

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal



Grand Conseil du canton de Genève  
Rue de l'Hôtel-de-Ville 2  
Case postale 3970  
1211 GENÈVE 3

CH 1000 Lausanne 14	
<b>GRAND CONSEIL</b>	
Expédié le: 31.8.2006	Session GC: 21-22.09.2006
Président	Députés (100)
Correspondance GC	Bureau
Secrétariat	Chefs de groupe
Commission: Législative	
Objet: IN 129	
Copie à: Com-Santé (par inspiration) CHA - 17. Waelh	

Invitation à déposer la réponse (art. 93, resp. 110 OJ)

No réf.

1P.541/2006 /BHJ

Dans l'affaire

Ivan Slatkine, Carouge GE et consorts

contre

Grand Conseil du canton de Genève

concernant

décision du Grand Conseil de la République et canton de Genève du 22 juin 2006 déclarant partiellement valide l'initiative populaire " Fumée passive et santé " (IN 129)

nous vous communiquons un double de l'acte de recours et vous invitons à déposer votre réponse éventuelle en 2 exemplaires jusqu'au

2 octobre 2006.

L'autorité qui a rendu la décision attaquée est tenue de produire le dossier de la cause, accompagné d'un bordereau des pièces, même si elle renonce à répondre au recours. Elle joindra si possible à son envoi une copie supplémentaire de la décision attaquée; une fois la procédure terminée, cette copie fera partie des archives du Tribunal fédéral.

Par ordre du Président de la 1<sup>re</sup> Cour de droit public

*J. H. Slatkine*  
La Chancellerie du Tribunal fédéral

Toute communication concernant cette affaire doit être adressée, avec indication du numéro de référence ci-dessus, au Tribunal fédéral, 1000-Lausanne 14.

Dispositions particulières

Annexe mentionnée

+ double de Nat. 3

RECOMMANDÉ

Copie à



Ziegler Poncet Grumbach Carrard Luscher

BUNDESGERICHT  
TRIBUNAL FÉDÉRAL  
TRIBUNALE FEDERALE

AP.541 1

DOUBLE

**GRAND CONSEIL**

Expédié le: 31.08.06	Séssion GC: 21-22 sept. 2006
Président	Députés (100)
Correspondance GC	Bureau
Secrétariat	Chefs de groupe
Commission: législative	
Objet: IN 129	
Copie à: Com - Santa pour information CHA, M. WAELTE	

Avocats au Barreau  
de Genève

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 d'Etat

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 Heins

Allison 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 du Tribunal fédéral

Thierry Tanquerel  
Professeur à la Faculté de Droit

Genève, le 29 août 2006

**PAR RECOMMANDÉ**

TRIBUNAL FEDERAL SUISSE

Palais de Mon Repos

1000 LAUSANNE 14

BUNDESGERICHT

Eing. 30 AOUT 2006 \*

Posteingang 28.08.06

**Concerne: Recours de droit public contre la décision du Grand Conseil de la République et canton de Genève du 22 juin 2006 déclarant partiellement valide l'initiative populaire « Fumée passive et santé » (IN 129)**

Monsieur le Président du Tribunal fédéral,  
Mesdames et Messieurs les Juges fédéraux,

Au nom et pour le compte de M. Ivan SLATKINE, domicilié avenue Industrielle 9, 1227 CAROUGE et de M. Pascal PETROZ, domicilié route d'Ambilly 24, 1226 THÔNEX, et au bénéfice des procurations ci-jointes (pièces 1 et 2), j'ai l'honneur de former un recours de droit public au sens de l'art. 85 let. a de la loi d'organisation judiciaire fédérale (OJ) contre la décision du Grand Conseil de la République et canton de Genève du 22 juin 2006, publiée dans la Feuille d'avis officielle du 28 juin 2006, déclarant partiellement valide l'initiative populaire « Fumée passive et santé » (IN 129). Ma constitution emporte élection de domicile de mes mandants en mon Etude.

Conformément à l'art. 90 OJ, les recourants exposent ci-dessous les conclusions (I), les faits essentiels et la décision attaquée (II), ainsi que les motifs se rapportant à la recevabilité (III) et au bien-fondé (IV) du présent recours de droit public:

## **I CONCLUSIONS**

Les recourants ont l'honneur de conclure à ce qu'il

### **PLAISE AU TRIBUNAL FEDERAL**

#### **A la forme**

1.-

Déclarer recevable le présent recours de droit public.

#### **Au fond**

2.-

Annuler la décision du Grand Conseil du 22 juin 2006.

3.-

Déclarer invalide l'IN 129.

4.-

Débouter le Grand Conseil et tout opposant de toutes autres ou contraires conclusions.

## **II EXPOSE DES FAITS ESSENTIELS**

1. Publiée dans la Feuille d'avis officielle du 4 mai 2005 et déposée en date du 7 juillet 2005, l'IN 129 a la teneur suivante (pièce 3):

Projet de loi constitutionnelle modifiant la constitution de la République et canton de  
Genève (A 2 00)

#### Article unique

La constitution de la République et canton de Genève, du 24 mai 1847, est modifiée comme suit:

#### TITRE XIV Dispositions diverses

Art. 178B Protection de l'hygiène publique et de la santé (nouveau)

#### Fumée passive

1 Vu l'intérêt public que constitue le respect de l'hygiène publique et la protection de la santé, le Conseil d'Etat est chargé de prendre des mesures contre les atteintes à l'hygiène et à la santé de la population résultant de l'exposition à la fumée du tabac, dont il est démontré scientifiquement qu'elle entraîne la maladie, l'invalidité et la mort.

2 Afin de protéger l'ensemble de la population, il est interdit de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés, tout particulièrement dans ceux qui sont soumis à une autorisation d'exploitation.

3 Par lieux publics dont les locaux intérieurs ou fermés sont concernés, il faut entendre:

- a) tous les bâtiments ou locaux publics dépendant de l'Etat et des communes ainsi que de toutes autres institutions de caractère public;
- b) tous les bâtiments ou locaux ouverts au public, notamment ceux affectés à des activités médicales, hospitalières, para-hospitalières, culturelles, récréatives, sportives ainsi qu'à des activités de formation, de loisirs, de rencontres, d'exposition;
- c) tous les établissements publics au sens de la législation sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement;
- d) les transports publics et les autres transports professionnels de personnes;
- e) les autres lieux ouverts au public tels que définis par la loi .

## 2. L'exposé des motifs relève ce qui suit :

### **La fumée passive tue**

La fumée du tabac constitue la principale et la plus toxique pollution de l'air ambiant. La Convention-cadre de l'OMS, premier traité international de santé publique, signé par 168 Etats (dont la Suisse) déclare qu' « il est clairement établi, sur des bases scientifiques, que l'exposition à la fumée de tabac entraîne la maladie, l'incapacité et la mort ». (at. 8 al. 1). La fumée passive est en effet la cause établie de nombreuses maladies, dont beaucoup sont fatales : cancer du poumon, cancer du sinus, cancer du sein, maladies coronaires, altération vasculaire induction et aggravation de l'asthme, otites, symptômes respiratoires chroniques, etc. L'exposition à la fumée ambiante du tabac pendant la grossesse provoque des naissances prématurées et un faible poids du bébé à la naissance.

### **Un risque largement sous-estimé**

Malgré la reconnaissance mondiale et unanime de la nocivité de la fumée passive par les professionnels de la santé publique, en Suisse cette nocivité reste largement sous-estimée – voire ignorée – par le public, les employeurs (en particulier ceux de la restauration), et les décideurs politiques. Ce phénomène est principalement dû à la désinformation répandue par l'industrie du tabac qui, pendant plus de trente ans, a trompé le public et a menti, niant la toxicité de la fumée passive alors qu'elle la connaissait parfaitement, sans hésiter pour cela à infiltrer les milieux scientifiques et à soudoyer des professeurs d'université (l'affaire Rylander à Genève en est un exemple). La population paie aujourd'hui dans sa santé les conséquences de cette situation. Les spécialistes mondiaux de la santé publique estiment qu'une personne meurt du tabagisme passif pour 8 qui meurent du tabagisme actif. En Suisse, entre une et trois personnes sont chaque jour tuées par la fumée passive. Malgré cela, pratiquement rien n'est fait pour protéger la population contre l'exposition à la fumée passive : la législation en la matière, tant au niveau fédéral que cantonal, est très indigente.

### **La protection du personnel**

Le personnel des établissements publics est le plus exposé à la fumée passive et il paie un lourd tribut en terme de santé : une augmentation de 50%, voire beaucoup plus dans certains établissements, du risque de cancer du poumon et de maladies cardio-vasculaires. Cela se traduit par une mortalité et une morbidité qui dépasse toutes les normes des professions à risque. Ce personnel a le droit, comme tout autre, de travailler dans un environnement professionnel qui ne mette pas sa santé en péril.

### **La protection du public**

La santé des personnes qui fréquentent les lieux publics doit aussi être protégée. L'exposition à la fumée passive a un effet cumulatif, et toute nouvelle « dose » d'exposition s'ajoute aux précédentes pour, au bout de quelques années, constituer un grave danger pour la santé. La fumée de tabac ambiante provoque aussi des effets immédiats, qui affectent particulièrement les asthmatiques, les personnes souffrant de troubles respiratoires ou cardio-vasculaires, les enfants en bas âge, et les personnes âgées, qui sont de véritables exclus des lieux publics enfumés. Selon une récente étude de l'Université de Zurich mandatée par l'Office fédéral de la santé publique, en Suisse plus de 25% des personnes évitent toujours ou souvent les établissements publics à cause de leur atmosphère enfumée.

### **La ventilation ne résout rien**

La ventilation n'offre qu'une protection illusoire, coûteuse et très souvent défailante contre la pollution de l'air par la fumée de tabac. Pour obtenir une diminution de cette pollution qui soit tolérable, il faudrait des taux de renouvellement de l'air comparables à ceux d'une soufflerie. Combiné avec la nécessité de chauffer l'air en hiver – ou de le refroidir par grande chaleur – un tel renouvellement représenterait un énorme gaspillage d'énergie. La seule façon valable de supprimer la pollution de l'air ambiant par la fumée de tabac est de traiter le problème à la source, en interdisant de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés.

### **Lieux publics sans fumée : ça marche !**

Plusieurs pays européens – Italie, Irlande, Malte, Norvège, Suède – ont adopté des législations pour des lieux publics sans fumée. D'autres vont suivre. Dans tous les cas, cela a été une expérience très positive, qui est très bien respectée et a le soutien unanime de la population, y compris chez les fumeurs. Les avantages sont immédiats : réduction de la mortalité, amélioration de la santé du personnel, réduction du tabagisme et diminution de l'incitation des jeunes à commencer à fumer. Tout cela sans aucune atteinte à la bonne marche économique des établissements. De toutes les interventions de santé publique, c'est elle qui permet de sauver de nombreuses vies et d'améliorer la qualité de l'existence tout en réduisant les coûts de la santé.

### **C'est aussi possible à Genève**

Ce qui est possible à Dublin, à Rome ou à Stockholm l'est aussi à Genève ! Nous pouvons aussi libérer les lieux publics de la fumée de tabac et retrouver le droit élémentaire de respirer sans mettre en danger notre santé. Tel est le but de notre initiative.

3. Sollicité par la société JT International, le professeur ANDREAS AUER a rendu, en date du 4 octobre 2005, un avis de droit qui conclut à l'inconstitutionnalité de l'IN 129, en bref pour les motifs suivants<sup>1</sup> :

130. L'initiative populaire genevoise « Fumée passive et santé » relève du domaine de la santé publique, qui ressortit principalement de la compétence des cantons. Elle ne contredit pas, mais renforce les normes internationales et fédérales existant en la matière et ne viole donc ni le principe de la primauté du droit international, ni celui de la primauté du droit fédéral.

131. En interdisant la fumée dans les lieux publics intérieurs ou fermés, l'initiative porte atteinte à l'aspect psychique de la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.) des fumeurs, de même qu'au droit à la protection de leur sphère privée (art. 13 Cst.) et, dans certaines circonstances, à la liberté économique (art. 27 Cst.) des gérants et propriétaires de restaurants et autres débits de boissons.

132. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'absence d'une interdiction générale et effective de fumer dans les endroits ouverts au public ne s'analyse pas en un défaut de protection, de la part de l'Etat concerné, des droits des non-fumeurs au regard des art. 2 et 8 CEDH, à tout le moins lorsque l'Etat a pris certaines mesures protectrices à cet égard.

133. L'initiative respecte, pour l'essentiel, la condition selon laquelle les restrictions aux libertés doivent avoir une base légale. En chargeant globalement le Conseil d'Etat de prendre des mesures contre les atteintes à la santé publique résultant de l'exposition à la fumée de tabac, l'alinéa premier de l'article constitutionnel proposé ne respecte cependant le principe de la légalité que s'il est interprété de façon restrictive, comme autorisant le

<sup>1</sup> ANDREAS AUER, Le droit face à la « *political correctness* » : la constitutionnalité de l'initiative populaire genevoise « Fumée passive et santé ». Une version légèrement modifiée de l'avis de droit a été publiée dans PJA 2006 3-20. La numérotation des extraits est celle de l'avis de droit original.

gouvernement à prendre des mesures douces et non contraignantes, qui n'affectent pas les libertés.

134. L'initiative peut valablement se justifier par la protection de la santé publique de la population, qui constitue un motif d'ordre public opposable à toutes les libertés. Elle peut se justifier aussi par le souci de protéger la sphère privée des non-fumeurs, mais ce souci se recouvre avec l'intérêt public à la protection de la santé.

135. Sous l'angle du principe constitutionnel de la proportionnalité, il existe un doute sérieux quant à l'aptitude de l'interdiction générale de fumer dans les lieux publics d'atteindre effectivement le but d'ordre public visé. Au vu des expertises solides mettant en question la nocivité absolue de la fumée passive, s'opposant aux conclusions inverses résultant de maints rapports et études, il n'est pas établi en effet que cette interdiction puisse protéger efficacement et concrètement la santé de la population.

136. En matière de libertés, le principe de précaution ne peut pas suppléer au non respect de la règle de l'aptitude, en justifiant des mesures restrictives en présence d'un risque et d'un dommage potentiellement graves, sans que ceux-ci ne puissent être fermement établis en l'état actuel des connaissances scientifiques.

137. La règle de la nécessité, déduite elle aussi du principe de la proportionnalité, commande que l'Etat s'abstienne d'édicter des mesures d'interdiction à large échelle en matière de fumée passive, tant et aussi longtemps que la fumée passive fait l'objet de normes restrictives de nature sociétale qui ont d'ores et déjà produit des effets indéniables sur les modalités, sinon sur l'intensité de la consommation de tabac, et qui ont tendance à se renforcer encore.

138. L'initiative n'est au surplus pas conforme à la règle de la nécessité, parce qu'il existe toute une série de mesures moins restrictives qui peuvent être prises à l'égard de la fumée passive, dont l'efficacité n'est *a priori* pas moindre que celle que les initiants prêtent un peu rapidement à leur proposition radicale d'interdire globalement la fumée dans les lieux publics.

139. La règle de la proportionnalité au sens restreint n'est pas respectée non plus par l'initiative, parce que, dans un certain nombre de situations bien déterminées, qui concernent un nombre important de fumeurs, le droit au respect de la liberté personnelle et de la sphère privée de ceux-ci l'emporte sur l'intérêt public à prononcer une interdiction générale de fumer dans tous les lieux publics.

140. La violation des règles de la nécessité et de la proportionnalité au sens restreint résulte directement de la disposition centrale de l'initiative, à savoir de l'interdiction générale de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés. Cette disposition n'est pas susceptible d'être interprétée de façon conforme à la Constitution, l'initiative se présentant sous la forme d'un projet rédigé de toutes pièces, qui bénéficie pleinement du principe de l'inaltérabilité des initiatives populaires.

141. Les irrégularités qui frappent la partie centrale de l'initiative doivent être considérées comme étant claires et manifestes, supprimant à cet égard la marge de manœuvre du Grand Conseil que le constituant genevois lui a réservée (art. 66 al. 3 Cst/GE).

142. L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'initiative, qui ne pose pas de problèmes d'ordre constitutionnel, pour autant qu'il soit interprété de façon restrictive, ne peut subsister à lui seul car, privée de sa partie centrale, l'initiative se trouverait totalement dénaturée. Le Grand Conseil ne peut donc se contenter d'une déclaration d'invalidité partielle, mais doit annuler l'initiative dans son ensemble.

143. Il reste au Grand Conseil la possibilité de présenter, en vertu de son propre droit d'initiative, un contre-projet indirect, qui renforce la protection de la population contre la fumée passive par des mesures appropriées, dans le respect des droits et des libertés garantis par l'ordre juridique fédéral et international.

4. Le 11 janvier 2006, le Conseil d'Etat a déposé au Grand Conseil son rapport sur la validité et la prise en considération de l'IN 129 (IN 129-A : pièce 4), dont les conclusions sont, en substance, les suivantes :

Le droit de fumer n'est pas en soi protégé par la liberté personnelle, mais l'interdiction totale de fumer dans les établissements de détention et dans les lieux de placement peut constituer une atteinte à cette liberté (p. 13).

Pour les particuliers qui exploitent commercialement, un établissement, un commerce ou une entreprise, l'interdiction peut constituer une atteinte grave à la liberté économique (p. 15).

La création d'espaces fumeurs doit être préférée, sur la base du critère de la nécessité, à l'interdiction de fumer dans l'ensemble du bâtiment (p. 20).

Le fait que l'initiative ne prévoit aucune exception peut paraître problématique pour les personnes fumeuses hospitalisées, incapables de se mouvoir ou en fin de vie, pour les détenus, pour les personnes travaillant seules dans une boutique ou dans un débit de boissons et pour les bars à cigares (p. 22).

Telle que formulée, l'initiative pose des problèmes de compatibilité avec le principe de proportionnalité, du fait qu'aucune exception au principe de l'interdiction de fumer n'est opérée. L'alinéa 3 peut toutefois à la rigueur être considéré comme encore conforme à ce principe, sur la base de l'adage *in dubio pro populo* (p. 26).

Si l'initiative apporte dans son ensemble une solution valable au grave problème de la fumée passive dans les lieux publics, la possibilité de prévoir des exceptions pour les cas particuliers reste une nécessité. C'est pourquoi le Conseil d'Etat estime qu'il conviendrait de proposer un contre-projet direct qui aurait pour dessin de circonscrire, soit par un nouvel alinéa 3, soit par la loi d'application qui découlera de la nouvelle norme constitutionnelle, la portée de l'interdiction de fumer prévue par l'IN 129 (p. 42).

5. A la demande du Bureau du Grand Conseil, le professeur VINCENT MARTENET a rendu un avis de droit, daté du 7 avril 2006, dont les conclusions principales peuvent être résumées comme il suit<sup>2</sup> :

L'initiative restreint la liberté personnelle de quatre catégories de fumeurs, à savoir les personnes détenues, les personnes placées dans une institution, des personnes séjournant durablement dans un établissement de soins ou de séjour et des personnes à mobilité très réduite travaillant dans un bâtiment ou un local. Elle porte probablement aussi atteinte à la liberté personnelle des clients souhaitant fumer dans un établissement public (p.12).

En tant qu'elle vise une chambre d'hôtel, une résidence, une pension de famille, un foyer ou une auberge de jeunesse, l'initiative touche les individus concernés dans leur sphère privée (13).

Il est douteux que les tenanciers d'établissements publics puissent se prévaloir de la liberté économique à l'encontre de l'initiative 129, mais celle-ci porte atteinte à la liberté économique des tenanciers d'établissements publics qui ont pour vocation principale, sinon unique, la consommation de tabac (p. 15).

<sup>2</sup> VINCENT MARTENET, La validité de l'initiative populaire 129 « Fumée passive et santé », manuscrit du 7 avril 2006. L'avis est annexé au rapport de la commission législative du 6 juin 2006 (IN 129-B p. 23-78), avec une note de synthèse, du 4 mai 2006 (p. 79-84).

Ces atteintes sont, en principe, graves (p. 16).

L'initiative respecte sans autre les conditions de la base légale et de l'intérêt public (p. 18/19).

L'initiative respecte le sous-principe de la nécessité, mais pour autant que la notion de « lieux publics intérieurs ou fermés » soit définie de manière plus étroite qu'elle ne l'est à l'article 178B al. 2 Cst. (p. 23).

La liste des « lieux publics intérieurs ou fermés » figurant à l'art. 178B al. 3 Cst. paraît adéquate dans son principe. Dans la mesure cependant où elle vise aussi certains lieux privés, comme les cellules individuelles de prisons ou les chambres d'hôtels, elle est trop large (*overinclusive*) par rapport au but – légitime – visé. Une ablation réduite permet de résoudre cette difficulté : au lieu de dire « *Par lieux publics dont les locaux intérieurs ou fermés sont concernés, il faut entendre :...* », il suffit de mettre « *Sont concernés :...* ». Tous les bâtiments, locaux, établissements ou transports énumérés à l'article 178B al. 3 Cst. GE sont effectivement concernés par l'interdiction de fumer dans les lieux publics intérieurs ou privés. L'interdiction les concerne dans la mesure où ils constituent des lieux publics (p. 25)

Le fait que l'interdiction de fumer ne s'applique pas dans certains locaux à caractère exclusivement ou essentiellement privé ne revient pas à créer une dérogation à l'interdiction de fumer dans les lieux publics, mais à définir de manière plus précise et plus exacte cette dernière notion (p. 26, 32, 33/34, 37, 48).

Une interdiction totale de fumer dans les prisons (p. 32), dans les hôpitaux psychiatriques (p. 33), dans les hôpitaux pour les personnes en fin de vie (p. 36), dans les chambres individuelles des cliniques privées (p. 37), dans les clubs de consommateurs de tabac (p. 40) et dans les chambres d'hôtels (p. 47) est disproportionnée et donc contraire à la Constitution.

L'initiative vise parfois à interdire non pas la fumée passive, mais le tabagisme actif, essentiellement dans les lieux privés tels que bureaux individuels, cellules, chambres d'hôtels et autres « *substituts de domicile* » (p. 28, 30, 33).

Il n'est pas certain que l'initiative soit conforme au droit fédéral dans la mesure où elle vise ponctuellement à protéger non pas le public, mais les travailleurs, préoccupation qui relève de la compétence de la Confédération dont celle-ci a fait un usage exhaustif (p. 8, 41).

Elle pose de sérieux problèmes d'exécutabilité, notamment dans les prisons (p. 3, 31, 32).

## 6. En date du 6 juin 2006, la commission législative du Grand Conseil a déposé son rapport sur l'IN 129 (IN 129-B : pièce 5<sup>3</sup>).

Par six voix et trois abstentions, la commission a décidé que l'IN 129 ne respecte pas le droit supérieur. A cinq voix contre quatre, elle s'est prononcée pour une invalidation partielle (p. 14). Par trois oui, trois non et une abstention, elle a refusé de supprimer l'alinéa 3 de l'initiative. Par cinq oui contre quatre non, elle a décidé de conserver les termes « sont concernés » dans cet alinéa (p. 15) et accepté l'initiative ainsi amendée (p. 6).

La majorité a ainsi suivi l'avis de professeur MARTENET.

Pour la minorité, l'initiative doit être invalidée dans son ensemble, pour violation du principe de la proportionnalité, car, selon sa lettre et la volonté de ses auteurs, elle ne tolère pas d'exceptions.

<sup>3</sup>

Seuls sont produits les rapports de majorité et de minorité, à l'exclusion des annexes.

7. Le 22 juin 2006, le Grand Conseil a décidé, par 51 non contre 5 oui et 24 abstentions que l'IN 129 n'est pas conforme au droit supérieur. Par 45 oui contre 26 non et 9 abstentions, il a suivi la proposition de la majorité de la commission législative et déclaré partiellement valide l'IN 129<sup>4</sup>.

8. Cette décision, ainsi que « *le texte de l'IN 129 amendée, pour information* », ont été publiés dans la FAO du 28 juin 2006 (pièce 6). C'est contre elle que le présent recours de droit public est formé.

### III RECEVABILITE

9. Dirigé contre une décision du Grand Conseil prise en dernière instance cantonale (art. 86 al. 1 OJ) et se rapportant à la validité d'une initiative populaire cantonale, le présent recours concerne « le droit de vote des citoyens », ce qui ouvre la voie du recours de droit public (art. 85 let. a OJ).

10. Députés et donc citoyens actifs dans le canton de Genève, les recourants ont qualité pour agir<sup>5</sup>.

11. La décision du Grand Conseil ayant été publiée dans la FAO du 28 juin 2006, le présent recours, déposé le 29 août 2006, est recevable, compte tenu de la suspension des délais (art. 34 al. 1 let. b OJ).

### IV MOTIFS

12. La décision attaquée viole les droits politiques (art. 34 Cst.) en ce qu'elle n'est pas conforme au droit d'initiative populaire (A), ne respecte pas l'exigence de la conformité des initiatives populaires cantonales au droit supérieur (B) et contrevient au postulat de la clarté des propositions soumises au peuple (C).

#### A Une violation du droit d'initiative populaire

13. Les art. 64 à 68 Cst/GE consacrent le droit d'initiative populaire en matière cantonale. L'IN 129 propose une révision partielle de la Constitution genevoise, rédigée de toutes pièces, conformément à l'art. 65A Cst/GE.

14. Le droit genevois ne permet pas aux autorités de modifier le texte des initiatives populaires. Le rôle du Grand Conseil se limite à examiner si l'initiative respecte l'unité de la matière et l'unité du genre et si elle est conforme au droit supérieur ; à défaut, il doit la déclarer nulle (art. 66 Cst/GE). S'il la refuse, il peut lui opposer un contreprojet de même genre et de même forme (art. 67 Cst/GE).

<sup>4</sup> Mémorial du Grand Conseil, séance 46 du 22 juin 2006 (site web du Grand Conseil).

<sup>5</sup> ATF 130 I 290, 292.

15. La particularité de l'initiative populaire rédigée de toutes pièces est que les initiants sont seuls responsables de sa formulation. Ils sont libres d'en déterminer l'objet et d'en rédiger le texte, mais ils assument aussi le risque d'une invalidité au cas où l'une des conditions précitées n'est pas remplie. Le texte des initiatives populaires rédigées de toutes pièces ne peut pas être modifié par les autorités. Sous réserve d'une invalidité partielle, celles-ci doivent le soumettre tel quel au peuple, pourvu que les conditions de la recevabilité formelle soient remplies. Le principe de l'inaltérabilité des initiatives populaires est une conséquence directe et nécessaire de l'importante fonction d'opposition que remplit cet instrument de démocratie directe<sup>6</sup>.

16. La pratique et la doctrine admettent parfois, comme exception à cette règle, que les autorités apportent à une initiative rédigée des retouches purement formelles, telles qu'une adaptation de la numérotation des articles ou des alinéas de son texte, de notes marginales ou encore l'élimination de fautes d'orthographe ou de grammaire<sup>7</sup>. Des modifications rédactionnelles, portant par exemple sur l'élimination de contradictions ou l'unification de certaines notions, ne sont admissibles en principe que si le droit applicable, fédéral ou cantonal, le prévoit explicitement, ce qui n'est que très rarement le cas<sup>8</sup>. En revanche, il est exclu que l'autorité touche, par une modification du texte de l'initiative, fût-elle mineure, au contenu matériel de celle-ci, en en changeant le sens.

17. Aux termes de l'art. 66 al. 3 Cst/GE, 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 règle, qui prévoit et impose à certaines conditions l'invalidation partielle d'une initiative populaire, comporte une exception au principe de l'inaltérabilité de celles-ci.

18. En cas d'invalidité partielle<sup>9</sup>, la jurisprudence interprète le principe de la proportionnalité comme interdisant que l'initiative soit déclarée nulle dans son ensemble si l'on peut raisonnablement admettre que les signataires auraient signé la partie valide si elle leur avait été soumise seule. Tel est le cas lorsque la partie restante de l'initiative n'a pas qu'une importance mineure, mais forme encore un tout cohérent dans le sens de la proposition initiale, de sorte que l'initiative n'est pas privée de sa portée essentielle<sup>10</sup>. En d'autres termes, lorsque seule une partie de l'initiative apparaît inadmissible, la partie restante peut subsister comme telle, pour autant qu'elle forme un tout cohérent et qu'elle puisse encore correspondre à la volonté des initiants<sup>11</sup>.

19. C'est ainsi qu'en 1999, le Tribunal fédéral a retranché du texte de l'initiative « Genève, République de paix » (IN 109) deux dispositions précises, prévoyant respectivement la renonciation à faire appel à la troupe pour assurer le service d'ordre et la

<sup>6</sup> PIERRE TSCHANNEN, Die Formen der Volksinitiative und die Einheit der Form, ZBl. 2002 2, 6, 7, 9.

<sup>7</sup> Ibid. 9/10.

<sup>8</sup> Ibid. 10 ; cf. ATF 110 Ia 176, 183 Peter Herzog.

<sup>9</sup> A distinguer des cas où la question de l'invalidation partielle se pose lorsque l'initiative ne respecte pas l'unité de la matière, voir l'art. 66 al. 2 Cst/GE ; ATF 130 I 185, 202 ASLOCA ; 123 I 63, 76 Charles Beer.

<sup>10</sup> ATF 129 I 392, 396 A. ; 1P. 150/203, TF du 5 décembre 2003, cons. 7.1 ; ATF 125 I 21, 44 Grüne Bewegung Uri ; 119 Ia 154, 165/166 Peter Bieri.

<sup>11</sup> ATF 128 I 190, 203 Michel Rossetti ; 125 I 227, 232 G. ; 124 I 107, 117 Parti socialiste jurassien, 121 I 334, 338 Grünes Bündnis.

garantie de la sécurité des conférences internationales par des moyens non militaires, pour violation de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons<sup>12</sup>.

20. Un an avant, le Tribunal fédéral avait annulé partiellement l'initiative uranaise « Pour des chances égales aux élections », éliminant toutes les dispositions instituant des quotas pour des organes élus directement par le peuple, mais laissant subsister celles qui concernent l'élection d'organes par les autorités<sup>13</sup>.

21. En 1995, le Tribunal fédéral a amputé, pour violation de la législation fédérale en matière de circulation routière, de l'initiative lucernoise « Pour un air respirable » certaines dispositions qui prévoyaient une interdiction de circuler pour des véhicules sans catalyseurs, une réduction de moitié du trafic respectivement une interdiction de tout trafic en cas de dépassement de certaines valeurs d'émissions<sup>14</sup>.

22. En 1993, les Juges de Mon-Repos ont amputé d'une initiative bernoise concernant la protection de l'Aar la mention explicite de deux ouvrages dont elle voulait interdire toute exploitation ou mise en service, pour violation du droit cantonal, lequel, à l'époque, n'admettait pas qu'une initiative législative puisse comporter des règles individuelles et concrètes<sup>15</sup>.

23. Dans tous ces cas, l'invalidation partielle frappait des dispositions, phrases, des formules ou des références précises qui étaient en elles-mêmes contraires au droit supérieur et qui pouvaient être détachées du texte de l'initiative sans en altérer le sens ou en modifier la portée. Comme l'a dit fort pertinemment le Tribunal fédéral, « *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* »<sup>16</sup>.

24. La jurisprudence s'en tient rigoureusement à ce principe essentiel. Jamais encore elle n'a admis qu'une disposition, une règle, une formule ou une référence figurant dans le texte d'une initiative rédigée, qui n'était pas en elle-même contraire au droit supérieur, puisse être amputée, parce qu'elle avait pour effet de rendre la partie restante de l'initiative non-conforme à ce droit. Pour cause, car il est manifeste qu'une telle amputation modifie et dénature le sens de l'initiative et viole par conséquent le principe de l'inaltérabilité de celle-ci.

25. C'est pourtant ce qu'a fait le Grand Conseil en déclarant partiellement valide l'IN 129. En procédant, selon la proposition du professeur MARTENET, à une « *ablation réduite* »<sup>17</sup> consistant à supprimer, à l'alinéa 3, la formule « *Par lieux publics dont les locaux intérieurs ou fermés sont concernés, il faut entendre :* », pour la remplacer par les mots « *Sont concernés :* », les députés ont considérablement modifié le sens essentiel de l'IN 129.

26. En effet, le but avoué de cette « *invalidation chirurgicale* » est d'éviter que l'interdiction de fumer postulée par celle-ci à l'alinéa 2 ne vise les « *lieux privés* » ou autres « *substituts de domicile* » où son application stricte s'avère, de l'avis même de

<sup>12</sup> ATF 125 I 227, 244-251 G.

<sup>13</sup> ATF 125 I 21, 44 Grüne Bewegung Uri.

<sup>14</sup> ATF 121 I 334, 338, 355/356 Grünes Bündnis.

<sup>15</sup> ATF 119 Ia 154 Peter Bieri.

<sup>16</sup> ATF 129 I 190, 203 ; souligné par le soussigné.

<sup>17</sup> MARTENET (note 3) 25.

l'expert, contraire au principe de la proportionnalité. Cela concerne notamment les cellules individuelles dans les prisons et dans les hôpitaux psychiatriques, les chambres individuelles dans les hôpitaux pour les personnes en fin de vie et dans des cliniques privées, ainsi que les chambres d'hôtels<sup>18</sup>.

27. L'invalidation partielle prononcée par le Grand Conseil crée ainsi, bien que le professeur MARTENET s'en défende vigoureusement<sup>19</sup>, une série impressionnante de dérogations à l'interdiction générale de fumer, ce qui est contraire à la lettre claire de l'IN 129 et à la volonté explicite de ses auteurs.

28. En effet, si les auteurs de l'IN 129 avaient voulu que l'interdiction de fumer soit assortie de certaines exceptions, ils auraient pu et dû exprimer cette volonté dans le texte de l'IN 129. Or, tel n'est pas le cas. Non seulement le texte et l'exposé des motifs de l'IN 129 ne font nulle part état, et pas même implicitement, de ces exceptions, mais encore il est manifeste que les initiants ont voulu que l'interdiction de fumer dans les lieux publics soit absolue. « *La seule façon valable – proclame solennellement l'exposé des motifs – de supprimer la pollution de l'air ambiant par la fumée de tabac est de traiter le problème à la source, en interdisant de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés* ». C'est ainsi que leurs représentants ont affirmé, devant la commission législative du Grand Conseil, qu'une interdiction totale se justifiait, parce qu'il n'existait pas d'alternative et parce qu'elle avait l'avantage de la simplicité<sup>20</sup>. Même le professeur MARTENET a laissé entendre que le « *caractère radical et la très large interdiction de fumer* » que prévoit l'IN 129 « *se trouvent en conflit potentiel avec divers droits et principes supérieurs* »<sup>21</sup>.

29. Or, du moment qu'il faut admettre que la partie restante de l'initiative ne correspond plus à la volonté des initiants, son invalidation partielle est contraire aux principes posés par la doctrine et la jurisprudence (supra no 18). Comme l'a dit le Tribunal fédéral il y a quelques années : « *Die Achtung vor dem Willen der Initianten verbietet es, den Stimmbürgern eine Initiative vorzulegen, wenn diese eines wesentlichen Teils beraubt ist* »<sup>22</sup>. C'est donc précisément pour avoir délibérément omis de prévoir des exceptions que l'IN 129 doit être considérée comme étant inconstitutionnelle à sa base même<sup>23</sup>.

30. Au surplus, l'ablation chirurgicale élimine une notion centrale de l'IN 129, celle de « *lieux publics dont les locaux intérieurs ou fermés (sont concernés)* » de l'al. 3, pour ne laisser subsister, à l'al. 2, que la notion, bien plus large, de « *lieux publics intérieurs ou fermés* ». Il ne s'agit donc pas, comme le prétend l'expert, d'une simple « *définition plus précise de la notion de lieux publics* »<sup>24</sup>, car elle introduit par la bande une notion nouvelle et essentielle, inconnue de l'IN 129, à savoir celle de « *lieux privés situés dans les bâtiments concernés* », qui seraient exclus de l'interdiction.

31. La référence des initiants et de l'auteur de l'avis de droit<sup>25</sup> aux autres pays démocratiques qui ont opté, ces dernières années, pour une interdiction générale de fumer

<sup>18</sup> Ibid. 32, 33, 36, 37 et 47.

<sup>19</sup> Ibid. 32, 33/34, 37 et 48.

<sup>20</sup> Rapport du 6 juin 2006 (IN 129-B) p. 7 et 87.

<sup>21</sup> MARTENET (note 3) 4.

<sup>22</sup> ATF 119 Ia 154, 166 ; 117 Ia 156.

<sup>23</sup> AUER (note 1) no 100-120, 125.

<sup>24</sup> MARTENET (note 3) 26.

<sup>25</sup> Ibid. 23 et 46.

dans les lieux publics est inopérante, puisque ces pays, précisément, ont tous admis des exceptions, ce que l'expert concède par ailleurs<sup>26</sup>.

32. Au demeurant, il est pour le moins douteux que la correction effectuée du texte initial de l'IN 129 élimine effectivement l'inconstitutionnalité de celle-ci, car elle suscite une incertitude quant à savoir si la nouvelle formule proposée de l'al. 3 (« *Sont concernés...* ») se rapporte à l'interdiction de fumer ou aux « *lieux publics intérieurs ou fermés* » dont fait état l'al. 2. Dans le second cas, rien ne change et le problème de constitutionnalité reste entier. Pour consacrer valablement le premier cas, ce qui correspond sans doute à l'idée de l'expert, il aurait fallu ajouter : « *sont concernés par l'interdiction* », ce que ce dernier concède comme étant inadmissible<sup>27</sup>. Même dans cette hypothèse, les cellules pénitentiaires et chambres d'hôtels seront sans doute, d'après la lettre du texte remanié, des « *lieux publics intérieurs ou fermés* » au sens de l'al. 2. Par conséquent, ce qui seul pourrait sauver l'IN 129 serait l'adjonction d'une exception visant les « *lieux privés* », ce qui serait encore plus inadmissible, sauf dans le cadre d'un contreprojet.

33. Dans ces circonstances, le respect dont l'expert témoigne soigneusement à l'égard de la distinction entre la suppression de quelques mots ou alinéas, qui serait permise, et l'adjonction de mots, qui ne serait pas autorisée dans le cadre de l'examen de la validité d'une initiative populaire<sup>28</sup>, est aussi artificiel que futile. Prétendre que la seule correction formelle du texte serait « *mettre une majuscule au verbe "sont", à l'article 178B al. 3* »<sup>29</sup> revient manifestement à faire preuve d'un formalisme qui n'est pas seulement excessif, mais trompeur. A la vérité, ce n'est pas à une ablation réduite, chirurgicale, de quelques mots qu'a procédé le Grand Conseil, mais à une véritable substitution de formule. Au lieu de lire « *Par lieux publics dont les locaux intérieurs ou fermés sont concernés, il faut entendre :* », l'alinéa 3 commence par « *Sont concernés :* ». Cela, indépendamment même du changement de sens qui en résulte, n'est pas admissible d'un point de vue formel.

34. En dernier lieu, il est patent 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 :* ») n'est pas, en elle-même et pour elle-même, contraire au droit supérieur. Si elle a été supprimée, c'est que, de l'avis de l'expert et du Grand Conseil, elle conférerait à la partie restante de l'IN 129, et particulièrement à l'interdiction générale de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés, une portée absolue qui, elle, n'était pas conforme au principe de la proportionnalité. C'est bien la preuve que l'ablation effectuée sous couvert d'invalidation partielle a pour but et pour effet de modifier sur un point essentiel le sens même de l'IN 129, ce qui est contraire aux principes dégagés par la jurisprudence en la matière.

35. On devine aisément quelles seraient les conséquences, sur le droit d'initiative, si le Tribunal fédéral devait valider la décision du Grand Conseil du 22 juin 2006 en rejetant le présent recours: 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. Les initiatives populaires seraient ainsi à la merci des autorités, le principe de l'inaltérabilité de celles-ci aura vécu et la fonction d'opposition que remplit cet instrument de démocratie directe sera sérieusement compromise. La sanction de l'invalidité des initiatives populaires

<sup>26</sup> Ibid. 31 et 48.

<sup>27</sup> Ibid. 5.

<sup>28</sup> Ibid. 5 et 26.

<sup>29</sup> Ibid. 26.

manifestement contraires au droit, explicitement prévue par l'art. 66 al. 3 Cst/GE, ne trouvera plus guère de cas d'application, car elle se trouvera contournée par le recours abusif au principe de l'interprétation conforme à la constitution et à l'adage « *in dubio pro populo* ».

36. En résumé, la décision attaquée viole le droit d'initiative parce que les mots supprimés du texte de l'IN 129 ne sont pas en eux-mêmes contraires au droit supérieur et parce que cette suppression modifie le sens de l'IN 129 sur un point essentiel, qui ne correspond pas à la volonté des initiants et des signataires. En d'autres termes, elle ne remplit pas les conditions d'une invalidation partielle.

## **B L'IN 129 n'est pas conforme au droit supérieur**

37. Les initiatives populaires cantonales doivent être conformes au droit supérieur, soit au droit international liant la Confédération et à l'ensemble droit fédéral, qu'il soit de niveau constitutionnel, législatif ou réglementaire<sup>30</sup>. Si l'exigence de conformité découle impérativement de la Constitution fédérale (art. 5 al. 4 et 49 al. 1 Cst.), la sanction de sa violation relève du droit cantonal<sup>31</sup>.

38. L'art. 66 al. 3 Cst/GE atténue doublement l'exigence de la conformité. Pour être déclarée nulle en tant que telle, l'initiative doit poser un problème de conformité avec le droit supérieur dans l'ensemble de ses dispositions ou, à tout le moins, dans celles qui lui sont centrales ; au surplus, sa non-conformité au droit doit être manifeste. C'est dire que qu'une initiative dont la conformité au droit est simplement incertaine ou douteuse doit être soumise au vote du peuple<sup>32</sup>.

39. En ce qui concerne l'interprétation des initiatives populaires, la jurisprudence pose quelques règles. Tout d'abord, sauf pour trancher la question de l'invalidité partielle (supra no 17/18), ce n'est pas l'intention des auteurs de l'initiative qui est déterminante, mais seulement le texte de celle-ci. Ensuite, l'autorité doit appliquer le principe de l'interprétation conforme à la constitution. Elle ne peut donc déclarer invalide une initiative que si elle ne parvient pas à lui trouver un sens qui la met en harmonie avec la constitution<sup>33</sup>. Enfin, le principe de l'inviolabilité du droit de vote exige que les autorités interprètent l'initiative dans le sens qui s'avère le plus favorable aux initiants: *in dubio pro populo*<sup>34</sup>.

40. Le principe de l'interprétation conforme à la constitution trouve cependant une limite dans le sens que revêt l'initiative populaire, tel qu'il résulte notamment de sa lettre, de sa finalité ou de son contexte<sup>35</sup>. L'interprétation conforme à la constitution ne permet ni au parlement cantonal ni au Tribunal fédéral de modifier le sens d'une initiative, du moins lorsque ce dernier résulte, comme c'est le cas en l'espèce, de son texte clair et non équivoque<sup>36</sup>.

<sup>30</sup> ATF 129 I 392, 395 A ; voir généralement AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. I, L'Etat 2<sup>e</sup> éd. Berne 2006 no 833-835

<sup>31</sup> ATF 128 I 190, 193 Michel Rossetti.

<sup>32</sup> ANDREAS AUER, Problèmes et perspectives du droit d'initiative à Genève, Genève 1987 no 94/95.

<sup>33</sup> ATF 129 I 392, 395 A. ; 125 I 227, 232 G.

<sup>34</sup> ATF 128 Ia 190, 197 Michel Rossetti ; 125 I 227, 231 G. ; 118 Ia 195, 204 Canton de Berne.

<sup>35</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 31) 839.

<sup>36</sup> ATF 112 I a 382, 386 Fédération des associations de quartiers et d'habitants ; 111 Ia 23, 25 Hôtel Astoria SA.

41. Dans un arrêt genevois du 16 décembre 1986, le Tribunal fédéral avait à interpréter une disposition contenue dans une initiative populaire, qui chargeait l'Etat de « *prendre des mesures pour lutter contre la spéculation foncière et immobilière, les hausses de loyer, en gelant notamment de cas en cas le prix des terrains* ». Constatant que ce texte était dépourvu d'ambiguïté, il a refusé de l'interpréter restrictivement comme ne s'appliquant que dans des hypothèses restreintes. A l'argument selon lequel il appartiendrait à l'Etat d'interpréter et d'appliquer cette mesure de façon conforme à la constitution, il a répondu que le texte même de l'initiative ne fournissait pas les éléments nécessaires à une telle interprétation, de sorte qu'elle était exclue<sup>37</sup>. Le parallèle avec l'IN 129 est manifeste : comme l'initiative pour le droit au logement de 1982, dont le Tribunal fédéral a confirmé l'annulation (refusant notamment de l'amputer de la disposition précitée, parce que cela aurait contredit la volonté des initiants), celle contre la fumée passive de 2005 pose une règle générale au champ d'application très vaste dont rien, dans le texte même, ne permet de restreindre la portée.

42. Dans un arrêt bien plus récent, le Tribunal fédéral a rappelé qu'il ne pouvait pas, « *sous peine de violer le principe de la séparation des pouvoirs, s'écarter d'une interprétation qui correspond à l'évidence à la volonté du législateur, en se fondant, le cas échéant, sur des considérations relevant du droit désirable (de lege ferenda); autrement dit, le juge ne saurait se substituer au législateur par le biais d'une interprétation extensive (ou restrictive) des dispositions légales en cause* »<sup>38</sup>. *Quod non licet Jovi, non licet bovi* – ce que le Tribunal fédéral se refuse de faire lui-même par le biais d'une interprétation conforme à la constitution, le Grand Conseil ne peut le revendiquer.

43. Même amendée par le Grand Conseil, l'IN 129 ne remplit pas l'exigence de la conformité au droit supérieur. D'une part, sur plusieurs points, elle ne respecte pas la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons (a). D'autre part, elle comporte une atteinte à plusieurs droits fondamentaux dont la portée et les limites ne sont pas déterminées avec un degré suffisant de précision par ses dispositions et qui est disproportionnée (b).

#### a) Une violation de la répartition des compétences

44. Fondée sur l'art. 110 al. 1 let. a Cst., la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr)<sup>39</sup> prescrit que, « *pour protéger la santé des travailleurs, l'employeur est tenu de prendre toutes les mesures dont l'expérience a démontré la nécessité, que l'état de la technique permet d'appliquer et qui sont adaptées aux conditions d'exploitation de l'entreprise* » (al. 1) et que l'employeur « *doit aménager ses installations et régler la marche du travail de manière à préserver autant que possible les travailleurs des dangers menaçant leur santé* » (al. 2). Ces prescriptions relatives à la protection de la santé des travailleurs s'appliquent notamment à l'administration fédérale, ainsi qu'aux administrations cantonales et communales (art. 3a let. a LTr), aux travailleurs qui exercent une fonction dirigeante élevée, une activité artistique indépendante ou une activité scientifique (art. 3a let. b LTr) et aux enseignants des écoles privées, de même qu'aux enseignants, assistants sociaux, éducateurs et surveillants occupés dans des établissements (art. 3a let. c LTr).

<sup>37</sup> ATF 112 Ia 382, 386/87 Fédération des associations de quartier et d'habitants.

<sup>38</sup> ATF 130 II 65, 72 Services des contributions du canton du Jura.

<sup>39</sup> RS 822.11.

45. Se fondant sur l'art. 6 LTr, le Conseil fédéral a édicté l'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail, du 18 août 1993 (OLT 3)<sup>40</sup>. Intitulé « protection des travailleurs non fumeurs », l'art. 19 OLT 3 dispose ainsi que « l'employeur doit veiller, dans le cadre des possibilités de l'exploitation, à ce que les travailleurs non-fumeurs ne soient pas incommodés par la fumée d'autres personnes ».

46. Le Tribunal fédéral admet qu'en adoptant ces dispositions, la Confédération a fait un usage exhaustif de ses compétences en la matière: les cantons ne sont donc plus autorisés à adopter des mesures visant spécifiquement la protection des travailleurs<sup>41</sup>.

47. L'IN 129 vise, selon ses termes clairs, à protéger la population contre la fumée passive. Sous cet angle, elle peut sans doute s'appuyer sur la compétence générale des cantons en matière de santé publique. La portée large et radicale qu'elle confère à l'interdiction de fumer dans les lieux publics a cependant pour conséquences que, dans certains cas qu'elle vise explicitement, elle tend clairement à protéger les travailleurs, et non le public en général.

48. En effet, dans chacun des cas énumérés par l'alinéa 3, qui précisent la notion de « lieux publics intérieurs ou fermés », se trouvent des lieux déterminés où l'interdiction du fumer ne peut se justifier que dans la perspective de la protection du personnel. Il en est ainsi, notamment, des bureaux individuels dans les administrations cantonales et communales (let. a), des magasins et des centres commerciaux (let. b), des restaurants, débits de boissons et autres lieux d'hébergement (let. c) et des taxis (let. d). Le professeur MARTENET admet lui-même que l'IN 129 pose ici « un réel problème juridique »<sup>42</sup>, tout en considérant que le risque de voir le Tribunal fédéral « resserrer le champ d'application de l'interdiction de fumer (...) vaut la peine d'être couru »<sup>43</sup>.

49. S'il est vrai que les mesures cantonales relatives à la fermeture des magasins ne peuvent plus, depuis l'entrée en vigueur de la LTr, contenir des prescriptions qui ont pour but de protéger les travailleurs, parce que cette réglementation est du ressort de la Confédération (supra no 46), on ne voit pas pourquoi les cantons pourraient adopter, dans le domaine de la lutte contre la fumée passive, des règles ayant le même but. La limitation des compétences cantonales qui résulte de la législation fédérale sur le travail ne saurait varier selon l'objet spécifique des réglementations cantonales qui sont en cause.

50. La nécessité de redéfinir les compétences cantonales en matière de protection contre la fumée passive est d'autant plus actuelle que le rapport le Conseil fédéral envisage de réviser la LTr « afin d'élargir la protection de la santé à tous les rapports de travail privés et publics sans exceptions » et de « changer de paradigme par l'introduction du principe général de l'interdiction de fumer sur le lieu de travail en dehors des espaces réservés aux fumeurs »<sup>44</sup>. Même si les travaux législatifs en vue de consacrer ces changements radicaux n'ont pas encore été entrepris, il est important de rappeler d'emblée aux cantons qu'en droit positif déjà, la protection des travailleurs ne peut pas leur servir de motif pour interdire la fumée dans les lieux publics.

<sup>40</sup> RS 822.113.

<sup>41</sup> ATF 130 I 279, 284 Gewerbeverband Basel-Stadt ; SJ 1997 421, 426/27.

<sup>42</sup> MARTENET (note 3) 8.

<sup>43</sup> Ibid. 41, voir également 38.

<sup>44</sup> Rapport du Conseil fédéral sur la protection contre le tabagisme passif, du 10 mars 2006, FF 2006 3547, 3550, 3566, 3568.

51. Force est de constater que le Grand Conseil n'a point pris en considération cette problématique, tout en validant des dispositions de l'IN 129 qui empiètent clairement sur les compétences de la Confédération.

b) Une violation des droits fondamentaux

52. Si le Grand Conseil a amendé l'IN 129, c'est qu'il considérait, l'instar de la commission législative (supra no 6), que, telle qu'elle avait été déposée, celle-ci n'était pas conforme au droit supérieur et particulièrement au principe de la proportionnalité. Il est vrai que ce principe ne s'applique pas seulement lorsque l'Etat se met à restreindre les droits fondamentaux (art. 36 al. 3 Cst), mais s'impose à toute activité de l'Etat, de quelque nature qu'elle soit (art. 5 al. 2 Cst.). Il n'en reste pas moins que l'interdiction générale de fumer postulée par l'IN 129 constitue une atteinte aux droits fondamentaux (ba) et que c'est dans la perspective de cette atteinte que l'absence de toute précision concernant ses limites fait violence au principe de la légalité (bb) et que son caractère excessif et radical se heurte à l'impératif constitutionnel de proportionnalité (bc).

ba) / *Une atteinte*

53. Une interdiction générale de fumer dans les lieux publics constitue en premier lieu une restriction à la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.). Certes, le Tribunal fédéral, qui n'a pas eu l'occasion encore de se déterminer sur cette question, ne cesse d'affirmer que cette liberté ne représente pas une liberté d'action générale et ne protège pas contre tout inconvénient physique ou psychique<sup>45</sup>. Mais il admet que la liberté personnelle « constitue une garantie fondamentale pour la protection de la personnalité et qu'elle continue d'englober toutes les libertés qui constituent des manifestations élémentaires du développement de la personnalité et qui rendent possible un minimum de possibilités personnelles de développement »<sup>46</sup>. Dans un arrêt récent, il a jugé que tout ce qui faisait partie du « développement constitutionnel de la personnalité » (*verfassungsrechtliche Persönlichkeitsentfaltung*) était compris dans la liberté personnelle, y compris le fait de s'agglutiner dans une gare en consommant de l'alcool<sup>47</sup>.

54. Il est de bon ton, aujourd'hui que la fumée est bannie et conspuée par tous les bien-pensants de la société et de l'Etat, d'affirmer que le fait de fumer ne peut être considéré comme étant compris dans la liberté personnelle, car il s'agirait d'une dépendance, d'une affection, sinon d'une maladie qui, n'étant pas librement choisies, ne pourraient se prévaloir d'une quelconque protection constitutionnelle<sup>48</sup>. Ou alors l'on se contente d'affirmer péremptoirement que « le fait de fumer partout et en tout temps ne fait certainement pas partie des éléments essentiels du développement personnel »<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> ATF 132 I 49, 56 A. ; 130 I 369, 373 G.

<sup>46</sup> « Die persönliche Freiheit im Sinne von Art. 10 Abs. 2 BV stellt daher eine Grundgarantie zum Schutze der Persönlichkeit dar. Sie umfasst weiterhin auch all jene Freiheiten, die elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung darstellen und ein Mindestmass an persönlicher Entfaltungsmöglichkeit erlauben ». ; ATF 127 I 6, 12 P ; 128 II 259, 268 Z.

<sup>47</sup> ATF 132 I 49, 56 A.

<sup>48</sup> DORIS VATERLAUS, Analyse et commentaire sur la constitutionnalité de l'initiative « Fumée passive et santé », manuscrit non daté publié sur le site [www.prevention.ch](http://www.prevention.ch).

<sup>49</sup> FF 2006 3547, 3565/66.

55. Les non-fumeurs sont sans doute convaincus que le fait de ne jamais avoir fumé, ou d'avoir arrêté de fumer il y a six ans ou trois jours, est un aspect essentiel du développement de leur personnalité. « *Je n'ai jamais fumé de ma vie* », « *je n'ai pas touché à une cigarette depuis quatre mois* » - voilà des proclamations qui font la fierté de leurs auteurs et qui récoltent une reconnaissance sociale immédiate. Si le lien entre l'abstentionnisme en matière de tabac, inné ou acquis, et la liberté personnelle est ainsi établi, il doit en aller de même du lien entre l'activisme en la matière et cette même liberté. La consommation de tabac fait partie de l'image que nous avons de nous-mêmes et que les autres ont de nous. « *Je ne fume qu'après le repas* », « *j'ai fumé depuis l'âge de 14 ans* », « *il fume beaucoup trop* » - voici des commentaires qui ciment, positivement ou négativement, un aspect de la personnalité. Fumer est une habitude individuelle qui comporte une composante sociale évidente. Elle est ainsi suffisamment reliée à la personnalité pour que l'on doive admettre qu'elle tombe sous la protection de la liberté personnelle.

56. Le problème n'est donc pas que fumer soit mauvais pour la santé et engendre une dépendance. La question n'est pas non plus de savoir si la Constitution protège le fait de fumer en tout temps et partout, pas plus qu'il ne s'agit de déterminer quelle catégorie de personnes sera affectée le plus lourdement par une interdiction générale de fumer, par exemple les détenus, les malades et les mourants<sup>50</sup>. La question est tout simplement de reconnaître que fumer ou ne pas fumer constitue une manifestation du développement de la personnalité qui est suffisamment élémentaire pour être protégée par l'art. 10 al. 2 Cst. Interdire la fumée dans les lieux publics revient donc à restreindre la liberté personnelle des fumeurs. Chacun d'ailleurs le sent ainsi, qu'il fume ou ne fume pas, qu'il accepte l'interdiction ou qu'il s'y oppose.

57. Au même titre et pour les mêmes raisons, l'interdiction de fumer équivaut en principe à une atteinte au droit à la protection de la vie privée (art. 13 al. 1 Cst. et 8 CEDH). Mais il serait sans doute concevable, et peut-être même souhaitable, que la jurisprudence considère cette atteinte comme étant comprise dans celle de la liberté personnelle. Car si le Tribunal fédéral en vient à reconnaître que la décision de fumer ou de ne pas fumer, et le fait de se comporter en fonction de cette décision en privé aussi bien qu'en public, constituent un attribut essentiel de la personnalité protégé par la liberté personnelle, il importe peu que l'interdiction de fumer porte atteinte, au surplus, à la vie privée. D'autant moins que les comportements qui sont observés en public ou en présence de tiers n'entrent dans le champ de protection de la sphère privée que pour autant qu'ils apparaissent comme des « *manifestations élémentaires de la personne humaine* »<sup>51</sup>.

58. Quant à la liberté économique (art. 27 Cst.), elle n'est en principe qu'indirectement affectée par une interdiction de fumer dans les restaurants, les bars et les hôtels, dans la mesure où la production économique, soit la restauration, le débit de boissons et l'hébergement, peut s'exercer librement, malgré cette interdiction<sup>52</sup>.

59. Les opérateurs peuvent en revanche se plaindre d'une atteinte directe à leur liberté économique s'il s'avère ou s'il est prévisible que l'interdiction de fumer dans les établissements concernés se traduira par une baisse sensible de leur chiffre d'affaires, donc de leur bénéfice. Une telle influence ne peut être établie de façon purement abstraite, c'est-à-dire

<sup>50</sup> MARTENET (note 3) 12.

<sup>51</sup> STEPHAN BREITENMOSE/RAINER J. SCHWEIZER, in *St-Galler Kommentar*, Zurich 2002, Art. 13 no 14.

<sup>52</sup> AUER (note 1) no 65-69.

sur le plan des seuls principes. Si, par exemple, un grand hôtel cinq étoiles comporte traditionnellement une clientèle importante provenant de certains pays dont les ressortissants sont connus pour s'adonner à la fumée, l'interdiction de fumer affecte directement son propriétaire ou son gérant sans sa liberté économique, quelle que soit son influence sur le chiffre d'affaires. Car le libre exercice de la profession de restaurateur, protégé par l'art. 27 Cst., implique le droit de choisir librement les moyens de production et les conditions de travail<sup>53</sup>, de même que les clients. Les Hôtels Mandarin, Président et autres Beau-Rivage pourront difficilement convaincre leurs clients privilégiés provenant de Riad, de Bahreïn, de Moscou ou de Shanghai d'aller fumer sur le quai du Mont-Blanc.

60. La mesure d'interdiction préconisée par l'initiative constitue enfin une atteinte directe à la liberté économique pour celui qui voudrait ouvrir et exploiter un fumoir, un bar à cigares, un local pour fumeurs de pipes ou autres narghileh, ou celle qui désirerait offrir une possibilité d'hébergement à des clients fumeurs<sup>54</sup>. Ces activités économiques seraient en effet d'emblée proscrites.

61. L'IN 129 comporte ainsi indéniablement une restriction à la liberté personnelle et à la liberté économique.

bb) *Une atteinte qui manque de précision normative*

62. Le Grand Conseil a invalidé partiellement l'IN 129, considérant – comme d'ailleurs les deux experts<sup>55</sup>, la commission législative<sup>56</sup> et le Conseil d'Etat<sup>57</sup> – qu'elle n'était pas conforme au droit supérieur en raison de l'absence, voulue par les auteurs, de toute exception à l'interdiction de fumer dans les lieux publics, absence qui se heurte aux libertés. C'est pour ce motif qu'il en a amendé le texte, substituant la formule « *Par lieux publics dont les locaux intérieurs ou fermés sont concernés, il faut entendre :* », qui ouvre l'alinéa 3, par les mots « *Sont concernés :* ».

63. Cela signifierait, selon les explications fort subtiles fournies par le professeur MARTENET, que tous les locaux, bâtiments et établissements visés à l'alinéa 3 sont « *concernés* » par l'interdiction de fumer, mais seulement « *dans la mesure où* » ils constituent des lieux publics, de sorte que, comme par miracle, les lieux à caractère privatif se trouvant dans ces locaux, bâtiments et établissements – les cellules de prisons, les chambres individuelles dans les hôpitaux, les chambres d'hôtels, notamment – échapperaient à l'interdiction<sup>58</sup>.

<sup>53</sup> ATF 130 II 425 X.SA.

<sup>54</sup> Dans le même sens MARTENET (note 3) 45/46.

<sup>55</sup> « *La violation des règles de la nécessité et de la proportionnalité au sens restreint résulte directement de la disposition centrale de l'initiative, à savoir l'interdiction générale de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés* », AUER (note 1) no 140 ; « *En somme, l'alinéa 3 de l'art. 178B Cst. GE est trop large (overinclusive) par rapport au but – légitime – visé* », MARTENET (note 3) 25 ; « *Deux lettres (a et c) de l'art. 178B al. 3 Cst. GE sont, dans des hypothèses très précises, incompatibles avec les droits fondamentaux* », MARTENET, note de synthèse 2/3.

<sup>56</sup> Supra no 6

<sup>57</sup> « *L'IN 129, en particulier par l'al. 3 de l'art. 178B tel que proposé, a une portée trop large* », Rapport du Conseil d'Etat (note 2) 42.

<sup>58</sup> MARTENET (note 3) 25, 26 ; les italiques sont de cet expert.

64. Pareil artifice, aussi ingénieux qu'il puisse paraître, constitue non seulement une violation grave du droit d'initiative (supra no 13-36), mais ne remplit pas les conditions de précision et de détermination que le Tribunal fédéral<sup>59</sup>, et la Cour de Strasbourg<sup>60</sup>, exigent d'une norme restrictive de libertés pour que son application puisse être prévisible<sup>61</sup>. Puisque le Grand Conseil a décidé que l'IN 129 n'était conforme aux droits fondamentaux que si elle stipulait un certain nombre d'exceptions, cette jurisprudence exige que ces exceptions figurent, du moins dans leur principe, dans le texte.

65. Force est en effet de constater que les conséquences de la substitution de formules sur la portée et les limites de l'interdiction générale de fumer dans les lieux publics ne ressortent point du texte de l'IN 129 ainsi remanié. L'article constitutionnel proposé ne mentionne pas explicitement la notion – centrale selon cette approche – de « lieux à caractère privatif », pas plus qu'il n'en énumère certains exemples. Il n'indique pas non plus dans quels locaux, bâtiments ou établissements de tels lieux privatifs peuvent se trouver. On n'y trouve pas même la formule « dans la mesure où », chère au professeur MARTENET. Et surtout, l'IN 129 ne fait état d'aucune exception à l'interdiction générale de fumer, qui constitue son cœur même. Toute la construction, savante mais artificielle, repose donc sur les travaux préparatoires que les électeurs et le législateur devraient consulter au moment de voter, respectivement de concrétiser l'IN 129, comme l'admet ouvertement l'expert<sup>62</sup>.

66. Il est vrai que l'IN 129 devra être mise en œuvre par le législateur, de sorte que l'on pourrait être tenté de penser que les exigences de précision et de détermination, pour ce qui est des limites de l'interdiction générale de fumer, pourraient aisément être satisfaites par la loi/formelle, ce qui suffirait au regard de l'art. 36 al. 1 Cst. Il n'en est rien.

67. En premier lieu, l'IN 129 ne comporte pas le moindre renvoi formel au législateur. Il n'est dit nulle part, par exemple, que « la loi prévoit les exceptions à l'interdiction de fumer » ou que « la loi définit les lieux à caractère privatif qui ne sont pas concernés par l'interdiction de fumer », ni même que « la loi règle l'exécution du présent article ». Déduire des simples travaux du Grand Conseil une compétence aussi essentielle pour le respect des libertés – car, sans les exceptions, l'initiative n'est pas conforme aux libertés – ne satisfait pas aux canons les plus élémentaires de la légalité. Ainsi, le texte de l'IN 129, comme celui de l'initiative pour le droit au logement de 1982 (supra no 41), « ne fournit pas les éléments nécessaires à une telle interprétation et application conformes »<sup>63</sup>.

68. Ensuite, si l'on admettait que le renvoi est implicite, et que le Grand Conseil genevois est habilité à, voire tenu de préciser le sens de la substitution précitée de formules, il bénéficierait ainsi d'un blanc-seing qui est comparable à celui que la jurisprudence condamne sans équivoque dans le domaine voisin de la délégation législative<sup>64</sup>. Si le législateur était libre d'apporter à l'IN 129 les exceptions qui lui semblent opportunes, le sens véritable de celle-ci, et l'intensité des atteintes aux libertés qu'elle comporte, dépendraient de la seule volonté de la majorité parlementaire, ce qui se heurte à la nature nécessairement constitutionnelle des conditions de la délégation législative.

<sup>59</sup> ATF 131 I 13, 29 Swisscom Fixnet AG ; 129 I 327, 340 Botta.

<sup>60</sup> ACEDH Maestri du 17 février 2004 § 30 ; Rotaru du 4 mai 2000 § 60 ; 200

<sup>61</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. II, Les droits fondamentaux, 2<sup>e</sup> éd. Berne 2006 no 189-200.

<sup>62</sup> MARTENET (note 3) 26, synthèse 5.

<sup>63</sup> ATF 112 Ia 382, 387 Fédération des associations de quartiers et d'habitants.

<sup>64</sup> ATF 128 I 113, 122 Verein des Bündner Staatspersonals ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 31) 1556-1560.

69. Selon le professeur MARTENET, « les travaux relatifs au traitement de l'initiative 129 (...) contribueraient à déterminer – suite à son invalidation partielle – le sens de l'art. 178B Cst/GE, lequel lie le législateur ordinaire et les autres autorités genevoises. Concrètement, le Grand Conseil et ces dernières devraient s'y tenir et se contenter d'entériner la solution résultant de l'interprétation de cet article suite à son invalidation partielle. Seule une révision de la Constitution genevoise permettrait de s'écarter de cette solution »<sup>65</sup>. Drôle de façon, pour un professeur de droit public, de s'ériger en constituant.

70. De quoi, en effet, sont faits « les travaux relatifs au traitement » de l'IN 129 auxquels il se réfère ? Il ne pourra s'agir ni de l'avis de droit rédigé par le professeur AUER, ni de l'opinion des députés formant la minorité de la commission et du plénum. Il y aura donc des avis isolés de certains députés majoritaires, le rapport du Conseil d'Etat, le rapport de la majorité de la commission et – l'avis de droit du professeur MARTENET. L'histoire récente du Grand Conseil genevois indique que ce dernier ne se laissera probablement pas confiner à un rôle de simple scribe. Il prendra donc ses libertés, retenant certaines exceptions mentionnées par l'expert, rejetant d'autres, y ajoutant peut-être même de nouvelles. Nul ne le sait. Ce que l'on sait, en revanche, c'est que, face à un texte aussi flou et muet, la marge de manœuvre du Grand Conseil sera considérable. Cela, encore une fois, n'est pas admissible en une matière qui touche de si près aux libertés.

71. Il faut donc exiger que le texte même de la disposition constitutionnelle consacrant une interdiction générale de fumer dans les lieux publics contienne au moins les lignes fondamentales des exceptions à cette interdiction. Cette réglementation peut, mais ne doit pas nécessairement être exhaustive. Le constituant peut laisser au législateur une certaine marge d'appréciation, pourvu que la portée et les limites en soient définies de façon suffisamment précise.

72. Tel n'étant pas le cas en l'espèce, l'IN 129, malgré sa nature constitutionnelle, n'est pas conforme à l'exigence de précision et de détermination que l'art. 36 al. 1 Cst. érige en condition formelle d'une restriction aux libertés.

### bc) Une atteinte disproportionnée

73. Le principal problème que pose l'IN 129 est bien le respect du principe constitutionnel de la proportionnalité. Sur ce point, les avis exprimés par les professeurs AUER<sup>66</sup> et MARTENET<sup>67</sup>, par le Conseil d'Etat<sup>68</sup>, par la commission législative<sup>69</sup> et par le Grand Conseil<sup>70</sup> se rejoignent complètement.

<sup>65</sup> MARTENET (note 3) synthèse 5.

<sup>66</sup> « La violation des règles de la nécessité et de la proportionnalité au sens restreint résulte directement de la disposition centrale de l'initiative, à savoir l'interdiction générale de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés », AUER (note 1) no 140.

<sup>67</sup> MARTENET (note 3) 25, 32, 33, 36, 37, 40 et 47.

<sup>68</sup> « L'IN 129, en particulier par l'al. 3 de l'art. 178B tel que proposé, a une portée trop large », Rapport du Conseil d'Etat (note 2) 42.

<sup>69</sup> IN 129-B 14.

<sup>70</sup> Mêmes les députés de la majorité admettaient ouvertement que l'IN 129 n'était pas conforme au principe de la proportionnalité, voir par exemple l'intervention de Mme LOLY BOLAY : « Mesdames et Messieurs les députés, l'initiative 129 vise à protéger les non-fumeurs de la fumée passive. Mais, c'est vrai, elle est trop restrictive, car elle ne prévoit pas d'exceptions ». Mémorial (note 5) 20.

74. La question est de savoir si la correction formelle et matérielle apportée par le Grand Conseil à l'IN 129 est à même de désamorcer le grief de la violation du principe de la proportionnalité. Il n'en est rien.

75. En premier lieu, comme il a été démontré (supra no 65), la substitution de formules n'indique pas, avec le minimum de clarté qu'exige le principe de la légalité, dans quelles situations précises et dans quels lieux déterminés l'interdiction de fumer ne trouvera pas application. Prise pour elle-même et à sa lettre, l'IN 129, même amendée, ne comporte pas la moindre référence explicite à des exceptions. A tel point que, d'ailleurs, le professeur MARTENET conteste que l'artifice qu'il a proposé avec succès apporte une exception à l'interdiction de fumer<sup>71</sup>. Si tel est le cas, l'IN 129 souffre précisément de ce défaut majeur que la doctrine et la jurisprudence reprochent généralement aux actes normatifs qui prévoient une obligation ou une interdiction générale, sans les assortir de la moindre exception<sup>72</sup>.

76. Il suffit d'ailleurs d'imaginer que le Grand Conseil, appelé à mettre en œuvre l'IN 129, ne parvienne pas à s'entendre sur la définition des « lieux à caractère privatif situés dans les bâtiments publics », ou se limite, comme l'a suggéré le Conseil d'Etat, à exclure de l'interdiction générale de fumer les lieux de détention et de soins, ou encore finisse par renoncer à prévoir toute exception. Dans cette hypothèse, nullement académique, la violation du principe de la proportionnalité ne résiderait pas dans la loi d'application, certes insuffisante, mais résulterait directement de la disposition constitutionnelle votée, donc de l'IN 129. Or, selon la jurisprudence, lorsqu'elle aura été acceptée par le peuple, celle-ci ne peut pas faire l'objet d'un recours, par voie d'action ou d'exception, devant le Tribunal fédéral pour non-conformité avec le droit supérieur tel qu'il était en vigueur au moment de l'octroi de la garantie fédérale<sup>73</sup>. Ce n'est donc qu'à l'occasion du présent recours, formé pour violation des droits politiques, que le Tribunal fédéral peut et doit vérifier la conformité de l'IN 129 avec le principe de la proportionnalité, sans prendre en considération d'incertaines atténuations résultant de la législation future d'application.

77. Le cœur du problème réside dans l'affirmation, figurant dans l'exposé des motifs de l'IN 129, selon laquelle « la seule façon valable de supprimer la pollution de l'air ambiant par la fumée de tabac est de traiter le problème à la source, en interdisant de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés ». La phrase traduit bien le côté radical et extrémiste, sinon intégriste de l'initiative. Rien, aucune alternative, aucun atténuation, aucune exception ne se justifie à l'interdiction générale de fumer, partout où c'est public, partout où il y a du public. La ventilation n'offre qu'une protection illusoire<sup>74</sup>, l'existence d'emplacements fumeurs délimités mais non fermés prête à confusion et n'est pas acceptable sur le plan sanitaire de la protection des non-fumeurs<sup>75</sup>, le cloisonnement des espaces fumeurs rendrait l'air irrespirable pour les fumeurs eux-mêmes (sic !)<sup>76</sup>, exiger l'installation de fumeurs serait même, pour l'Etat, schizophrénique (resic !)<sup>77</sup>, etc. On a de la peine à imaginer un exemple plus clair, plus manifeste, d'une violation flagrante du principe de la nécessité. Pour les initiés, « traiter le problème à la source » ne signifie rien d'autre, comme dit le proverbe, que de « tirer sur des

<sup>71</sup> MARTENET (note 3) 32, 33/34, 37, 48.

<sup>72</sup> ATF 125 I 335, I ; 113 Ia 126 Giovanna Armengol ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 62) no 235.

<sup>73</sup> ATF 131 I 126, 134 Olivier Feller ; 121 I 138, 146 Willy Rohner.

<sup>74</sup> Exposé des motifs IN 129.

<sup>75</sup> MARTENET (note 3) 21, citant un rapport français.

<sup>76</sup> Ibid. 22

<sup>77</sup> Ibid. 28.

*moineaux avec un canon* », ce qui constitue l'illustration la plus parfaite d'une violation du principe de la proportionnalité<sup>78</sup>.

78. Même interprétée dans le sens le plus conforme aux libertés en cause, l'IN 129 amendée par le Grand Conseil viole grossièrement le principe de la proportionnalité au sens restreint, en ce qu'elle signifie qu'il ne sera tout simplement plus possible d'exploiter des bars à cigares, à pipe ou à narghilés. N'étant manifestement pas des « *lieux privés* » que la savante manipulation du texte est censée sauver de l'interdiction, ces endroits, dont la popularité va croissant, devront tout simplement être fermés le jour où l'IN 129 entrera en vigueur. L'expert le reconnaît d'ailleurs et recommande aux tenanciers ... de ne pas trop investir dans ce domaine, parce que la question serait finalement politique!<sup>79</sup>. Or, les problèmes de constitutionnalité ne se laissent pas éliminer par une simple référence aux inévitables implications politiques des choix qu'il appartient au constituant cantonal d'effectuer. Car ce choix, le Tribunal fédéral l'a maintes fois rappelé<sup>80</sup>, ne doit pas aller à l'encontre de la Constitution.

79. En résumé, les situations concrètes dans lesquelles les particuliers sont amenés à faire usage de leurs libertés, en rapport avec leur habitude ou envie de fumer, sont trop diverses pour que l'Etat puisse se satisfaire d'une interdiction générale et absolue de fumer dans tous les lieux publics intérieurs ou fermés. Que cette interdiction radicale soit dans l'air du temps et qu'elle soit portée, sinon provoquée par la vague montante du « *politiquement correct* » ne la rend pas plus conforme à la Constitution. Il faut bien plutôt admettre que la persistance et le renforcement continu de cette pression sociétale, qui menace toutes les libertés, doivent amener l'Etat à veiller d'autant plus scrupuleusement à ce que, lorsqu'il édicte des normes restrictives allant dans le même sens, ces libertés soient scrupuleusement respectées<sup>81</sup>.

80. En examinant si une restriction apportée par l'Etat à une liberté est apte, nécessaire et appropriée, selon les trois composantes classiques du principe de la proportionnalité, le juge constitutionnel ne peut pas, ne peut plus en effet faire abstraction de la pression sociétale, négative ou positive, qui enveloppe le comportement proscrit. Le droit ne peut se montrer indifférent aux actions et réactions de la société civile. Si, par hypothèse, la fumée était aujourd'hui encore aussi répandue et, dans l'ensemble, aussi bien vue comme elle l'était il y a une quarantaine d'années, la nécessité d'une intervention de l'Etat pour lutter contre la fumée active et passive pourrait difficilement être contestée. En revanche, dans la mesure où la fumée active et passive fait l'objet de normes restrictives de nature sociétale qui ont d'ores et déjà produit des effets indéniables sur le comportement des principaux acteurs impliqués, et qui ont sans doute tendance à se renforcer encore, le juge devrait en tenir compte et soumettre une intervention supplémentaire de l'Etat à des exigences de nécessité plus strictes, dans l'intérêt d'une protection optimale des libertés.

81. En l'espèce, il appert effectivement qu'une interdiction générale de fumer dans les lieux publics n'est pas nécessaire. Bon nombre d'administrations, d'établissements et de services divers ont d'ores et déjà édicté de pareilles interdictions : écoles, hôpitaux, universités, transports publics, départements, services divers, entreprises, et de nombreux restaurants sont désormais sans fumée. Même là où la fumée n'est pas formellement proscrite, elle est sérieusement contenue, sinon bannie, soit par un réflexe d'intériorisation observé par

<sup>78</sup> PIERRE MOOR, *Droit administratif*, vol. I Les fondements généraux, 2<sup>e</sup> éd. Berne 1994 416.

<sup>79</sup> MARTENET (note 3) 45/46.

<sup>80</sup> ATF 129 I 232 SVP.

<sup>81</sup> AUER (note 1) no 102-105.

les fumeurs, soit par les foudres de la désapprobation sociétale qui frappe ces derniers. Combien de personnes doivent se réfugier sur leur balcon ou dans la rue pour « en tirer une » ? Dès qu'une petite fumée monte dans l'air, on ouvre les fenêtres, allume des bougies, hausse les épaules ou fronce les sourcils. Souvent même, un regard perçant suffit. L'interdiction générale prononcée par l'Etat ne produira donc guère d'effets supplémentaires. Autrement dit, du point de vue social et sociétal, elle ne sert à rien, ou presque. Mais en droit, elle change tout, car elle seule limite l'exercice des libertés. En annulant des mesures étatiques excessives, comme celle que pose l'IN 129, le juge n'atténue point la pression sociétale qui s'exerce contre la fumée et contre les fumeurs. Mais il sauve les libertés, dans la mesure où elles peuvent encore, dans ce contexte difficile, être sauvées.

### C Une violation de l'exigence de la clarté des propositions soumises au peuple

82. La jurisprudence du Tribunal fédéral portant sur la liberté de vote a dégagé le principe selon lequel les propositions qui sont soumises au vote des électeurs doivent être rédigées et présentées de façon suffisamment claire<sup>82</sup>. Développé principalement dans le cadre des arrêts portant sur l'exigence de l'unité de la matière pour les initiatives populaires, le principe doit valoir de façon générale pour toutes les initiatives, populaires ou provenant des autorités, ainsi que pour les contreprojets qui sont soumis au peuple. L'idée de base est celle d'éviter qu'en raison d'un manque de clarté et de cohérence des textes sur lesquels ils sont appelés à se prononcer, les électeurs soient exposés au danger de commettre une erreur de compréhension ou d'appréciation sur des points essentiels, de sorte qu'ils ne sont pas en mesure de s'exprimer de façon correcte et conforme à leur volonté. Ainsi, la liberté de vote (art. 34 al. 2 Cst.) commande que les propositions soumises à l'appréciation des électeurs soient formulées avec un minimum de clarté, de sorte que ceux-ci soient à même d'en comprendre le sens et la portée. Comme le dit le Tribunal fédéral, « *Der Text einer Initiative muss genügend bestimmt sein. Es muss hinreichend klar sein, worauf die Initiative gerichtet ist, so dass eine Volksabstimmung durchgeführt werden kann, ohne dass sich die Stimmberechtigten der Gefahr eines Irrtums über wesentliche Punkte ausgesetzt sehen* »<sup>83</sup>.

83. Ainsi, dans l'arrêt ASLOCA du 26 mai 2004, qui portait sur l'une de ces initiatives particulièrement longues et complexes dont le canton de Genève semble avoir le secret, le Tribunal fédéral a rappelé que les textes d'une telle envergure "ne doivent pas s'écarter d'un fil conducteur aisément reconnaissable et présenter entre eux une véritable cohésion". C'est notamment parce que cette condition n'était pas remplie et que l'initiative en question comportait « un foisonnement de propositions » qu'il a jugé que le principe de l'unité de la matière était violé<sup>84</sup>. Dans l'arrêt Charles Beer déjà, du 12 mars 1997, il avait pris soin de noter que l'exigence de la clarté des initiatives populaires non formulées était indépendante de celle de l'unité de la matière<sup>85</sup>. En 2003, le Tribunal fédéral a précisé que l'exigence de la clarté des initiatives valait pour celles qui sont rédigées autant que pour celles qui sont présentées sous la forme d'un projet conçu en termes généraux<sup>86</sup>. En 2004, il a estimé qu'une disposition constitutionnelle votée par les électeurs vaudois manquait de clarté, de sorte que le

<sup>82</sup> ATF 130 I 185, 199 ASLOCA ; 129 I 392, 395 A.; 123 I 63, 73 Charles Beer ; 111 Ia 115, 119 Verein Basler Heimatschutz ; voir déjà ZBl. 1951 22.

<sup>83</sup> ATF 129 I 392, 395 A.

<sup>84</sup> ATF 130 I 185, 199, 200 ASLOCA.

<sup>85</sup> ATF 123 I 73, 83 Charles Beer.

<sup>86</sup> ATF 129 I 392, 395 A.

Conseil d'Etat ne pouvait pas l'appliquer directement, sans qu'une loi ait apporté les précisions nécessaires<sup>87</sup>.

84. On peut d'ailleurs déduire la même exigence du principe constitutionnel de la légalité, qui prescrit non seulement que l'activité étatique soit fondée sur la loi (art. 5 al. 1 Cst.), mais aussi que celle-ci revête une certaine « densité normative », c'est-à-dire qu'elle présente des garanties suffisantes de clarté, de précision et de transparence, dans l'intérêt de la sécurité du droit<sup>88</sup>. La Cour de Strasbourg exprime la même idée en requérant que la loi réponde à l'exigence de prévisibilité, signifiant qu'elle soit *"formulée avec suffisamment de précision pour permettre aux personnes concernées de prévoir, à un degré raisonnable, les conséquences pouvant en résulter"*<sup>89</sup>.

85. L'IN 129 amendée par le Grand Conseil ne remplit pas cette condition essentielle. A sa lecture, même attentive, le citoyen ne peut pas se rendre compte de la portée précise de l'interdiction générale de fumer qu'elle comporte. C'est bien d'ailleurs ce qu'expliquait le Conseiller d'Etat PIERRE-FRANÇOIS UNGER devant le Grand Conseil : *« 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 »*<sup>90</sup>.

86. La seule façon correcte de comprendre l'IN 129 est, la prenant à la lettre, de la considérer comme étant absolue, non assortie de la moindre exception. Or, telle n'est pas l'idée que s'en fait la majorité du Grand Conseil. Mais les explications qui pourraient à ce sujet être fournies aux électeurs par les autorités ne sont guère plus que des vœux pieux, tant il est vrai qu'elles devront renvoyer aux travaux législatifs futurs dont l'issue est tout sauf certaine. En d'autres termes, le citoyen est appelé à se prononcer sur la base de simples pronostics, relativement aléatoires, sur la façon dont le Grand Conseil mettra en œuvre l'initiative, pour autant qu'elle soit acceptée par le peuple. S'agissant d'un point essentiel, dont découle rien de moins que la constitutionnalité de l'IN 129, un pareil flou ne peut pas ne pas fausser la libre expression de la volonté populaire.

87. Qu'on en juge. Celui qui, comme les auteurs de l'IN 129, est en faveur d'une interdiction générale de fumer dans les lieux publics, sans exception aucune, votera oui, en s'appuyant sur le texte clair de l'initiative, ainsi que sur l'exposé des motifs. Celui qui, comme la majorité du Grand Conseil, estime au contraire que certaines exceptions doivent être prévues, afin de tenir compte des besoins et des intérêts de certaines catégories de fumeurs, sera amené à voter également oui, se basant sur les explications des autorités. Le manque de clarté évident de l'IN 129 conduit ainsi à réunir artificiellement, par un même vote positif, deux groupes d'électeurs dont la conviction intime est pourtant sensiblement opposée. Car la différence entre ces deux points de vue n'est pas qu'une question de détail, dans la mesure où seul le second est conforme aux exigences découlant de la Constitution.

<sup>87</sup> ATF 131 I 126 Feller.

<sup>88</sup> ATF 131 II 13, 29 Swisscom Fixnet AG ; 129I 327, 340 Botta ; 123 I 112, 125 Rolf Himmelberger .

<sup>89</sup> ACEDH Maestri du 17 février 2004 § 30 ; Goodwin du 27 mars 1997, Rec. 1996-V § 29.

<sup>90</sup> Mémorial (note 5) 24.

88. La confusion qui naîtra d'un vote pareillement manipulé risque fort d'ailleurs de se traduire par toute une série de recours qui pourront être formés contre la loi d'application votée par le Grand Conseil. Que dira le Tribunal fédéral au recourant, faisant partie du premier groupe, qui estime que les larges exceptions à l'interdiction générale de fumer, apportées le cas échéant par le parlement, vont à l'encontre de la lettre claire de l'IN 129 et de l'intention des initiants ou des signataires ? Et que dira-t-il au recourant qui estime que ces exceptions ne vont pas assez loin, restant en deçà de ce que les explications fournies aux électeurs ont vainement promis ? Comme il ne pourra plus se prononcer sur le texte même de l'IN 129 (supra no 76), il n'aura guère d'autre alternative que de confirmer, dans les deux cas, le choix opéré par la majorité des députés. C'est dire que le droit s'effacerait, même à Mon Repos, derrière le politique.

89. Il y a plus. Face à ces deux groupes d'électeurs, dont les votes, émis pour des motifs différents, vont se renforcer, les adversaires de l'IN 129 sont objectivement et subjectivement désavantagés. En effet, seuls les citoyens qui sont opposés par principe à toute intervention étatique dans le domaine de la consommation de tabac sur les lieux publics, seront amenés à voter non. En d'autres termes, le procédé douteux retenu par le Grand Conseil favorise indûment les partisans d'une interdiction de fumer, au détriment de ceux qui y sont opposés. Pareille manipulation est indigne des droits populaires, qui exigent que les partisans et les adversaires d'une proposition soumise au peuple jouissent à peu près des mêmes chances de faire triompher leur point de vue, selon les règles élémentaires du principe de la majorité<sup>91</sup>. Tel n'est pas le cas en l'espèce.

90. En conclusion, seule l'annulation de l'ensemble de l'IN 129 est à même de parer à l'incertitude affectant le texte et le sens de la proposition qui est soumise aux électeurs et de sauvegarder la liberté de vote. Le Conseil d'Etat pourra ainsi proposer, et le Grand Conseil adopter, en toute sérénité, un article constitutionnel clairement rédigé interdisant la fumée dans les lieux publics, avec les exceptions qui s'imposent, sur lequel les électeurs pourront se prononcer en connaissance de cause et en toute liberté. L'admission du recours ne restreint donc pas, elle sauvegarde les droits populaires.

\* \* \*

Par ces motifs, les recourants persistent dans les conclusions prises en début de ce recours et vous prient de croire, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les Juges fédéraux, à l'assurance de leurs sentiments respectueux.

Exct Charles PONCET

Philippe A. GRUMBACH, avt

<sup>91</sup> Comp. ATF 129 I 185 201 X. ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 31) no 870.