnalité, il faut qu'elle soit apte à atteindre le but visé, que ce dernier ne puisse être atteint par une mesure moins incisive et qu'il existe un rapport raisonnable entre les effets de la mesure sur la situation de la personne visée et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (art. 36 al. 3 Cst. ; art. 43 al. 3 Cst-GE ; ATF 142 I 49 consid. 9.1).

b. En l'espèce, les recourants soutiennent que la mesure litigieuse ne serait pas apte à atteindre le but d'intérêt public recherché, dès lors que les lieux de culte ne seraient pas à l'origine de foyers épidémiques. Cette affirmation mérite toutefois d'être relativisée, au regard du nombre élevé des contaminations survenues durant les semaines 43 et 44 ayant précédé l'adoption de l'arrêté Covid-19, qui ne permettait plus aux services de traçage des contacts de connaître de manière précise le lieu d'exposition au SARS-CoV-2 des personnes contaminées. À cela s'ajoute que toute limitation des contacts interpersonnels, y compris dans les lieux de culte, contribue à une diminution des risques d'infection, de sorte que la mesure n'apparaît pas manifestement inapte à atteindre le but d'intérêt public recherché.

Cet élément ne permet toutefois pas, à lui seul, d'admettre que la mesure en cause serait nécessaire pour atteindre le but d'intérêt public visé. En effet, en interdisant la tenue de tout culte et de toute manifestation religieuse accessible au public, la disposition contestée revêt un caractère quasi-absolu, alors même que d'autres mesures moins incisives permettraient d'atteindre le même but, comme la mise en œuvre d'un plan de protection approprié limitant le nombre de personnes en fonction des espaces disponibles dans le bâtiment considéré, avec l'obligation de se désinfecter les mains et de respecter les distances sanitaires notamment. Ces mesures de protection éprouvées, ajoutées à l'obligation du port du masque dans les édifices religieux et à l'extérieur, qui découle de l'art. 3b al. 1 de l'ordonnance Covid-19 situation particulière, permettent d'éviter une solution aussi drastique que celle contestée. Dans ce cadre, si ces mesures sont strictement appliquées et que leur respect est contrôlé par un service d'ordre, rien ne permet d'affirmer que la pratique du culte constituerait un danger en soi, comme le soutient l'autorité intimée, ce d'autant que l'arrêté en cause n'interdit pas certaines cérémonies religieuses, comme les funérailles, lesquelles peuvent regrouper jusqu'à 50 personnes. À cela s'ajoute que le droit fédéral ne prévoit pas non plus une telle interdiction généralisée puisqu'il autorise les manifestations religieuses jusqu'à 50 personnes (art. 6 al. 1 let. d de l'ordonnance Covid-19 situation particulière). Il prévoit en outre expressément que le canton, en adoptant des mesures

supplémentaires à celles prévues par le droit fédéral, doit garantir notamment la liberté de conscience et de croyance (art. 8 al. 2 de l'ordonnance Covid-19 situation particulière), ce qui ne saurait être le cas d'une interdiction absolue de tout culte comme la mesure contestée. De plus, même si la disposition litigieuse est censée être temporaire, elle a déjà été prise au printemps et rien n'indique qu'elle ne pourrait pas à nouveau être reconduite.

Par conséquent, des mesures moins incisives permettraient d'atteindre le but d'intérêt public recherché sans emporter une ingérence aussi importante à la liberté de conscience et de croyance, qui n'est ainsi pas justifiée. Le SMC a d'ailleurs, dès la décision sur effet suspensif, établi un plan de protection spécifiquement applicable aux lieux de culte. Il s'ensuit que l'art. 18 al. 2 de l'arrêté Covid-19 sera annulé.

c. Dès lors que le droit fédéral limite le nombre de participants aux manifestations religieuses à 50 personnes (art. 6 al. 1 let. d de l'ordonnance Covid-19 situation particulière), l'art. 18 al. 3 let. b de l'arrêté Covid-19 ne sera pas annulé, contrairement aux conclusions des recourants, étant précisé que les funérailles ne revêtent pas nécessairement un caractère religieux. En revanche, le maintien à 5 du nombre de personnes admises aux cérémonies religieuses de mariage, voire à celles de baptême, ne se justifie pas, le droit fédéral n'opérant du reste aucune distinction en fonction des cérémonies et limitant le nombre des participants à 50. Il s'ensuit que l'art. 18 al. 3 let. a de l'arrêté Covid-19 sera également annulé.

Le recours sera par conséquent partiellement admis.

- 13) Vu l'issue du litige, un émolument réduit de CHF 500.- sera mis à la charge des recourants, pris solidairement, qui succombent en partie (art. 87 al. 1 LPA), et une indemnité de procédure de CHF 1'000.- leur sera allouée, à la charge de l'État de Genève (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE CONSTITUTIONNELLE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 6 novembre 2020 par Messieurs A_____ et B_____ contre l'art. 18 al. 2 et 3 let. a et b de l'arrêté du Conseil d'État d'application de l'ordonnance fédérale sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de

COVID-19 en situation particulière du 19 juin 2020 et sur les mesures de protection de la population du 1^{er} novembre 2020, dans sa teneur au 1^{er} novembre 2020 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

annule l'art. 18 al. 2 et 3 let. a dudit arrêté ;

met un émolument de CHF 500.- à la charge solidaire de Messieurs A_____ et B_____ ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 1'000.- à Messieurs A_____ et B_____, à la charge de l'État de Genève ;

dit que conformément aux art. 82 ss LTF, le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Yves Nidegger, avocat des recourants, ainsi qu'au Conseil d'État.

Siégeant : M. Verniory, président, M. Pagan, Mme Lauber, MM. Knupfer et Mascotto, juges.

Au nom de la chambre constitutionnelle :

la greffière-juriste :

C. Gutzwiller

le président siégeant :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :