



2343
1P.541/06 12
DOUBLE

Ziegler Poncet Grumbach Carrard Luscher

BUNDESGERICHT
Eing. 05 DEC. 2006 *
Postaufgabe 04.12.06

Avocats au Barreau
de Genève

Chancellerie du Tribunal fédéral
Genève, le 4 décembre 2006

Olivier Carrard

Philippe A. Grumbach

Christian Luscher
Master of Laws

Charles Poncet
Docteur en Droit
Master of Comparative Law

Bernard Ziegler
Ancien Président du Conseil

Henri Corboz
Master of Laws

Danièle Falter
DEA en Droit Européen

Bettina Fleischmann

Daniel Kinzer
MA Phys. phil.

Romina Meloro
Master of Advanced
European Studies

Sidonie Morvan

Nicole Wenger
Master of Laws

Avocats au Barreau
de Neuchâtel

Pierre Heinis

Alison Carty

Conseils

Andreas Auer
Professeur à la Faculté de Droit

Jeremy Lack
Member of the New York Bar
Barrister (England & Wales)

Daniel Lack
Barrister (England & Wales)

Claude Rouiller
Ancien Président d. Tribunal fédéral

Thierry Tanquerel
Professeur à la Faculté de Droit

| GRAND CONSEIL | |
|-------------------|-------------------------|
| Épêché le: | Session GC: 7/175-12.06 |
| Président | Députés (100) |
| Correspondance GC | Bureau |
| Secrétariat | Chefs de groupe |
| Commission: | LEGISLATIVE/SANTÉ |
| Objet: | IN 129 |
| Copie à: | M. WARTI (CHA) |

Genève, le 4 décembre 2006

RECOMMANDÉ

Tribunal fédéral

1ère Cour de droit public

Case postale

1000 LAUSANNE 14

THE RIBATTI (DES) POUR INFORMATION

V/réf. 1P.541/2006

Concerne : Recours de droit public formé par Ivan Slatkine et Pascal Pétroz contre la décision du Grand Conseil de la République et canton de Genève du 22 juin 2006 déclarant partiellement valide l'IN 129

Mémoire complétif

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

Messieurs Ivan Slatkine et Pascal Pétroz ont pris connaissance de la détermination du Grand Conseil du 2 novembre 2006 sur le recours pour violation des droits politiques qu'ils ont formé le 29 août 2006 contre la décision du Grand Conseil du 22 juin 2006 déclarant partiellement valide l'initiative populaire « Fumée passive et santé » (IN 129).

Ils ont l'honneur de vous présenter leur mémoire complétif, dans le délai qui leur a été imparti au 4 décembre 2006.

I Objet du recours et pouvoir d'examen

L'intimé soutient que le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral statuant sur un recours pour violation des droits politiques qui est dirigé contre une déclaration de validité partielle d'une initiative populaire constitutionnelle n'est pas libre, mais ne peut être exercé qu'avec « *une grande retenue* », notamment pour le motif qu'il appartient à l'Assemblée fédérale de vérifier la conformité des dispositions constitutionnelles cantonales au droit supérieur dans le cadre de la procédure d'octroi de la garantie fédérale (art. 51 Cst.), que l'IN 129 n'est pas directement applicable et devra donc être concrétisée par une loi et que les initiatives populaires doivent être interprétées dans le sens le plus favorable aux initiants (*in dubio pro populo*). Cette tentative de réduire le pouvoir de contrôle du Tribunal fédéral n'est conforme ni au droit d'initiative tel qu'il est consacré par le droit genevois, ni à la jurisprudence.

Dans le cadre du recours de droit public dirigé contre des actes normatifs cantonaux, le Tribunal fédéral tient certes compte de la procédure d'octroi de la garantie fédérale aux révisions constitutionnelles cantonales, en refusant d'entrer en matière sur des recours qui sont dirigés directement contre de telles dispositions¹ et en restreignant sa compétence de statuer sur des recours dirigés contre des actes d'application de celles-ci aux cas où la règle de droit supérieur n'était pas encore en vigueur lors de l'octroi de la garantie ou a subi une évolution dans l'intervalle².

Jamais encore cependant la jurisprudence n'a fait application de ces principes dans le cadre du recours pour violation de droits politiques dirigé contre des initiatives constitutionnelles cantonales, pour violation du droit supérieur, lorsque le droit cantonal charge l'autorité compétente de vérifier d'office la conformité à celui-ci. Pour cause :

Ce recours intervient en effet en amont de la votation populaire sur l'initiative en cause, et donc en amont aussi de la procédure d'octroi de la garantie fédérale. Or, le rôle de l'Assemblée fédérale et le rôle du Tribunal fédéral, dans ces deux procédures, ne se recouvrent pas. Alors que la première est chargée de veiller à ce que les constitutions cantonales acceptées par le peuple ne soient pas contraires au droit fédéral (art. 51 al. 2 et 172 al. 2 Cst.), le second est appelé à statuer sur des recours concernant le droit de vote des citoyens (art. 85 let. a OJ). Selon la jurisprudence, ce droit confère aux citoyens « *une prétention à ce que ce contrôle obligatoire soit exercé correctement et à ce que le corps électoral soit dispensé de se prononcer, le cas échéant, sur des dispositions qui paraissent d'emblée contraires au droit matériel supérieur* »³. En d'autres termes, si l'Assemblée fédérale doit vérifier que les révisions constitutionnelles cantonales, quelle que soit l'autorité qui les ait initiées, soient conformes au droit supérieur, le Tribunal fédéral doit veiller à ce que le vote du corps électoral cantonal ne porte pas sur une initiative populaire qui ne respecte pas les conditions de validité prescrites par le droit cantonal. Même lorsque la conformité au droit supérieur fait partie de ces conditions, le recours prévu à l'art. 85 let. a OJ a pour finalité et pour objet la garantie des droits politiques cantonaux tels que l'ordre juridique cantonal les définit.

Ce n'est donc pas un hasard que, dans les nombreuses affaires, notamment genevoises, où le Tribunal fédéral a été appelé à vérifier la conformité d'initiatives populaires constitutionnelles

¹ ATF 118 Ia 124 NAGRA.

² ATF 131 I 126, 130 Olivier Feller et les arrêts cités.

³ ATF 1P.129/2005 du 18 octobre 2006 consid. 1.1. ; ATF 128 I 190, 194.

au droit supérieur⁴, on cherche en vain un passage qui se réfère à la procédure d'octroi de la garantie fédérale pour limiter le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral. Au contraire, le principe selon lequel, saisi d'un recours pour violation des droits politiques, le Tribunal fédéral revoit librement l'interprétation et l'application du droit fédéral et du droit constitutionnel cantonal, ainsi que des dispositions de rang inférieur qui sont étroitement liées au droit de vote ou qui en précisent le contenu et l'étendue, est fermement établi⁵.

Pas plus que la procédure d'octroi de la garantie fédérale, la nécessité d'une concrétisation de l'IN 129 par une loi ne limite le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral statuant sur la conformité de celle-ci au droit supérieur. Une pareille limitation existe certes pour les initiatives populaires non formulées, qui doivent être mises en œuvre par le Grand Conseil, qui dispose à ce sujet d'une certaine marge d'appréciation⁶. Mais du moment que les initiants choisissent la forme de l'initiative rédigée de toutes pièces, ils doivent accepter que le texte qu'ils ont formulé soit contrôlé, avec un pouvoir d'examen libre, quant à sa conformité avec le droit matériel supérieur. S'y ajoute que, dans un éventuel recours dirigé contre la loi d'application pour non respect de ce droit, le Tribunal fédéral ne pourra guère que constater que l'irrégularité trouve sa véritable source dans le texte constitutionnel. Or, du moment que ce dernier aura été accepté par le peuple et aura obtenu, par hypothèse, la garantie fédérale, le recours dirigé par voie d'exception à son encontre sera irrecevable, en application de la jurisprudence précitée.

Il s'ensuit que la conformité de l'IN 129 au droit supérieur ne peut être examinée librement par le Tribunal fédéral qu'à l'occasion du recours dirigé contre la décision de validation partielle, sans qu'il puisse prendre en considération le contenu, d'ailleurs hautement incertain, de la législation future d'application (recours ch. 76). Il est donc fallacieux de prétendre que « *le Tribunal fédéral pourra encore être saisi d'un recours contre la future loi et contre ses actes d'exécution, de sorte qu'un contrôle abstrait et concret restera possible* » (détermination p. 16).

Quant à l'adage « *in dubio pro populo* », la présente affaire pourrait donner l'occasion au Tribunal fédéral de préciser qu'il ne peut servir à contourner ou à affaiblir l'exigence constitutionnelle de conformité des initiatives populaires au droit supérieur. Il ne s'agit en effet que d'une expression du principe général de l'interprétation conforme à la constitution, qui veut qu'une norme ne soit déclarée invalide que s'il n'est pas possible de lui conférer un sens qui la met en harmonie avec le droit supérieur. Or, ce principe trouve une limite incontournable dans la lettre claire et dans la finalité non équivoque de la norme.

La présente espèce illustre parfaitement les limites de l'adage précité. Dans son rapport du 11 janvier 2006, le Conseil d'Etat s'y était référé abusivement pour admettre la validité de l'IN 129, alors même qu'il avait constaté avec toute la clarté nécessaire qu'elle n'était pas conforme au principe de la proportionnalité. Dans sa détermination, le Grand Conseil en fait de même, en insistant outre mesure sur l'existence d'un doute, qui devrait « *profiter à la validation de l'initiative* » (p. 4). Si doute il y a, il ne porte pas sur la conformité de l'IN 129 au droit supérieur, mais sur la volonté du Grand Conseil de respecter le droit d'initiative.

⁴ ATF 88 I 248 Dafflon ; 105 Ia 362 Cristin ; 112 Ia 382 FAQH ; 119 Ia 438 Chambre genevoise immobilière ; 125 I 21 Grüne Bewegung Uri ; 125 I 227 G. ; 129 I 392 A.

⁵ ATF 1P.129/2005 du 18 octobre 2006 consid. 1.3. ; ATF 129 I 185, 190 X.

⁶ ATF 124 I 107, 119 Parti socialiste suisse ; 105 Ia 362, 366 Cristin.

II Violation du droit d'initiative populaire

C'est manifestement à tort que le Grand Conseil reproche aux recourants de ne pas avoir démontré que « *la suppression de quelques mots dans le texte de l'initiative serait contraire à l'art. 66 Cst/GE* » et qu'il soutient que la jurisprudence relative à l'inaltérabilité des initiatives populaires rédigées ne se rapporteraient qu'aux cantons dont les constitutions « *ne règlent pas le problème* » (p. 4).

Il feint ainsi d'ignorer que l'argumentation des recourants sur ce point est axée toute entière sur l'art. 66 al. 3 Cst/GE (recours ch. 17 ss). En prévoyant que 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* », cette disposition constitutionnelle soumet l'invalidation partielle à la double condition que i) une partie de l'initiative soit manifestement non-conforme au droit et que ii) la partie restante soit elle-même valide. Or, les recourants ont clairement établi ce que le Grand Conseil n'ose pas même contester, à savoir que la partie de l'IN 129 que le Grand Conseil a invalidée n'est nullement, prise pour elle-même, « *non conforme au droit* », ni manifestement, ni simplement (recours ch. 34). Comme il n'est pas possible de prétendre que la formule sacrifiée à l'alinéa 3 de l'IN 129 (« *Par lieux publics dont les locaux intérieurs ou fermés sont concernés, il faut entendre :* ») soit elle-même contraire au droit supérieur, force est de constater que la première condition à laquelle l'art. 66 al. 3 Cst/GE soumet l'invalidation partielle n'est point remplie.

En d'autres termes, cette disposition constitutionnelle ne permet pas de procéder à une ablation ciblée d'une partie de l'initiative, pour éviter que la partie restante ne soit annulée pour non respect du principe de la proportionnalité. Or le Grand Conseil admet ouvertement que cette opération avait « *pour objectif de rendre le texte indubitablement conforme au droit supérieur* » (p. 5). Quod erat demonstrandum.

Quant à l'interdiction de modifier la lettre des initiatives rédigées, elle ne se déduit certes pas directement de l'art. 66 al. 3 Cst/GE, mais elle résulte de la nature même et de la finalité intrinsèque de ce type d'initiatives populaires. Dire que la jurisprudence y relative ne s'appliquerait pas à Genève se heurte à l'évidence même : c'est bien dans une affaire genevoise (IN 118) que le Tribunal fédéral a affirmé qu'en « *vertu du principe de la proportionnalité, l'invalidité d'une partie de l'initiative ne doit entraîner celle du tout que si le texte ne peut être amputé sans être dénaturé* »⁷. Et c'est à nouveau dans une affaire genevoise (IN 126) qu'il a précisé que, s'il était admissible de refondre deux articles en un seul ou de changer la numérotation des normes, il fallait veiller à ce « *qu'aucune modification matérielle ne découle de cette opération* »⁸. Cette jurisprudence est indubitablement pertinente en l'espèce, dans la mesure où, comme les recourants l'ont établi (recours ch. 25-33), la substitution de formules opérée par la décision attaquée dénature précisément, et modifie matériellement, la partie restante de l'IN 129.

Le Grand Conseil reproche aux recourants de se contredire, en critiquant la décision attaquée pour avoir introduit par le biais d'une manipulation ingénieuse des exceptions qui sont indispensables à la conformité de l'IN 129 avec le principe de la proportionnalité et en reprochant à la même IN 129 d'avoir un caractère trop radical, incompatible avec ce principe. Il méconnaît ainsi que la première critique s'impose en vertu du principe de l'inaltérabilité des

⁷ ATF 128 I 190, 203 Michel Rossetti.

⁸ ATF 1P.129/2005 du 18 octobre 2006 consid. 2.2.

initiatives populaires et que la seconde se justifie au regard de l'exigence de la conformité de l'IN 129 avec le droit supérieur. Au lieu d'une contradiction, il s'agit d'une complémentarité, basée sur des griefs différents, qui sont tous deux bien-fondés. Par ailleurs, comme le recours l'a clairement indiqué (ch. 32), aussi ingénieuse qu'elle soit, la manipulation porte à faux, car elle ne parvient pas à éliminer l'inconstitutionnalité de l'IN 129.

Le Grand Conseil se contredit lui-même en prétendant, d'un côté, que « *l'opération chirurgicale* » ne concernerait « *pas la partie principale de l'initiative, mais des aspects tout à fait secondaires* » et en affirmant, de l'autre côté, qu'elle a « *pour seul objectif de rendre le texte indubitablement conforme au droit supérieur* » (p. 5). Par ailleurs, on ne voit pas comment on peut prétendre sérieusement qu'une modification formelle du texte de l'initiative, dans le but de la « *rendre compatible avec le droit supérieur* », « *n'en change nullement le sens* » (p. 5), car c'est bien le sens de l'initiative, ou de ce qui en reste, qui serait contraire au droit supérieur sans ladite modification formelle.

Comme le dit le Grand Conseil, « *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* » (p. 5). C'est bien la preuve que, sans la suppression de ces mots, cet alinéa ne serait pas conforme au droit supérieur. En d'autres termes, l'ablation n'a pas pour objectif d'éliminer une partie de l'initiative qui serait contraire au droit fédéral, mais elle a pour but avoué de modifier fondamentalement la partie restante de l'initiative, afin de la préserver d'une annulation pour violation du principe de la proportionnalité. Pareille manipulation n'est pas conforme au principe constitutionnel de l'inaltérabilité des initiatives populaires rédigées.

III Violation de la répartition des compétences

Le Grand Conseil croit pouvoir écarter le grief de la violation de la répartition des compétences en prétendant que la législation fédérale fondée sur l'art. 110 Cst. n'est pas exhaustive, que l'IN 129 vise à protéger la santé publique, qui est du domaine des cantons et qu'elle renforcerait ainsi, au lieu de les contrecarrer, les objectifs visés par le législateur fédéral. Malheureusement pour lui, les choses ne sont pas aussi simples.

Si l'IN 129 n'avait pas la portée radicale et extrémiste que ses auteurs ont voulu lui conférer, l'argumentation du Grand Conseil pourrait être suivie. Or, l'interdiction de fumer dans les bureaux individuels de l'administration, dans les magasins et centres commerciaux, dans les restaurants, débits de boissons et autres lieux d'hébergement, que consacre l'IN 129, ne peut se justifier autrement que par le souci de protéger le personnel, voire de protéger les fumeurs contre eux-mêmes. C'est donc bel et bien la volonté d'interdire de façon générale la fumée sur tous les lieux de travail que traduit l'IN 129. Cela relève indubitablement de la protection des travailleurs, objectif que le législateur fédéral a fait sien en adoptant l'art. 6 LTr et que le Conseil fédéral a concrétisé par l'art. 19 OLI' 3, qui sont exhaustifs. Ce qui vaut pour les mesures cantonales relatives à la fermeture des magasins⁹ doit valoir aussi pour les mesures cantonales combattant la fumée passive.

Dans la mesure où elle englobe non seulement les lieux publics proprement dits, mais également les lieux de travail couverts par la législation fédérale, l'IN 129 empiète sur les compétences fédérales.

⁹ ATF 130 Ia 279, 284 Gewerbeverband Basel-Stadt.

IV La violation des droits fondamentaux

Ce que le Grand Conseil avance pour contester que l'interdiction absolue de fumer dans les lieux publics porte atteinte à la liberté personnelle, au droit à la protection de la vie privée et à la liberté économique ne relève que très marginalement du droit, mais s'inscrit dans cette tendance qui tente de justifier toutes les restrictions imposées aux fumeurs par le fait que fumer ne correspond plus à l'esprit du temps. « *Nichtrauchen entspricht dem Zeitgeist* » constate laconiquement un grand quotidien¹⁰. Puisque l'abstentionnisme est résolument en vogue, à la fois dans la société civile et dans l'Etat, il suffit d'affirmer que « *la tabagie porte une atteinte incontestée à la santé d'autrui* », qu'elle est indigne d'une « *société civilisée, soucieuse des droits et de la santé de chacun* » (recours p. 11), pour conclure, avec le Conseil fédéral, que « *le fait de fumer partout et en tout temps ne fait certainement pas partie des éléments essentiels du développement personnel* »¹¹.

Le fait que l'ONU, la Confédération, les cantons, les administrations, les hôpitaux, les écoles, les universités, les CFF, les transports publics, les aéroports, les entreprises, les centres commerciaux, les syndicats, les cabinets et autres études, les familles même, se retrouvent tous unis aujourd'hui dans leur détermination de bannir la fumée de tous les lieux de rencontre sociale ne permet pas de balayer d'un revers de main les arguments de ceux qui, comme les recourants, osent rappeler que cette vague d'interdictions, du moment qu'elle est portée par l'Etat, pose de sérieux problèmes de respect des droits fondamentaux.

Les recourants ne jugent pas utile de reprendre ici l'argumentation détaillée qu'ils ont développée dans leur précédente écriture. Ils se limitent à observer qu'il ne suffit pas, comme le fait le Grand Conseil, d'affirmer péremptoirement que l'interdiction de fumer n'entre pas dans le champ d'application de la liberté personnelle (p. 12) et que les « *cas très particuliers* » qui posent problème au regard de la protection de la sphère privée (p. 12) et de la liberté économique (p. 13) pourront être résolus par le législateur, pour conclure que l'IN 129 « *ne porte aucune atteinte aux droits fondamentaux* » (p. 13). Ce d'autant moins que cette trop généreuse délégation au législateur de corriger *post festum* toutes les incongruités constitutionnelles dont souffre l'initiative ne figure nulle part dans le texte original de celle-ci, mais y a été ajoutée en catimini par le Grand Conseil, qui s'est ainsi attribué un pouvoir exorbitant, qui contredit ouvertement le devoir que lui impose l'art. 66 al. 3 Cst/GE de déclarer invalide une initiative qui est manifestement non-conforme au droit.

Le Tribunal fédéral saura sans doute saisir cette occasion pour préciser, pour la première fois, les limites découlant de la garantie des libertés que doit respecter une initiative cantonale interdisant la fumée dans les lieux publics aussi radicalement que le fait l'IN 129. A l'heure où, emportés par cet esprit du temps anti-fumée, les parlements cantonaux rivalisent avec le législateur fédéral pour se surpasser mutuellement dans leur élan d'adopter des mesures dirigées contre la fumée passive plus contraignantes les unes que les autres, cette précision est plus que jamais nécessaire.

¹⁰ NZZ nr 278 du 29 novembre 2006 p. 15.

¹¹ FF 2006 3547, 3565/66.

V Violation de l'exigence de clarté des propositions soumises au peuple

Le Grand Conseil fait preuve de beaucoup d'imagination en prétendant que « le texte de l'IN 129, amputé d'une dizaine de mots, est tout à fait limpide et n'a même pas besoin d'un commentaire ou d'explications complémentaires » (p. 19).

Telle n'était point l'opinion du Professeur MARTENET dont l'avis de droit a pourtant directement inspiré le Grand Conseil pour prononcer la décision attaquée : selon cet expert, le sens de l'IN 129 devrait être déterminé sur la base des travaux préparatoires du Grand Conseil et précisé par un rapport explicatif qui sera envoyé aux électeurs avant la votation¹². Il a d'ailleurs pris soin d'assortir sa conclusion d'une série impressionnante de « réserves d'interprétation ».

Tel n'était pas l'avis non plus de la majorité de la commission législative, qui a admis explicitement que seules les réserves d'interprétation proposées par le Professeur MARTENET « permettraient de garantir tant le respect des droits populaires que celui des droits fondamentaux » auxquels elle se déclarait être attachée¹³.

Tel n'était pas l'avis enfin, peu s'en faut, du Conseiller d'Etat PIERRE-FRANÇOIS UNGER, dont les services avaient pourtant conclu à la validité de l'IN 129 et à l'adoption d'un contreprojet : « De notre point de vue, si nous étions d'accord, in dubio pro populo, de ne pas invalider l'initiative, il ne nous apparaissait pas acceptable de procéder à une invalidation partielle qui, par ce qu'elle cache, est censée montrer ce qu'elle veut montrer... Or, le texte proposé par M. Martenet est totalement incompréhensible pour le commun des mortels qui ne peut pas comprendre que, bien que rien n'est autorisé, les exceptions sont innombrables ! C'est la raison pour laquelle nous avons proposé d'emblée un contreprojet »¹⁴.

Que le Grand Conseil contredise ouvertement, dans sa détermination, ces conclusions, qui pourtant étaient à la base même de la décision de validation partielle qu'il a prise, en dit long sur la confusion qui règnera dans la campagne précédant le vote populaire sur l'IN 129 et qui faussera à coup sûr la libre expression de la volonté populaire. Raison de plus pour préserver les électeurs, et le Tribunal fédéral lui-même (recours ch. 88), d'une telle situation, qui est malsaine pour la crédibilité des institutions démocratiques.

* * *

Par ces motifs, les recourants persistent entièrement dans les conclusions de leur recours et vous prient de croire, Monsieur le Président, Messieurs les Juges, à l'assurance de leur considération respectueuse.

Exct Charles PONCET

Christian LUSCHER

¹² Note de synthèse, IN 129-B p. 5.

¹³ Rapport du 6 juin 2006 p. 12.

¹⁴ Mémorial du Grand Conseil, séance 46 du 22 juin 2006 p. 24.