

**REPONSE**  
**du Grand Conseil de la République et canton de Genève**  
**représenté par son Président**

à l'encontre

**du Recours de droit public formé par**  
**Ivan Slatkine,**  
**domicilié Avenue Industrielle 9, 1227 Carouge**  
**et**  
**Pascal Pétroz,**  
**domicilié Route d'Ambilly 24, 1226 Thônex**

## **1. RECEVABILITE**

La présente écriture est déposée, en trois exemplaires, dans le délai prolongé à cet effet au 2 novembre 2006. Elle est signée par le Président du Grand Conseil, dont le Bureau est chargé par la loi de défendre cette autorité en cas de Recours aux tribunaux.

## **2. FAITS**

Les faits essentiels ressortent des pièces du dossier et ne sont pas susceptibles de contestation.

## **3. PROCEDURE**

### **3.1 Qualité pour recourir**

Les recourants, qui sont des citoyens actifs dans le canton de Genève ont qualité pour faire valoir une violation de leurs droits politiques. Leur

légitimation ne va pas au delà ; elle est soumise à quelques limites qui influent sur le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral.

### **3.2 Objet du Recours et pouvoir d'examen**

La décision du Grand Conseil relative à la recevabilité de l'initiative IN 129 est susceptible d'un Recours selon l'article 85, lit. a, OJ. En principe, le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral pourrait être libre. Cependant, cette affirmation doit être nuancée en raison des circonstances particulières de l'espèce.

**3.2.1** Il s'agit d'une initiative constitutionnelle, de sorte que, lorsqu'elle aura été acceptée par le peuple genevois, elle devra encore recevoir la garantie fédérale selon l'article 51 Cst.. Les Chambres fédérales, compétentes pour accorder la garantie, ne doivent pas être indûment privées de leur pouvoir d'examiner la validité des dispositions constitutionnelles cantonales, de sorte que le Tribunal fédéral ne serait fondé à intervenir sur ce point que si la nullité de l'initiative au regard du droit supérieur était tout à fait incontestable.

**3.2.2.** Le Tribunal fédéral a déjà eu maintes occasions d'appliquer l'art. 66, al.3, CstC-GE. Selon lui, « le Grand Conseil déclare partiellement nulle l'initiative dont une partie est manifestement non conforme au droit si la ou les parties qui subsistent sont en elles-mêmes valides ; à défaut, il déclare l'initiative nulle. Même s'il ne sanctionne que les violations évidentes du droit (par quoi il faut entendre non seulement le droit formel relatif à la recevabilité des initiatives, mais également le droit supérieur), le Grand Conseil est tenu d'effectuer un examen d'office »<sup>1</sup>. Ainsi, la jurisprudence interprète strictement le critère énoncé par le Constituant genevois : seules les violations manifestes des règles de forme ou de fond peuvent être sanctionnées par une décision d'invalidité.

**3.2.3** L'IN 129 n'est, de toute évidence, pas directement applicable et doit encore être complétée par une loi d'exécution. Elle pose simplement le principe de l'interdiction de fumer dans les lieux publics, sans indiquer comment cette prohibition sera mise en oeuvre en pratique. En particulier, elle n'énonce pas les sanctions et ne préjuge pas la question de savoir quelles seront les personnes responsables de veiller au respect de l'interdiction. Elle ne saurait donc être *self executing*, et le législateur jouira d'une certaine marge de manœuvre lorsqu'il s'agira de l'explicitier. Il devra alors, cela va de soi, observer le droit supérieur, notamment le principe de proportionnalité. C'est dire que le respect du droit supérieur ne serait nullement en danger du seul fait de la validation partielle de l'IN 129. En effet, il suffit, pour que son texte ne soit pas totalement nul, qu'il soit susceptible d'être appliqué d'une manière conciliable avec la Constitution

---

<sup>1</sup> ATF 128 I 194 c. 1.4.

fédérale, condition qui est remplie en l'espèce comme le chiffre 4 ci-dessous le montrera.

**3.2.4.** Dans une perspective voisine, il faut rappeler la jurisprudence qui oblige les autorités appelées à statuer sur la validité matérielle ou formelle d'une initiative à interpréter celle-ci "dans le sens le plus favorable aux initiants"<sup>2</sup>; en d'autres termes, dans la mesure où un texte prête à une lecture qui le rend compatible avec le droit supérieur, la demande doit être validée, sous peine d'une violation du droit populaire.

**3.2.5** Une certaine retenue de la part du juge appelé à se prononcer sur la validité d'une initiative populaire s'impose notamment lorsque les recourants font valoir des arguments qui sont certes recevables dans le cadre du Recours pour violation des droits politiques, mais qui ne le seraient pas dans d'autres circonstances. En l'occurrence, les deux citoyens qui forment le Recours fondé sur l'article 85, lit. a, OJ ne prétendent pas qu'ils sont personnellement lésés par l'interdiction de fumer dans les lieux et bâtiments publics ; ils n'établissent pas qu'ils sont eux-mêmes fumeurs, ni qu'ils seraient spécialement touchés par la prohibition en tant que détenus, internés dans un hôpital psychiatrique, tenanciers de bar à cigares, restaurateurs ou hôteliers. Par suite, ils n'auraient en aucun cas qualité pour attaquer l'IN 129 en vertu des articles 10, 13 ou 27 Cst. Le Tribunal fédéral a déjà relevé que les griefs déduits d'un droit fondamental comme la liberté économique ou la garantie de la propriété « ne relèvent pas du droit de vote proprement dit, mais du respect du droit matériel, notamment constitutionnel. Or ce dernier est assuré par le Recours de droit public pour violation des droits constitutionnels (art. 84, al.1, OJ), qui permet au particulier d'attaquer les mesures qui le lèsent personnellement dans ses intérêts juridiquement protégés (art. 88 OJ). L'article 85, lit. a, OJ constitue pour sa part une voie de droit spécifique d'un tout autre genre, permettant d'intervenir, en qualité de citoyen, pour sauvegarder un intérêt public. Etendre l'intervention du Tribunal fédéral, dans le cadre de l'art. 85, lit. a, OJ, au contrôle de conformité au droit supérieur, forcerait cette juridiction à intervenir avant l'adoption de la norme, puis à l'occasion d'un contrôle abstrait, et enfin lors de décisions d'application, il en résulterait une protection juridique manifestement excessive (ATF 114 I 267 considérant 3, page 271-273, confirmant la pratique antérieure en dépit des critiques de la doctrine. »<sup>3</sup>. Certes, la jurisprudence a admis que le Recours selon l'art. 85, lit. a, OJ permet au citoyen de critiquer la manière dont l'autorité cantonale s'est acquittée de son devoir de vérifier la conformité de l'initiative au droit supérieur<sup>4</sup>. Cependant, il est évident qu'à cet égard, le Tribunal fédéral opère un contrôle subsidiaire, avec une grande retenue. Celle-ci

---

<sup>2</sup> ATF 125 I 227-231

<sup>3</sup> ATF 128 I 193 c. 1. 2.

<sup>4</sup> Ibid. p. 194 c. 1.3.

s'impose d'autant plus en droit genevois que le Grand Conseil ne peut invalider une initiative qu'en cas de violation « manifeste » des conditions formelles et matérielles de validité de l'initiative.

**3.2.6** Enfin, lorsque seule une partie de l'initiative paraît inadmissible, les autres éléments du texte doivent être soumis au vote du peuple, pourvu qu'ils forment encore un tout cohérent et répondent à l'objectif principal visé par les initiants<sup>5</sup>.

**3.2.7** Pour le cas présent, la conclusion s'impose : le Grand Conseil ayant jugé que l'IN 129 est susceptible d'une interprétation conforme aux règles topiques et qu'il se justifie tout au plus de supprimer un membre de phrase pour réduire quelque peu le champ d'application de l'interdiction, cette décision d'invalidation partielle peut être annulée par le Tribunal fédéral seulement si elle entraîne une violation manifeste des droits politiques. S'il subsiste un doute, celui-ci doit profiter à la validation de l'initiative, dont les promoteurs et les signataires ont en principe le droit d'exiger un scrutin populaire. En l'occurrence, il apparaît que les intérêts des initiants et du peuple genevois tout entier à l'organisation du scrutin ordonné par le Grand Conseil l'emporte largement sur les intérêts des recourants, qui développent d'ailleurs une argumentation infondée en droit.

## **4. MOYENS DE DROIT**

Le Recours comportant trois moyens différents, la présente Réponse reprendra l'ordre dans lequel ils ont été présentés, afin de faciliter la lecture du Tribunal et quand bien même il en résulte une certaine confusion entre les problèmes formels et matériels.

### **4.1. Violation du droit d'initiative populaire**

Sous cette rubrique, le Recours évoque en réalité deux arguments un peu différents, qu'il importe d'examiner séparément : d'une part, d'un point de vue objectif, l'IN 129 serait modifiée, voire dénaturée, de sorte que son « inaltérabilité » serait violée ; d'autre part, la suppression d'un membre de phrase à l'alinéa 3 du projet d'article 178 b serait contraire à la volonté explicite des initiants et déjouerait leurs intentions.

Le recours ne prétend pas que la suppression de quelques mots dans le texte de

---

<sup>5</sup> ATF 130 I 203 c.5. 2, 129 I 381, c.4.4 ; 121 I 334, 356 ; voir chiffre 4.1.ci-dessous.

l'initiative serait contraire à l'article 66 Cstc.-GE, qui est le siège de la matière. Il se réfère uniquement à la jurisprudence du Tribunal fédéral, laquelle a été développée essentiellement en relation avec les constitutions cantonales qui ne règlent pas le problème. Or, pour obtenir gain de cause dans le cas présent, les recourants devraient établir que la validation partielle de l'IN 129 viole « manifestement » le droit, exigence qui n'est nullement satisfaite.

**4.1.1.** D'un point de vue objectif et littéral, il suffit de rappeler que la décision attaquée consiste à valider l'ensemble de l'IN 129, sous une réserve : à l'alinéa 3 de l'article 178 B, la première clause est amputée des mots « par lieux publics dans les locaux intérieurs ou fermés, il faut entendre : » ; le reste de la phrase subsiste, de sorte que l'alinéa 3 a désormais la teneur suivante :

« Sont concernés,

a. tous les bâtiments et locaux publics.. » etc

C'est dire que le Grand Conseil a supprimé une douzaine de mots dans la première phrase de l'alinéa 3 et n'a rien fait d'autre. Le but recherché était, lui aussi, simple et clair : il s'agissait de restreindre quelque peu le champ d'application de la prohibition afin de permettre au législateur de régler d'une façon appropriée les quelques cas particuliers. Cette manière de faire ne concerne donc pas la partie principale de l'initiative, mais des aspects tout fait secondaires. Elle maintient intact le principe que les initiateurs ont entendu poser et permet d'arriver au but initialement visé, sauf dans des cas très spécifiques. Les quelques mots qui ont été retranchés n'empêchent pas l'initiative de former encore un tout cohérent et parfaitement limpide pour l'ensemble des citoyens. En d'autres termes, la décision attaquée ne dénature en aucune façon l'IN 129 et a pour seul objectif de rendre le texte indubitablement conforme au droit supérieur. Elle est ainsi dans la droite ligne qu'a tracée la jurisprudence du Tribunal fédéral depuis longtemps<sup>6</sup>. A cet égard, les critiques formulées par le Recours sont dénuées de tout fondement, et même de pertinence.

Le Recours (p.10) prétend d'abord que la décision entreprise « modifie et dénature le sens de l'initiative et viole par conséquent le principe de l'inaltérabilité de celle-ci ». Selon lui, cette suppression changerait « le sens essentiel de l'IN 129 ». Cette assertion est inexacte : amputée de quelques mots, l'IN 129 conserve le même principe et une portée identique, elle voit simplement son champ d'application réduit, dans une mesure d'ailleurs très modeste. Il est exact que l'objectif recherché est de restreindre l'interdiction pour les situations particulières où une personne se trouverait atteinte d'une

<sup>6</sup> ATF 105 I a 368 ; 110 I a 182-3 ; 111 I a 302 ; 112 I a 389-90 ; 114 I a 274 ; 117 I a 156 ; 119 I a 166-7 ; 125 I 227, 244-51 ; 21, 44 ; 128 I 203 ; 130 I 203 .

manière trop absolue dans sa sphère privée. Mais on ne saurait en déduire que l'initiative serait dénaturée. Bien plutôt le principe est entièrement préservé, et la porte est simplement ouverte à quelques limites.

Contrairement à ce qu'affirme le Recours (p.9), la validation partielle ne modifie pas le « contenu matériel » de l'initiative et surtout elle n'en change nullement le « sens ». Par définition et inévitablement, elle implique la suppression d'une partie, au demeurant très faible, du texte, de façon à le rendre compatible avec le droit supérieur. Mais la signification n'est pas altérée pour autant.

Au reste, les recourants se contredisent en critiquant ici une décision qui autoriserait les « exceptions » indispensables, alors que toute leur argumentation sur le fond repose précisément sur le caractère prétendument trop absolu de l'IN 129 (voir notamment p.21, no. 75 du Recours) . De deux choses l'une : ou bien il faut, pour respecter le principe de proportionnalité, tolérer quelques dérogations, et alors la décision du Grand Conseil est parfaitement justifiée ; ou bien il s'agirait d'un principe qui ne souffre aucune dérogation et toute l'argumentation du Recours qui a trait au principe de proportionnalité est sans pertinence. Il importe donc peu que, comme le prétendent les recourants, « la formule sacrifiée » est ou n'est pas, en elle même, contraire au droit supérieur (Recours p.12 no.34) ; ce qui compte, c'est que l'alinéa 3, dans la version qui résulte de la suppression d'une douzaine de mots se conforme au droit supérieur, comme la présente Réponse le montrera plus loin. A cet égard, le Recours croit pouvoir reprocher à la décision attaquée « un formalisme qui n'est pas seulement excessif, mais trompeur ». En réalité, c'est plutôt à lui que cette critique pourrait être adressée, puisqu'il conteste que le s minuscule devienne un s majuscule au début de l'alinéa 3 de l'article 178B !

**4.1.2.** Contre toute vraisemblance et même à l'opposé des faits établis que les recourants ne pouvaient pas ignorer, ceux-ci affirment ensuite que la décision entreprise serait contraire « à la volonté explicite » des auteurs de l'initiative (p.11 no. 27) . Une pareille allégation avait déjà été émise lors des débats du Grand Conseil . Elle a été contestée par plusieurs orateurs<sup>7</sup>. En tous cas, elle est controuvée, ainsi qu'il ressort des pièces et des circonstances. En effet, les initiants se sont abstenus de contester la décision du Grand Conseil et ne sont pas recourants. A vrai dire, il paraît pour le moins paradoxal que les adversaires de l'IN 129 prétendent protéger la volonté et les intentions des auteurs de l'initiative, tout en demandant son invalidation totale.

Ces derniers ont d'ailleurs apporté un démenti formel aux allégations du Recours. Dans un premier communiqué de presse, du 6 juillet 2006, c'est-à-dire

---

<sup>7</sup> Voir Mémorial du Grand Conseil , séance du 22 juin 2006, intervention de M. Christian Lüscher, contredite par Mme Loly Bolay et par Mme Anne Emery-Torracinta, rapporteur de la majorité.

antérieur au Recours de sept semaines, ils ont adhéré aux conclusions du Professeur Martenet et à la décision du Grand Conseil, en acceptant « sans réserve la modification de forme apportée au texte...qui permet une interprétation plus précise de la proposition de loi sans aucune altération de sa substance » (voir pièce 1). Dans un second communiqué, du 12 septembre 2006, le Comité d'initiative a rappelé que la décision attaquée par le Recours avait sa complète approbation (voir pièce 2).

Au regard de la jurisprudence, la question doit, au surplus, être traitée d'une manière objective plutôt que subjective. Ce qui compte, c'est que l'invalidation partielle corresponde encore « à l'objectif principal poursuivi par les initiants, tel qu'il pouvait être objectivement compris par les signataires »<sup>8</sup>. Or il est manifeste que la décision attaquée en l'espèce laisse subsister la partie la plus importante de l'initiative, c'est-à-dire le principe de l'interdiction dans les lieux publics, tout en ouvrant quelque peu la porte à une limitation du champ d'application de la prohibition. Cette manière de faire rend une pleine justice aux promoteurs et aux signataires de l'initiative, écartant le reproche d'une interdiction trop absolue et laissant subsister le principe essentiel.

Si l'on voulait faire une comparaison avec une affaire qui concerne précisément le droit genevois, on pourrait relever que, s'agissant de l'initiative « Genève, République de paix » ( IN 109 ), le Tribunal fédéral a annulé précisément les deux clauses qui tenaient le plus à cœur aux initiants ( l'interdiction de faire appel à la troupe pour assurer le service d'ordre et la garantie de la sécurité des conférences internationales par des moyens non militaires) ; cependant il a ordonné une invalidation seulement partielle, ainsi qu'un vote sur les autres dispositions de l'initiative, qui ne présentaient pourtant guère d'intérêt pour ses auteurs, de sorte que le scrutin a eu lieu dans une certaine indifférence.

Dans le cas présent, à l'inverse, le principe énoncé par l'IN 129, qui est au cœur des préoccupations des initiateurs, est manifestement préservé, de sorte qu'il ne faut pas s'étonner que la décision attaquée se conforme à leurs intentions, ce qu'ils ont pleinement confirmé. Cette constatation n'implique pas, contrairement à ce qu'affirme le Recours (p.12) que les parlements cantonaux « seraient habilités à tailler librement dans le texte des initiatives populaires, biffant toute disposition, phrase ou formule susceptible de rendre ces dernières contraires au droit supérieur, pour éviter la sanction de l'invalidité totale ». Elle ne signifie pas non plus que les demandes populaires « seraient ainsi à la merci des autorités ». Elle veut dire simplement, comme le Tribunal fédéral le répète depuis des décennies, qu'une initiative partiellement invalide peut et doit être amputée des clauses contraires au droit, mais peut et doit être soumise, pour le reste, au scrutin populaire, car cette manière de faire est la seule qui préserve à

---

<sup>8</sup> ATF 130 I 203 c. 5.2.

la fois le droit supérieur et le droit politique qui est en jeu. Contrairement à ce qu'affirme le Recours (ibid. no. 35) la jurisprudence et la décision prise en l'espèce garantissent justement que l'initiative continuera à exercer sa fonction comme instrument capital de la démocratie directe, alors que c'est la position prise par les recourants qui violerait le droit d'initiative et mettrait cette institution gravement en péril<sup>9</sup>.

On relèvera en passant une autre contrevérité dont le Recours est entaché. Celui-ci relate :

« La référence des initiants et de l'auteur de l'avis de droit aux autres pays démocratiques qui ont opté, ces dernières années, pour une interdiction générale de fumer dans les lieux publics est inopérante, puisque ces pays, précisément, ont tous admis des exceptions, ce que l'expert concède par ailleurs » (Recours no.31) .

Cette affirmation est inexacte : l'expertise du Professeur Martenet cite plusieurs législations qui comportent des interdictions totales de fumer : en Grande Bretagne ( avis p.23), Californie (p.31), Irlande, New York et Norvège (p.42).

#### **4.2. Violation du droit supérieur**

Au regard du droit supérieur, le Recours invoque deux arguments : la violation de la répartition des compétences et celle des droits fondamentaux. Ces questions ont déjà été abondamment discutées dans trois avis de droit que le Grand Conseil avait en main lorsqu'il prit sa décision : une consultation donnée par le Professeur Andreas Auer le 4 octobre 2005 à un industriel de la branche du tabac ; une consultation de Maître Doris Vaterlaus et un avis de droit du 7 avril 2006 demandé par le Grand Conseil au Professeur Vincent Martenet<sup>10</sup>. C'est sur les conclusions de ce dernier avis que la majorité du Grand Conseil s'est appuyée pour invalider partiellement l'initiative et en retrancher un petit membre de phrase au début de l'alinéa 3 du texte. De son côté, le Recours cite à maintes reprises les consultations produites dans cette affaire, mais il ne s'appuie pas expressément sur l'avis de droit du Professeur Auer ; il en diverge même sensiblement sur divers points ; en particulier, à l'opposé de cet avis, il ne prétend pas que l'influence nocive de la fumée passive sur la santé du public serait « soumise à caution », que la « preuve scientifique de l'importance considérable sinon de l'existence du dommage causé par la fumée passive » serait douteuse et qu'il conviendrait de relativiser l'existence d'une relation directe entre la fumée passive et les maladies coronaires<sup>11</sup>.

Au surplus, la conclusion de l'avis de droit du Professeur Auer, tel qu'il a été

<sup>9</sup> Voir encore l'arrêt du 18 octobre 2006 dans la cause 1 P. 129/2006

<sup>10</sup> L'avis de droit du Professeur Auer a été publié au PJA 2006 p.3-20 .

<sup>11</sup> Voir PJA 2006 p.16 nos.92 à 96.

publié, est empreinte de prudence autant que de réalisme, puisqu'elle reconnaît : « Il est donc peu probable que le Grand Conseil du Canton de Genève, chargé de garantir la conformité au droit des initiatives populaires, osera prononcer la nullité de l'initiative « Fumée passive et santé », parce qu'un expert a conclu à ce qu'elle soit inconstitutionnelle. Quant au Tribunal fédéral, qui aura le dernier mot, il a certes prouvé à maintes reprises qu'il sait rester fidèle à son rôle de gardien principal des droits fondamentaux en Suisse, mais on sait aussi qu'il ne s'écarte qu'avec réticence des décisions parlementaires portant sur la validité des initiatives populaires. »<sup>12</sup>. Il convient de relever aussi que l'expert a certes estimé que l'IN 129 contrevenait à divers éléments du droit supérieur, mais qu'il n'est pas allé jusqu'à prétendre que l'IN 129 serait « manifestement non conforme au droit » selon les termes de l'article 66 Cstc.-GE. Voilà pourquoi la présente réponse se contentera de réfuter les moyens invoqués dans le Recours, sans discuter en détail les explications de la consultation du Professeur Auer. En revanche, l'autorité intimée a pleinement adhéré aux considérations et aux conclusions émises par le Professeur Vincent Martenet dans son avis du 7 avril 2006 et elle fait sienne la substance de l'argumentation que ce dernier a développée.

De l'avis du Grand Conseil, les opposants et les recourants n'ont pas démontré que l'IN 129 est « manifestement contraire au droit supérieur », qu'il s'agisse de la répartition des compétences ou du respect des droits fondamentaux.

#### **4.2.1. La répartition des compétences**

Selon le Recours (p.14-6), la Confédération aurait une compétence exclusive pour protéger la santé des travailleurs, attribution qu'elle aurait exercée de manière exhaustive, de sorte que les cantons n'auraient plus la faculté d'édicter des dispositions « visant spécifiquement la protection des travailleurs » (Recours p.15 no.46). Ce raisonnement, qui se fonde implicitement sur le principe de la force dérogatoire du droit fédéral garanti par l'article 49 Cst., ne résiste pas à l'examen.

La primauté du droit fédéral signifie que les cantons ne sont pas en droit de compléter le droit public fédéral, si ce dernier est exhaustif dans le domaine considéré. En revanche, dans la mesure où la réglementation uniforme n'est pas tout à fait complète et où les cantons recherchent un intérêt public différent, ou du moins un autre aspect du même intérêt collectif, ils sont habilités à édicter des règles complémentaires, à condition naturellement qu'elles ne déjouent ni ne contrecarrent le droit fédéral.

---

<sup>12</sup> Ibid. p.19 no 120.

Toutes les conditions posées par la jurisprudence à cet égard<sup>13</sup>, sont réunies en l'espèce.

Avant tout, il est exclu de considérer que la législation fédérale fondée sur l'article 110 Cst. serait exhaustive dans le domaine en question. La compétence de la Confédération dans cette matière est globale, mais concurrente<sup>14</sup>. Il n'est donc pas interdit en principe aux cantons de légiférer pour compléter les normes fédérales. Celles-ci cherchent certes à protéger la vie, la santé et la sécurité des travailleurs, notamment à l'article 3 a LTr et à l'article 19 OLT. Mais ces dispositions ne sont, de toute évidence, pas destinées à être exhaustives, et les cantons conservent la faculté de poser des règles d'hygiène et de protection de la santé publique, dans la mesure où la législation fédérale ne s'applique pas. Il est vrai que cette dernière est, dans certains autres domaines, jugée exhaustive, par exemple lorsqu'il s'agit des heures d'ouverture des magasins, qui font l'objet d'une règle précise à l'article 11 alinéa 3 LTr, fruit d'un compromis valable dans l'ensemble du pays et que les cantons ne peuvent pas modifier à leur guise<sup>15</sup>. Mais il en va différemment pour la protection de la santé des travailleurs, que le législateur fédéral n'a manifestement pas voulu préserver par des dispositions uniformes. Or, contrairement à ce que croient les recourants (Recours p.15 no. 49), les compétences cantonales que laisse subsister la législation fédérale peuvent très bien varier selon les objets, puisque tout dépend de la volonté du législateur fédéral d'être exhaustif dans certains domaines et non pas dans d'autres.

En seconde ligne, l'IN 129 n'a pas exactement en vue le même intérêt public que la législation fédérale sur le travail, car elle a un champ d'application beaucoup plus vaste et tend à protéger la santé du public en général. Elle s'inscrit donc dans le cadre de la protection de la santé publique, domaine qui relève incontestablement de la compétence cantonale. Il est vrai que les travailleurs bénéficieront aussi, parfois même d'une manière particulière, de l'interdiction prononcée par l'article 178B Cstc.-GE, mais cela n'en fait pas une réglementation spécifique de protection des employés. S'il suffisait, pour qu'une disposition cantonale soit contraire au droit fédéral, qu'elle touche aussi la protection des travailleurs, les compétences cantonales en matière de santé publique seraient excessivement réduites, et une tâche essentielle de police qui revient aux cantons ne pourrait pas s'exercer.

En troisième lieu, non seulement l'IN 129 ne déjouerait ni ne contrecarrerait les objectifs visés par le législateur en la matière, mais encore elle les renforcerait

---

<sup>13</sup> ATF 130 I 134 ; ZBL 1995 p.457.

<sup>14</sup> P. Mahon, Petit Commentaire de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, Zurich, 2003, p. 853 no. 13 ad art.110.

<sup>15</sup> ATF 130 I 285-6.

sensiblement en allant dans la même direction. Le Tribunal fédéral a clairement reconnu que, eu égard à la lutte contre le tabagisme, les cantons sont en droit de prendre des mesures qui renforcent celles qu'a prises la Confédération<sup>16</sup>. L'article 178B Cstc.-GE, qui relève du droit public, vise des buts qui convergent avec ceux du droit fédéral.

Enfin, l'article 178 B n'aurait pas le même objet que la législation fédérale et ne toucherait pas exactement le même cercle de personnes : il ne s'agirait pas de protéger les travailleurs comme tels mais bien de sauvegarder la santé du public : alors que les règles fédérales sur les heures de fermeture des magasins concernent la défense des employés en tant que tels face aux employeurs, l'interdiction cantonale de fumer tendrait à prémunir l'ensemble des êtres humains contre les méfaits de l'activité des fumeurs.

En résumé, l'article 178 B n'empiète pas sur une compétence que la Confédération exercerait d'une manière exhaustive, il complète la législation fédérale en s'appliquant à un champ beaucoup plus vaste et en recherchant un but d'ordre public essentiel, tout en respectant l'esprit du droit fédéral et en ayant les mêmes objectifs. Dans ces conditions, il ne saurait être question d'un empiètement de la part du Constituant genevois sur les attributions de la Confédération ni d'une violation de sa législation.

#### **4.2.2 L'atteinte à un droit fondamental**

D'après le recours (p.16-8) trois droits fondamentaux pourraient être en cause ici : la liberté personnelle, le droit au respect de la vie privée et la liberté économique. De l'avis du Grand Conseil, l'interdiction de fumer dans les lieux publics ne porte atteinte à aucun droit constitutionnel du citoyen pour les raisons suivantes.

**4.2.2.1.** La liberté personnelle que garantit l'article 10, alinéa 2, Cst. n'est pas un droit « tous azimuts », qui offrirait une protection contre n'importe quel désagrément physique ou psychique<sup>17</sup>. Fidèle à sa conception pointilliste des droits fondamentaux, le Constituant fédéral de 1999 continue à sauvegarder seulement certains aspects particuliers de la liberté individuelle, comme l'expression d'opinion ou la religion. L'article 10, alinéa 2, n'est pas destiné à combler toutes les lacunes que pourrait laisser le catalogue des droits fondamentaux dressé par le chapitre premier, titre 2 de la Constitution. Sous l'empire de la version de 1874, le Tribunal fédéral avait relevé que le principe implicite de la liberté personnelle « n'englobe certes pas la protection de toute

---

<sup>16</sup> ATF 128 I 295.

<sup>17</sup> ATF 119 I a187.

possibilité de choix et de détermination de l'homme, si peu importante soit elle »<sup>18</sup>. D'un point de vue négatif, il ne suffit donc pas à un être humain de revendiquer le droit de faire ou de ne pas faire quelque chose pour se prévaloir d'une violation de l'article 10, alinéa 2, Cst.

Sous un angle positif, le Tribunal fédéral déclare que la liberté personnelle a pour champ d'application « toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine »<sup>19</sup>. En l'occurrence, il s'agit ainsi de déterminer si le tabagisme est une « manifestation élémentaire du développement de la personnalité ou une activité qui rend possible un minimum de possibilités personnelles de développement »<sup>20</sup>. Le Tribunal fédéral ne s'est pas encore prononcé sur cette question. Mais la réponse n'est pas douteuse au regard des précédents. Fumer est un goût, une habitude, éventuellement une attitude sociale. Mais ce n'est pas une activité indispensable au développement de la personnalité humaine, comme le montrent les nombreux exemples que fournit la jurisprudence.

Le Tribunal fédéral a mis en dehors du champ d'application de la liberté personnelle : la faculté d'acquérir librement une arme, quand bien même elle peut être utile à la légitime défense<sup>21</sup> ; l'interdiction d'installer des appareils de jeu automatiques, quoiqu'il s'agisse d'un loisir<sup>22</sup> ; la possession de poules et de plus de cinq chats dans une zone résidentielle, quoique les recourants aient tenu à cette relation personnelle avec des animaux domestiques<sup>23</sup> ; le droit de naviguer sur un lac ou un cours d'eau avec une embarcation individuelle<sup>24</sup> ; l'interdiction d'utiliser un vélo à moteur pour se rendre à l'école<sup>25</sup> ; le numerus clausus qui empêche les jeunes gens d'acquérir la formation de leur choix<sup>26</sup> ; la clause du besoin qui écarte les médecins du droit d'exercer d'une manière indépendante la profession pour laquelle ils se sont formés<sup>27</sup>.

Eu égard à tous ces précédents, il serait pour le moins étrange, voire choquant, que l'on considère la tabagie, qui est un comportement lié au goût et à l'habitude, comme relevant de la liberté personnelle. L'application de l'article 10, alinéa 2, serait même difficilement compréhensible en l'espèce, si l'on songe que le droit d'acquérir l'instruction et les titres nécessaires pour satisfaire une

<sup>18</sup> ATF 114 I a 290 ; 123 I 112.

<sup>19</sup> ATF 123 I 118 ; voir ATF 127 I 12.

<sup>20</sup> Voir ATF 132 I 56.

<sup>21</sup> ATF 114 I a 290.

<sup>22</sup> ATF 120 I a 126.

<sup>23</sup> ZBL 1978 p.34.

<sup>24</sup> ATF 108 I a 61.

<sup>25</sup> ZBL 1986 p.460.

<sup>26</sup> ATF 125 I 173 ; 122 I 288 ; 162 ; 132 ; 121 I 24 ; 114 I a 216.

<sup>27</sup> ATF 130 I 62.

vocation professionnelle n'entre pas dans le champ de la liberté personnelle, alors qu'il s'agit d'un élément sensiblement plus essentiel du développement de la personnalité que le fait de fumer ; et que dire de la situation des jeunes médecins qui, après trente ans d'école et de stages, sont privés de toute activité professionnelle autonome ?

Les recourants croient pouvoir ironiser au sujet des « bien pensants de la société et de l'Etat » (Recours no.54). Il ne s'agit pas de savoir si on a raison ou non de conspuer la fumée. La question est plutôt celle-ci : la tabagie, qui porte une atteinte incontestée à la santé d'autrui, relève-t-elle d'une « manifestation essentielle » de la personnalité de l'être humain, dans une société civilisée, soucieuse des droits et de la santé de chacun ?

Pour sa part, le Conseil fédéral n'a pas hésité à souligner que « le fait de fumer partout et en tout temps n'en fait certainement pas partie . Fumer ne peut pas tomber, pour ce motif, dans le domaine de protection de l'article 10, alinéa 2, Cst. »<sup>28</sup>. Le point de vue de l'exécutif ne s'impose certes pas au juge. Mais il ne saurait être complètement négligé, au contraire de ce que croient les recourants (Recours no. 54 ). De toute évidence, la question a été sérieusement étudiée au sein de l'Administration fédérale, et le Gouvernement est parvenu à une conclusion qu'il estime conforme à la Constitution, avant de mettre un projet de loi topique en consultation.

En définitive, l'interdiction de fumer dans les lieux publics, qui laisse d'ailleurs ouverte la faculté de fumer dans tous les autres endroits, n'est pas une atteinte à un élément indispensable du développement de la personnalité et n'entre pas dans le champ d'application de l'article 10, alinéa 2, Cst. Au sens juridique du terme, la liberté personnelle n'est pas atteinte.

**4.2.2.2.** L'article 13 Cst. , qui protège la sphère privée, a, tout comme l'article 10, alinéa 2, un champ d'application limité. Certes, celui-ci comprend, d'une manière générale, le droit « de choisir son mode de vie, d'organiser ses loisirs et d'avoir des contacts avec autrui »<sup>29</sup>. Toutefois, l'objet de la protection assurée par l'article 13 est en grande partie le même que celui de la liberté personnelle, comme le Recours le souligne lui-même (p.17 no.57) . Les raisons d'écarter l'application de l'article 10, alinéa 2, valent donc aussi ici et même à plus forte raison, dès lors qu'est en question la prohibition de fumer dans les bâtiments et lieux publics. Il est vrai que, tout à fait exceptionnellement, la vie privée peut être protégée aussi dans ses manifestations publiques, comme dans le cas très spécial d'une défense contre des mesures excessives de surveillance. Toutefois, dans le cas présent, ce n'est pas de cela qu'il s'agit, mais bien d'un aspect très

<sup>28</sup> Rapport du Conseil fédéral sur la protection contre le tabagisme passif du 10 mars 2006, FF 2006, p.3566

<sup>29</sup> Voir ATF 103 I a 295.

différent de l'activité étatique, qui cherche à préserver le public des effets nocifs d'un goût ou d'une habitude de certains administrés.

Suivant ici l'avis du Professeur Martenet, le Grand Conseil a considéré qu'une atteinte à la sphère privée risquait de se produire dans quelques cas très particuliers, par exemple lorsqu'une personne détenue, ou placée dans une institution ou séjournant durablement dans un établissement de soins ou encore hébergée dans un hôtel se voit interdire la fumée totalement, sans pouvoir assouvir son goût dans un lieu approprié. En vue de ces situations spécifiques, sur la proposition du Professeur Martenet, le Grand Conseil a quelque peu réduit le champ d'application de l'IN 129, afin de permettre au législateur de réglementer ce que l'on pourrait appeler des « cas de rigueur ». Pour ces derniers, il serait éventuellement concevable de parler de la protection de la sphère privée, mais la question ne se pose pas en l'espèce, puisque précisément leurs intérêts seront pris en compte par la législation d'exécution. Si celle-ci se révélait insuffisante ou inadéquate, les personnes touchées ne manqueraient pas de recourir.

En conclusion, l'article 13 Cst, n'est en principe pas applicable en l'occurrence, sauf dans quelques cas spéciaux que l'article 178B ne vise pas et que le législateur pourra régler d'une manière satisfaisante, si bien que l'article 178B ne portera aucune atteinte à la protection de la sphère privée.

**4.2.2.3.** Quant à la liberté économique, elle n'est évidemment pas en cause dans les bâtiments publics, et elle ne saurait être affectée que d'une manière tout à fait indirecte par une interdiction de fumer dans les restaurants, les bars et les hôtels, comme le Recours l'admet lui-même (p.17 no. 58). Une baisse potentielle du chiffre d'affaire ne saurait servir de fondement à un grief de violation de l'article 27 Cst., dès lors qu'il s'agit d'une simple hypothèse, dont la réalisation est d'ailleurs loin d'être probable, car un afflux de clientèle supplémentaire pourrait au contraire survenir, lorsque les établissements publics ne seront plus enfumés ; d'ailleurs, les professionnels de la branche n'ont pas recouru...

Tout au plus le Recours (p.18 no.60) fait-il valoir que l'article 27 est directement touché par l'impossibilité d'ouvrir et d'exploiter un fumoir, un bar à cigares, un local pour fumeurs de pipe ou autres narguilés. Les recourants n'établissent cependant pas qu'il s'agisse là d'activités lucratives privées qui sont effectivement exercées dans le canton de Genève et qui subiraient ainsi une interdiction directe. De toute façon, il s'agit de cas très spécifiques, qui pourraient être réglés de diverses manières dans le cadre de l'exécution de l'article 178 B : soit par la faculté de créer des clubs privés pour les individus isolés qui souhaitent s'adonner à l'activité en question, soit par une définition appropriée de la notion d'établissement public dans les lois d'exécution.

En définitive, à supposer qu'il soit pertinent en l'espèce, le grief déduit de l'article 27 Cst. est mal fondé.

**4.2.2.4.** Le Grand Conseil est fermement convaincu que l'IN 129, partiellement invalidée, ne porte aucune atteinte aux droits fondamentaux. En conséquence, les arguments que les recourants prétendent déduire des principes de la légalité et de la proportionnalité sont dépourvus de toute pertinence. En effet, l'exigence de la base légale n'a pas de caractère indépendant et ne saurait être invoquée, lorsque aucun droit fondamental n'est applicable<sup>30</sup> ; il en va de même du principe de la proportionnalité<sup>31</sup>. C'est donc à titre subsidiaire que la présente réponse réfutera brièvement les moyens que les recourants croient pouvoir inférer de l'article 36 Cst. ; de toute manière, il n'est pas sans intérêt de constater que ces arguments sont tout à fait infondés et qu'ils ne pourraient en aucun cas être retenus, même si, ici ou là, une atteinte à une liberté individuelle était dûment établie.

### **4.2.3. Manque de précision normative**

Tel qu'il a été amputé des premiers mots de l'alinéa 3, l'article 178 B proposé par l'IN 129 comporte une interdiction de fumer dans les bâtiments et lieux publics qui sont « concernés » et énumérés par ledit alinéa 3. Il en ressort une prohibition dont la signification est parfaitement claire, intelligible pour tous les citoyens et amplement suffisante au regard de l'exigence de la légalité.

Il suffit de rappeler que l'IN 129 pose un principe, qu'elle comporte des dispositions qui ne sont pas directement applicables et dont le législateur déterminera la mise en œuvre. A cet égard, il n'aura pas à proprement parler à désigner des exceptions, mais plutôt à délimiter d'une manière précise le champ d'application de la prohibition, à fixer les responsabilités et à prescrire les sanctions. Ainsi, les choses sont nettes : tandis que la Constitution énonce le principe, la loi fixera les modalités.

Les recourants reconnaissent eux-mêmes que l'IN 129 « devra être mise en œuvre par le législateur » (Recours no. 66) . Dans ces conditions, on ne saurait en demander davantage au constituant. La pratique ne fournit point d'exemple où on aurait jugé qu'une disposition constitutionnelle est insuffisante, au motif que les « exceptions » ne seraient pas en toutes lettres dans le texte. La garantie que les modalités figureront dans une loi formelle, soumise au référendum et susceptible d'un contrôle abstrait et concret par le juge, est largement suffisante. Dans ces conditions, il importe peu que la marge de manœuvre du législateur soit plus ou moins étroite. Ce qui compte, c'est qu'il peut et doit mettre en

---

<sup>30</sup> ATF 129 I 161-2 et les citations.

<sup>31</sup> ATF 131 I 99 ; 126 I 120 ; 125 I 163 ; 124 I 115 ; 123 I 11 .

œuvre un article constitutionnel d'une manière qui satisfasse à l'exigence de la base légale. En s'acquittant de cette tâche, il sera naturellement tenu de respecter le principe posé par l'article 178 B et d'en définir le champ d'application d'une manière conforme aux intentions du constituant, lesquelles ressortent clairement des délibérations du Grand Conseil et de l'avis de droit qui sert de fondement à la décision parlementaire. Il n'est évidemment pas question ici d'un blanc-seing qui permettrait au législateur « d'apporter à l'IN 129 les exceptions qui lui semblent opportunes » (recours no. 68). Contrairement à ce qu'affirment les recourants, le texte n'est pas « flou et muet » (recours no.70). En réalité, l'IN 129 est assez claire pour tracer une ligne de conduite au législateur, sans toutefois le priver d'une certaine latitude. Cette dernière pourrait d'ailleurs être précisée, voire délimitée, par le Tribunal fédéral, le cas échéant, dans le cadre de son arrêt. Cette manière de faire n'aurait rien d'insolite ; elle est même normale, s'agissant d'un article constitutionnel qui pose un principe et doit être interprété dans un sens conforme au droit supérieur, tout en respectant les indications éventuellement données par le juge .

Une fois de plus, les recourants se contredisent en se plaignant ici des exceptions que le législateur pourrait apporter, alors qu'ailleurs, ils dénoncent le « défaut majeur » dont souffrirait l'IN 129 parce qu'elle comporte « une obligation ou une interdiction générale, sans les assortir de la moindre exception » (Recours nos.75 et 86). Si ces affirmations inconciliables l'une avec l'autre étaient toutes deux retenues, les promoteurs de l'initiative seraient enfermés dans un cercle vicieux : ou bien leur texte serait excessivement absolu ou bien il ouvrirait la porte à trop d'exceptions. Dans ces conditions, on ne voit pas comment l'auteur d'un article constitutionnel pourrait satisfaire aux exigences que les recourants prétendent poser .

La pratique ne demande pas au constituant de faire plus que n'en ferait le peuple genevois en adoptant l'IN 129 . Au niveau fédéral et cantonal, de nombreuses initiatives ont réclamé l'interdiction de telle ou telle activité, par exemple la chasse, la publicité pour l'alcool et le tabac ou encore la vivisection. Dans tous ces cas, les initiateurs s'étaient contentés de poser un principe, renvoyant, expressément ou d'une manière implicite, à la loi. Jusqu'ici, personne n'a songé à contester cette manière de faire, qui laisse au législateur le soin de régler les modalités, notamment l'objet exact de la prohibition, les mesures de contrôle, la désignation des personnes responsables et les sanctions. Si des exigences plus élevées étaient énoncées, les Constitutions fédérale et cantonales comporteraient des détails fastidieux et s'étendraient sur des centaines de pages. Dans la démocratie semi directe qui se compose de deux étages, il est naturel que la Constitution définisse des principes et que la loi, exposée elle aussi au référendum, arrête les détails.

En définitive, il est exclu de reprocher à l'IN 129 de manquer de précision ou de

densité normative . La condition, posée par le Recours (no.71) « que la portée et les limites en soient définies de façon suffisamment précise » est remplie . Pour s'en convaincre, il suffit de lire les articles 119 et 119a de la Constitution fédérale.

#### **4.2.4. Violation du principe de la proportionnalité**

**4.2.4.1. Les prémisses du raisonnement des recourants :** Le raisonnement des recourants repose ici sur trois prémisses qui sont contestables, voire erronées.

En premier lieu, le Recours reproche à l'initiative de comporter « une obligation ou une interdiction générales, sans les assortir de la moindre exception ». Ici encore, il dément ses propres affirmations, car il vient précisément de critiquer le fait que le législateur serait « libre d'apporter à l'IN 129 les exceptions qui lui semblent opportunes » (comparer les numéros 75 et 68). Les contradictions constantes qui ressortent du Recours ne rendent pas la discussion facile, mais elles ont au moins le mérite de mettre en évidence la faiblesse de la position juridique des recourants .

Deuxièmement, le Recours affirme que « le cœur du problème réside dans l'affirmation, figurant dans l'exposé des motifs de l'IN 129... » . La phrase citée traduirait « le côté radical et extrémiste, sinon intégriste de l'initiative » ( no.77). Les recourants se contredisent une fois de plus, car ils ont déclaré plus haut que « en ce qui concerne l'interprétation des initiatives populaires ... ce n'est pas l'intention des auteurs de l'initiative qui est déterminante, mais seulement le texte de celle-ci » ( Recours no.39). De ces deux thèses inconciliables, c'est évidemment la seconde qui est seule correcte.

En troisième ligne, et dans une perspective voisine, le Recours prétend qu'il fournit au Tribunal fédéral la seule occasion de vérifier la conformité de l'IN 129 avec le principe de la proportionnalité ; il en déduit que le juge n'aurait pas à « prendre en considération d'incertaines atténuations résultant de la législation future d'application » (Recours no. 76). Cette assertion est doublement fausse. D'une part, l'article 178 B proposé par l'IN 129 devra encore, lorsqu'il aura été adopté par le peuple genevois, être soumis à la procédure de garantie des Chambres fédérales, c'est-à-dire précisément à un examen de sa conformité avec le droit supérieur. D'autre part, dès lors qu'il n'est pas *self-executing*, le Tribunal fédéral pourra encore être saisi d'un recours dirigé contre la future loi et contre ses actes d'exécution, de sorte qu'un contrôle abstrait et concret restera possible .

En conclusion, il n'est simplement pas permis de vérifier la conformité de l'IN 129 au droit supérieur en faisant abstraction du fait qu'il s'agit d'une disposition

constitutionnelle qui est soumise à la procédure de garantie et pose un principe qui devra encore être mis en œuvre par le législateur. Ce dernier jouira d'une certaine liberté d'action, dans le cadre fixé par l'article 178 B, comme les recourants le reconnaissent eux-mêmes par ailleurs (recours nos. 68-70). C'est dire que la proportionnalité ne court aucun danger en l'espèce.

**4.2.4.2. La réunion des conditions de la proportionnalité :** Les diverses conditions qui découlent de l'article 36, alinéas 2 et 3, Cst. sont réunies en l'espèce, qu'il s'agisse de la présence d'un intérêt public important et prépondérant, de l'efficacité et de la nécessité de la mesure, ainsi que du respect du principe de subsidiarité.

Avant tout, il sied de souligner une fois de plus, que l'IN 129 cherche à protéger l'hygiène et la santé publique, titre de l'article de l'article 178 B Cstc.-GE, et qu'il s'agit là d'un but important, qui relève de l'ordre public et, partant, de l'activité de police confiée à l'Etat. Ce dernier est tenu de protéger les droits des tiers contre les dangers de la fumée passive. Il est significatif que les recourants ne contestent pas la nocivité du tabagisme pour autrui, phénomène qui est aujourd'hui généralement reconnu dans les travaux scientifiques les plus autorisés et sanctionné par le Rapport précité du Conseil fédéral<sup>32</sup>. En l'espèce, compte tenu de la nature et de l'intensité des intérêts qui sont en présence, il faut considérer que l'IN 129 ne répond pas seulement à un objectif légitime, mais qu'elle obéit à un intérêt public prépondérant qui se déduit du devoir de la collectivité de prendre les mesures de prudence, de prévention et de précaution qui s'imposent pour sauvegarder la santé du public.

En deuxième ligne, la mesure préconisée par l'IN 129 est incontestablement efficace et en rapport d'adéquation avec ses buts. Effectivement, le public sera protégé contre les effets nuisibles du tabagisme, si et dans la mesure où les locaux publics et fermés sont exempts de fumée.

En troisième lieu, il est inexact d'insinuer qu'une mesure moins drastique permettrait d'atteindre la cible recherchée. Comme le montrent les textes cités dans l'avis de droit du Professeur Martenet (pp. 21 ss.), il n'y a pas de mesure vraiment aussi efficace qu'une interdiction générale, si l'on veut réellement protéger la santé publique. Il est significatif que le Recours ne propose aucune solution qui préserverait l'intérêt général tout en portant une moindre atteinte aux intérêts particuliers des fumeurs.

Enfin, il est tout à fait erroné de prétendre que la pression « sociale » et les prohibitions déjà prononcées dans divers lieux et bâtiments fourniraient des raisons de renoncer à l'interdiction de fumer dans les lieux publics. En réalité, c'est le contraire qui est vrai. Si la fumée est désormais interdite dans la plupart,

---

<sup>32</sup> FF 2006 p. 3551.

voire la totalité, des bâtiments et des transports publics, ce n'est pas le signe qu'une réglementation étatique serait superflue, mais bien la preuve qu'elle correspond à l'évolution des mœurs dans la société. Il ne s'agit pas ici de savoir ce qui est « politiquement correct ». Au-delà de ce cliché, déplacé quand il s'agit de protéger la santé publique, ce qui compte c'est que l'interdiction de fumer correspond au sentiment que l'on peut légitimement attribuer à l'ensemble de la population, pour les établissements, bâtiments et lieux publics en tous cas. Si, par hypothèse, le peuple genevois était d'un avis différent, il lui serait naturellement loisible de refuser l'IN 129 ; c'est l'aspect politique des choses. En revanche, du point de vue juridique, il est exclu de considérer que la pression « sociétale » suffit, comme le prétend le Recours (no.80-1) .

Les recourants croient pouvoir opposer le « point de vue social et sociétal » et le « droit ». Cette distinction est tout à fait artificielle. Si l'interdiction prévue par l'article 178 B « ne sert à rien ou presque » ( Recours no.81), elle ne peut pas, en bonne logique, être disproportionnée !

La question de la proportionnalité ne saurait être appréciée indépendamment des effets concrets de la mesure litigieuse. Mais cette exigence doit aussi être jugée en fonction de l'évolution des mœurs et des conceptions sociales. Les unes et les autres sont favorables à une limitation du tabagisme, afin de protéger la santé des êtres humains qui ne fument pas et sont exposés, quotidiennement, aux effets nocifs des activités d'autrui. Voilà pourquoi un nombre croissant d'Etats, de pays et de villes introduisent des mesures restrictives, qui vont aussi loin, ou même plus loin que l'IN 129. Certes, la loi tessinoise adoptée par le peuple en référendum le 12 mars 2006 est un peu moins stricte que l'IN 129 . En revanche, les réglementations en vigueur dans plusieurs Etats américains, et dans des Etats européens liés, eux aussi, par l'article 8 CEDH (Irlande, Norvège, bientôt Royaume-Uni et France) sont encore plus sévères que ne le serait l'article 178 B Cstc.-GE<sup>33</sup>. Dans ce contexte, il faut également tenir compte de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte anti-tabac adoptée le 21 mars 2003 par l'Assemblée de l'OMS, signée par 168 Etats dont la Suisse et entrée en vigueur le 27 février 2005 . Ce texte, qui n'a pas encore été ratifié par la Suisse, oblige les parties à protéger le public « contre l'exposition à la fumée du tabac dans les lieux de travail intérieur, les transports publics, les lieux publics intérieurs et, le cas échéant d'autres lieux publics ». Il correspond assez exactement au contenu de l'IN 129.

En définitive, l'IN129 , qui tend à protéger la santé publique, réunit toutes les conditions posées par l'article 36, alinéas 2 et 3, Cst. Sous l'angle de la proportionnalité ce qui paraîtrait tout à fait excessif, ce serait l'annulation totale de l'IN 129 et non pas sa validation partielle.

---

<sup>33</sup> Voir FF 2006 p.3554-5.

### 4.3. Violation de l'exigence de clarté de l'initiative

Avec raison, les recourants rappellent qu'une initiative populaire doit avoir un contenu suffisamment déterminé et clair pour être valable et soumise au vote du peuple<sup>34</sup>. Ces conditions sont remplies dans le cas présent.

En elle-même, l'IN 129 est claire. Telle qu'elle ressort de l'invalidation partielle prononcée par le Grand Conseil, elle reste parfaitement limpide, dès lors qu'elle demande l'adoption d'un principe simple, aisément compréhensible pour les citoyens, et qui devra encore être mis en œuvre par une loi d'exécution. La clarté du texte qui sera soumis au peuple a été soulignée lors des débats du Grand Conseil. Même l'intervention du représentant du gouvernement, dont le Recours fait une citation tronquée, souligne que le Conseil d'Etat voulait déclarer l'initiative entièrement valable et lui opposer un contre-projet.

Il est vrai que le peuple se prononcera sur le texte constitutionnel sans connaître tous les détails des modalités qui seront fixées par la loi d'exécution. Mais ce phénomène est fréquent, dans une démocratie où les principes sont d'abord énoncés dans la Constitution, tandis que les modalités figurent dans la loi. Par exemple, lorsque le peuple et les cantons ont accepté, en votation populaire du 17 mai 1992, le principe d'un service civil pour les objecteurs de conscience (article 18, alinéa 1, aCst.), ils ne savaient pas quelles seraient les conditions d'octroi du statut d'objecteur, la longueur du service civil, ils ne connaissaient pas l'autorité qui serait appelée à se prononcer ni les voies éventuelles de recours. Le corps électoral de notre pays est habitué à ce genre de situation. Il sait très bien distinguer un scrutin sur un principe et un vote sur une loi détaillée. En l'espèce, aucun doute ne pourra s'élever dans son esprit.

Curieusement, le Recours (no.83) cite l'arrêt Feller, qui va précisément dans le sens de la validation de l'IN 129. Dans cette affaire vaudoise, une disposition constitutionnelle, discutable mais valable en elle-même, et qui avait d'ailleurs reçu la garantie fédérale, laissait ouvertes deux questions essentielles : l'objet des mesures d'assainissement visées et les modalités du vote qui devait opposer une mesure à l'autre ; dans ces conditions, le Tribunal fédéral a jugé que l'article 165 Cstc-VD n'était pas *self executing* et devait être explicité par une loi<sup>35</sup>. Il suit de là que le constituant cantonal peut parfaitement énoncer un principe qui n'est pas directement applicable et que le vote sur une disposition qui nécessite une loi d'exécution n'appelle aucune critique.

Les recourants sous-estiment l'intelligence du peuple genevois. Le Tribunal

---

<sup>34</sup> Voir ATF 130 I 185 ; 129 I 392.

<sup>35</sup> ATF 131 I 126.

fédéral s'en fait une tout autre idée. S'agissant d'une initiative conçue en termes généraux qui se divisait en trois longs chapitres, destinée à protéger l'habitat urbain, le Tribunal fédéral a admis que certains aspects du projet étaient inconstitutionnels, mais il a néanmoins enjoint au Parlement genevois de faire voter sur la « partie valide de l'initiative » ; le Tribunal fédéral était conscient que cette invalidation partielle compliquait fortement la tâche des électeurs et que le texte lui-même, tel qu'il résultait de l'amputation judiciaire, n'était plus aisément compréhensible ; c'est pourquoi le Tribunal fédéral a invité le Grand Conseil genevois à joindre au texte des « notes marginales » ou un « message indiquant dans les grandes lignes les points de l'initiative qui, conformément au présent arrêt, sont conformes ou non au droit fédéral »<sup>36</sup>. Si cette manière de faire a paru suffisamment claire au Tribunal fédéral pour non seulement admettre sa licéité mais pour forcer le Grand Conseil genevois à procéder de la sorte, il en va à plus forte raison de même dans la présente occurrence, où le texte de l'IN129 amputé d'une douzaine de mots est tout à fait limpide et n'a même pas besoin d'un commentaire ou d'explications complémentaires. Il n'y a aucun risque que le peuple genevois se trompe sur le sens et la portée de son vote qui concernera, sans la moindre ambiguïté, le principe d'une interdiction de fumer dans les bâtiments, établissements et lieux publics.

La situation est suffisamment nette pour que les citoyens se prononcent à bon escient et sans risque d'erreur. Les recourants invoquent cependant un argument supplémentaire : selon eux, les adversaires de l'IN 129 seraient désavantagés, parce que seuls les citoyens opposés par principe à l'interdiction du tabac sur les lieux publics seraient amenés à voter non (Recours no. 89). Mais précisément, puisqu'il s'agit d'un scrutin qui porte sur un principe, les partisans et les adversaires de ce principe seront amenés à se départager d'une manière parfaitement loyale. Il est exclu de considérer qu'une soi disant « égalité des chances » entre les uns et les autres serait mise en danger. Au surplus, il est difficile d'apercevoir la pertinence d'un pareil moyen, car un vote populaire ne s'apparente pas à un sport ni à un jeu, de sorte que l'idée même d'une égalité des chances est dépourvue de sens ici.

D'ailleurs, il est fréquent en fait que, dans les scrutins populaires, s'additionnent les « non » émis « pour des motifs différents » (voir Recours no. 89). Les uns trouvent que le texte voté va trop loin, les autres qu'il ne va pas assez loin. Si l'on jugeait cette situation contraire aux « règles élémentaires du principe de la majorité », on remettrait en cause la valeur de tout le système démocratique de notre pays, au niveau fédéral comme dans les cantons.

En définitive, l'IN 129, partiellement invalidée, est susceptible d'un vote démocratique, qui permet à la majorité du peuple genevois de se prononcer en

---

<sup>36</sup> ATF 105 I A 368 c.9 ; voir également ATF 119 I A 166-7.

toute connaissance de cause.

## **CONCLUSION**

Le Grand Conseil de la République et Canton de Genève a l'honneur de conclure avec suite de dépens :

Le recours de Ivan Slatkine et Pascal Pétroz est rejeté dans toutes ses conclusions.

Au nom du Grand Conseil de la République et Canton de Genève,

Le Président :