

MESSAGE N° 19 15 mai 2007
du Conseil d'Etat au Grand Conseil
accompagnant le projet de décret concernant
la validation de l'initiative institutionnelle
«Fumée passive et santé»

Conformément à l'article 117 al. 1 de la loi du 6 avril 2001 sur l'exercice des droits politiques (LEDP), nous avons l'honneur de vous soumettre un projet de décret concernant la validation de l'initiative constitutionnelle intitulée «Fumée passive et santé».

Déposée le 25 août 2006 par le Comité d'initiative «Fumée passive et santé», cette initiative entièrement rédigée (art. 125 LEDP) tend à la révision partielle de la Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004. Son aboutissement a été constaté dans la *Feuille officielle* du 23 février 2007. Le résultat du dénombrement des signatures et le texte de l'initiative sont transmis au Grand Conseil sous la forme du présent message (art. 116 al. 1 LEDP; cf. ch. 1 et 2 ci-dessous).

Dans le cadre de la présente procédure, le Grand Conseil est invité à statuer sur la validité de cette initiative.

1. ABOUTISSEMENT DE L'INITIATIVE

Selon l'article 116 al. 1 LEDP, lorsque l'initiative a abouti, le Conseil d'Etat transmet au Grand Conseil, en session ordinaire, le résultat du dénombrement des signatures et le texte de l'initiative.

L'initiative constitutionnelle «Fumée passive et santé», dont le texte figure sous chiffre 2 ci-dessous, est venue à chef au terme de la procédure applicable en matière d'initiative constitutionnelle, à savoir:

- dépôt de la demande d'initiative à la Chancellerie d'Etat le 25 août 2006 (art. 112 LEDP);
- publication par la Chancellerie d'Etat de la demande d'initiative dans la *Feuille officielle* (FO) N° 37 du 15 septembre 2006, fixant le délai d'apposition des signatures à l'appui de l'initiative du 16 septembre 2006 au 14 décembre 2006 (art. 115 LEDP);
- dépôt des listes de signatures à la Chancellerie d'Etat le 13 décembre 2006 (art. 107 LEDP);
- procédure de contrôle et de dénombrement des signatures conformément aux articles 108, 109 et 110 LEDP;
- décision de la Chancellerie d'Etat arrêtant le nombre de signatures valables à 13 358, publiée dans la FO N° 8 du 23 février 2007 (art. 111 LEDP).

2. CONTENU DE L'INITIATIVE

L'initiative constitutionnelle propose en substance la protection de toutes et tous contre l'exposition à la fumée du tabac par l'ajout d'une disposition qui poserait l'interdiction de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés, tout particulièrement dans ceux qui sont soumis à une autorisation d'exploitation.

Le texte proposé est destiné à s'insérer à la suite de l'actuel article 68 de la Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004 (santé). Il a le contenu suivant:

Art. 68a b) Fumée passive

¹ *L'Etat et les communes prennent 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 clairement établi, sur des bases scientifiques, qu'elle entraîne la maladie, l'incapacité et la mort.*

² *En particulier, 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 *Sont notamment concernés:*

- 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 qui sont affectés à des activités médicales, hospitalières, parahospitalières, 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 boisson 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.*

3. VALIDITÉ DE L'INITIATIVE

3.1 Unité de la matière

3.1.1 Critères matériels

Le texte proposé correspond à l'exigence d'unité de la matière posée à l'article 123 al. 2 LEDP. Les divers éléments de l'article constitutionnel proposé concernent, en effet, manifestement, un même objet.

3.1.2 Critères formels

Il est douteux que l'on puisse considérer que, dans son entier, la disposition proposée soit réellement de rang constitutionnel. Il s'agit en particulier de la liste proposée à l'alinéa 3 qui entre dans des détails en lieu et place de s'en tenir à la formulation du principe.

On peut en outre relever que l'on ne peut tirer aucune conséquence juridique de la dernière partie de l'article 68a al. 1 du texte proposé: «*dont il est clairement établi, sur des bases scientifiques, qu'elle entraîne la maladie, l'incapacité et la mort*».

Il ressort cependant du Message du Conseil d'Etat du 26 avril 2000 accompagnant le projet de loi sur l'exercice des droits politiques (cf. en particulier le commentaire relatif au projet d'article 123; ci-après: Message), qu'il convient d'apprécier les critères formels avec une certaine souplesse. Ainsi, de l'avis du Conseil d'Etat, des informalités relatives à ce seul critère ne devraient pas permettre, à elles seules, de remettre en question la validité de l'initiative.

3.2 Conformité au droit supérieur

L'interdiction de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés est, dans son principe, compatible avec le droit supérieur.

Il convient cependant de relever que, en raison de sa très grande précision, et en fonction de l'interprétation qui pourrait en être donnée, l'alinéa 3 de l'article 68a pourrait se révéler incompatible avec des droits fondamentaux tels que la liberté personnelle ou la protection de la sphère privée et du domicile. En effet, une interprétation trop large de cet alinéa pourrait empêcher l'aménagement, par la loi, de certaines exceptions au principe de l'interdiction. Or, pour éviter un caractère disproportionné, de telles exceptions devraient être prévues lorsque l'interdiction vise des lieux de séjour à caractère privatif très marqué sans que la protection de la population et du personnel ne justifie une interdiction. Il pourrait s'agir de chambres dans des lieux de soin et de séjour dépendant de l'Etat, de cellules dans des lieux de détention (prisons), de chambres dans les hôpitaux psychiatriques en milieu fermé, ou plus simplement encore de chambres d'hôtel. Le Conseil d'Etat est en particulier d'avis que la notion de «bâtiments ou locaux *ouverts au public*» prévue à l'article 68a al. 3 let. a proposé par l'initiative ne permettrait pas d'exclure les lieux de séjour à caractère privatif très marqué situés précisément à l'intérieur de tels bâtiments ou locaux.

Pour respecter le droit supérieur, l'alinéa 3 devrait ainsi, dans sa globalité, être interprété de la manière suivante: «Tous les bâtiments, locaux, établissements ou transports énumérés à l'article 68a al. 3 Cst. FR sont effectivement *concernés* par l'interdiction de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés. L'interdiction ne les concerne que *dans la mesure* où ils constituent des lieux publics. Elle ne les concerne ainsi, en d'autres termes, que pour leurs parties qui doivent être considérées comme des lieux publics»¹.

4. PROCÉDURE ULTÉRIEURE

Lorsque, comme en l'espèce, le Grand Conseil statue sur la validité de l'initiative, il rend sous la forme d'un décret une décision sujette à recours par devant le Tribunal fédéral.

En l'espèce, le Grand Conseil devra ensuite faire le choix de se rallier ou de ne pas se rallier à l'initiative en application de l'article 125 LEDP. Ce choix du Grand Conseil est destiné à produire des effets externes et revêt une dimension politique. Il peut éventuellement l'amener à proposer un contre-projet. Dans ces circonstances, il devra être saisi par le Conseil d'Etat d'un projet de décret (art. 88 LGC) qui devra être discuté.

La question de savoir s'il serait possible de lier la présente procédure, portant sur la validité de l'initiative avec celle, ultérieure, relative au ralliement a été tranchée par la négative. Il n'est pas possible de lier ces deux procédures pour les raisons suivantes:

1. d'une part le législateur de 2001 semble, à l'instar de l'ancienne loi sur les droits politiques, avoir voulu clairement séparer les deux procédures, et
2. d'autre part une telle option pourrait engendrer des difficultés précisément en raison du fait que le présent décret sur validation peut faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral dans les 30 jours, contrairement à la décision du Grand Conseil sur le ralliement ou le non ralliement, qui provoque un scrutin populaire. Dans le cas où les deux décisions seraient rendues sur la base d'un même décret du Grand Conseil, on pourrait donc simultanément devoir faire face à un recours au Tribunal fédéral et organiser un scrutin populaire.

Le Conseil d'Etat relève que le risque mentionné ci-dessus n'est pas anecdotique. En effet, la décision de validation d'une initiative de teneur sensiblement identique, déposée dans le canton de Genève, a fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral. Le Tribunal fédéral a jugé, en date du 28 mars 2007, que cette initiative était conforme à la Constitution et confirmé la décision de validation.

5. CONCLUSION

Le Conseil d'Etat est d'avis que les quelques éléments relevés sous le chiffre 3 ci-dessus ne remettent pas en question la validité de l'initiative. Ils feront peut-être l'objet d'une proposition de correction dans le cadre de la procédure ultérieure, au cas où le Grand Conseil ne se rallierait pas à l'initiative, mais élaborerait un contre-projet (art. 125 al. 3 LEDP).

L'initiative «Fumée passive et santé» respectant le principe de l'unité de la matière et pouvant être interprétée de manière conforme au droit supérieur, sa validation peut être prononcée.

Conformément aux indications formulées sous chiffre 4 ci-dessus, il appartiendra au Conseil d'Etat, puis au Grand Conseil, de statuer, suite à l'entrée en force du présent décret, sur leur ralliement ou non à l'initiative, conformément à l'article 125 LEDP.

Nous vous invitons à adopter le projet de décret ci-joint.

BOTSCHAFT Nr. 19 des Staatsrats an den Grossen Rat zum Dekretsentswurf über die Gültigkeit der Verfassungsinitiative «Passivrauchen und Gesundheit»

15. Mai 2007

Gemäss Artikel 117 Abs. 1 des Gesetzes vom 6. April 2001 über die Ausübung der politischen Rechte (PRG) unterbreiten wir Ihnen einen Dekretsentswurf über die Gültigkeit der Verfassungsinitiative «Passivrauchen und Gesundheit».

Mit dieser Initiative in Form eines ausformulierten Entwurfs (Art. 125 PRG), die am 25. August 2006 vom Initiativkomitee «Passivrauchen und Gesundheit» eingereicht wurde, wird eine Teilrevision der Verfassung des Kantons Freiburg vom 16. Mai 2004 verlangt. Das Zustandekommen wurde im *Amtsblatt* vom 23. Februar 2007 festgestellt. Das Ergebnis der Auszählung der Unterschriften und der Text der Initiative werden dem Grossen Rat in

¹ Cf. pour une situation similaire (initiative «fumée passive et santé» déposée dans le canton de Genève), l'avis de droit du 7 avril 2006 de M. Vincent Martenet, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, portant sur la conformité au droit supérieur de cette initiative, et dont s'inspire le présent commentaire.

Form dieser Botschaft unterbreitet (Art. 116 Abs. 1 PRG; vgl. Ziff. 1 und 2).

Im Rahmen dieses Verfahrens wird der Grosse Rat eingeladen, über die Gültigkeit dieser Initiative zu entscheiden.

1. ZUSTANDEKOMMEN DER INITIATIVE

Gemäss Artikel 116 Abs. 1 PRG übermittelt der Staatsrat das Auszählungsergebnis und den Initiativtext dem Grossen Rat in der ordentlichen Session, wenn die Initiative zustande gekommen ist.

Die Verfassungsinitiative «Passivrauchen und Gesundheit», deren Text unter Ziffer 2 weiter unten wiedergegeben wird, ist nach dem geltenden Verfahren für die Verfassungsinitiative zustande gekommen:

- Einreichung des Initiativbegehrens bei der Staatskanzlei am 25. August 2006 (Art. 112 PRG);
- Veröffentlichung des Initiativbegehrens durch die Staatskanzlei im Amtsblatt (ABl) Nr. 37 vom 15. September 2006; der Beginn der Frist für die Unterschriftensammlung zur Unterstützung der Initiative wurde auf den 16. September 2006 und das Ende auf den 14. Dezember 2006 festgesetzt (Art. 115 PRG).
- Einreichung der Unterschriftenbogen bei der Staatskanzlei am 13. Dezember 2006 (Art. 107 PRG);
- Kontroll- und Auszählungsverfahren für die Unterschriften gemäss den Artikeln 108, 109 und 110 PRG;
- Entscheid der Staatskanzlei, dass die Zahl der gültigen Unterschriften 13 358 beträgt; er wurde im ABl Nr. 8 vom 23. Februar 2007 veröffentlicht (Art. 111 PRG).

2. INHALT DER INITIATIVE

Mit der Verfassungsinitiative wird im Wesentlichen beantragt, dass alle Personen vor dem Passivrauchen geschützt werden; dazu soll der Verfassung eine Bestimmung hinzugefügt werden, mit der das Rauchen in allen geschlossenen öffentlichen Räumen, namentlich in denen, für die es eine Betriebsbewilligung braucht, verboten würde.

Die beantragte Bestimmung soll nach dem gegenwärtigen Artikel 68 der Verfassung des Kantons Freiburg vom 16. Mai 2004 (Gesundheit) eingefügt werden. Sie hätte folgenden Wortlaut:

Art. 68a *b) Passivrauchen*

¹ *Der Staat leitet die notwendigen Schritte ein, um die Bevölkerung gegen die durch Tabakrauch verursachten Beeinträchtigungen der Hygiene und der Gesundheit zu schützen, da wissenschaftlich erwiesen ist, dass Passivrauchen Krankheiten, Arbeitsunfähigkeiten sowie den Tod zur Folge hat.*

² *Insbesondere ist es verboten, in geschlossenen öffentlichen Räumen zu rauchen, besonders in solchen Räumlichkeiten, für die eine Betriebsbewilligung erforderlich ist.*

³ *Davon sind insbesondere betroffen:*

- a) alle öffentlichen Gebäude und Räumlichkeiten, die dem Staat, den Gemeinden oder anderen öffentlichen Institutionen unterstehen;*
- b) alle der Öffentlichkeit zugänglichen Gebäude und Räumlichkeiten, insbesondere jene für medizinische und Spitalzwecke, für kulturelle, Erholungs- und sportliche Zwecke sowie für Ausbildungs-, Freizeit-, Begegnungs- und Ausstellungszwecke;*
- c) alle öffentlichen Einrichtungen im Sinne der Gesetzgebung über die Gaststätten, den Vertrieb von Getränken und Übernachtungen;*
- d) alle öffentlichen Verkehrsbetriebe und alle anderen gewerblichen Personentransporte;*
- e) alle anderen Orte, die der Öffentlichkeit gemäss Gesetz zugänglich sind.*

3. GÜLTIGKEIT DER INITIATIVE

3.1 Einheit der Materie

3.1.1 Materiell

Der beantragte Text beachtet die Einheit der Materie gemäss Artikel 123 Abs. 2 PRG. Die verschiedenen Bestandteile des beantragten Verfassungsartikels betreffen offensichtlich denselben Gegenstand.

3.1.2 Formal

Es sind gewisse Zweifel angebracht, ob die beantragte Bestimmung als Ganzes wirklich Verfassungsrang hat. Dabei geht es insbesondere um die Aufzählung im Absatz 3, die in die Details geht, anstatt sich auf die Formulierung eines Grundsatzes zu beschränken.

Man kann ausserdem darauf hinweisen, dass man aus dem letzten Teil von Artikel 68a Abs. 1 des beantragten Textes keinerlei Rechtsfolgen ableiten kann: «*da wissenschaftlich erwiesen ist, dass Passivrauchen Krankheiten, Arbeitsunfähigkeiten sowie den Tod zur Folge hat*».

Aus der Botschaft des Staatsrats vom 28. April 2000 zum Gesetzesentwurf über die Ausübung der politischen Rechte (siehe insbesondere den Kommentar zu Artikel 123; die Botschaft) geht jedoch hervor, dass man die formalen Kriterien einigermaßen flexibel beurteilen muss. Deshalb sollten nach Meinung des Staatsrats die Mängel bei diesem einzigen Kriterium für sich allein die Gültigkeit der Initiative nicht in Frage stellen können.

3.2 Übereinstimmung mit dem höheren Recht

Das Verbot, in öffentlichen geschlossenen Räumen zu rauchen, ist grundsätzlich mit dem höheren Recht vereinbar.

Man muss jedoch darauf hinweisen, dass der Artikel 68a Abs. 3 auf Grund seiner Detailaufzählung so ausgelegt werden könnte, dass er nicht mehr mit Grundrechten wie der persönlichen Freiheit und dem Schutz der Privatsphäre und der Wohnung vereinbar wäre. Eine zu weite Auslegung dieses Absatzes könnte gewissen gesetzlichen Ausnahmen vom grundsätzlichen Verbot im Wege stehen. Um zu verhindern, dass es zu Unverhältnismässigkeiten kommt, müssen Ausnahmen vorgesehen werden, wenn das Verbot Aufenthaltsräume mit ausgeprägtem privatem Charakter betrifft, in denen der Schutz der Bevölkerung und des Personals ein Verbot nicht zu rechtfertigen ver-

mag. Dabei kann man an Pflege- und Aufenthaltsorte, die dem Staat unterstehen, an Zellen in Haftanstalten (Gefängnissen), an Zimmer in psychiatrischen Spitälern oder ganz einfach an Hotelzimmer denken. Der Staatsrat ist insbesondere der Meinung, dass der Begriff «*der Öffentlichkeit zugängliche Gebäude und Räumlichkeiten*» in Artikel 68a Abs. 3 Bst. a, der mit der Initiative beantragt wird, nicht zuliesse, dass die Aufenthaltsräume mit ausgeprägtem privatem Charakter im Innern von solchen Gebäuden und Räumlichkeiten ausgenommen würden.

Damit das höhere Recht beachtet wird, müsste man den ganzen Absatz 3 wie folgt auslegen: «Das Rauchverbot in geschlossenen öffentlichen Räumen *gilt* tatsächlich für alle Gebäude, Räumlichkeiten, Anstalten und Verkehrsmittel, die in Artikel 68a Abs. 3 KV FR aufgezählt werden. Das Rauchverbot gilt aber nur *so weit*, als es sich dabei um öffentliche Räume handelt. Es gilt mit anderen Worten nur für den Teil, der als öffentlicher Raum betrachtet werden muss»¹.

4. WEITERES VERFAHREN

Wenn der Grosse Rat wie in diesem Fall über die Gültigkeit der Initiative entscheidet, erlässt er eine Verfügung in Form eines Dekrets, die mit Beschwerde beim Bundesgericht angefochten werden kann.

Der Grosse Rat muss dann entscheiden, ob er gemäss Art. 125 PRG die Initiative unterstützen will oder nicht. Diese Wahl des Grossen Rates soll Wirkungen nach aussen erzielen und hat eine politische Dimension. Er kann sich allenfalls veranlasst sehen, einen Gegenentwurf zu beantragen. Unter diesen Umständen müsste ihm der Staatsrat einen Dekretsentwurf vorlegen (Art. 88 GRG), der diskutiert werden muss.

Die Frage, ob es möglich wäre, dieses Verfahren, bei dem es um die Gültigkeit geht, mit dem weiteren Verfahren über die Unterstützung zu verbinden, wurde verneint. Aus folgenden Gründen ist es nicht möglich, die beiden Verfahren zu verbinden:

1. einerseits wollte der Gesetzgeber 2001 die beiden Verfahren wie im alten Gesetz über die bürgerlichen Rechte trennen und

2. andererseits könnte diese Möglichkeit zu Schwierigkeiten führen, weil gegen das Dekret über die Gültigkeit innert 30 Tagen beim Bundesgericht Beschwerde eingelegt werden kann, während der Entscheid des Grossen Rates über die Unterstützung eine Volksabstimmung nach sich zieht. Würde der Grosse Rat beide Entscheide in einem einzigen Dekret fällen, so könnte es sein, dass man gleichzeitig einer Beschwerde beim Bundesgericht gegenüber steht und eine Volksabstimmung organisieren muss.

Der Staatsrat weist darauf hin, dass diese Gefahr wirklich besteht. Gegen den Entscheid über die Gültigkeit einer Initiative mit dem ziemlich gleichen Inhalt, die im Kanton Genf eingereicht wurde, wurde beim Bundesgericht eine Beschwerde eingelegt. Das Bundesgericht urteilte am 28. März 2008, dass diese Initiative mit der Verfassung vereinbar sei, und bestätigte den Entscheid über die Gültigkeit.

5. ANTRAG

Der Staatsrat ist der Meinung, dass die Elemente, auf die er unter Ziffer 3 oben hingewiesen hat, die Gültigkeit der Initiative nicht in Frage zu stellen vermögen. Sie könnten vielleicht in einem späteren Verfahren angepasst werden, falls der Grosse Rat sich der Initiative nicht anschliesst und einen Gegenentwurf ausarbeitet (Art. 125 PRG).

Da die Initiative «Passivrauchen und Gesundheit» den Grundsatz der Einheit der Materie beachtet und so ausgelegt werden kann, dass sie mit höherem Recht vereinbar ist, kann sie für gültig erklärt werden.

Wie oben unter Ziffer 4 erwähnt wurde, müssen nach dem Inkrafttreten des Dekrets zuerst der Staatsrat und dann der Grosse Rat entscheiden, ob sie gemäss Artikel 125 PRG die Initiative unterstützen wollen.

Wir laden Sie ein, den beiliegenden Dekretsentwurf anzunehmen.

¹ Siehe für eine vergleichbare Situation (Initiative «Passivrauchen und Gesundheit», die im Kanton Genf eingereicht wurde) das Rechtsgutachten vom 7. April 2006 von Vincent Martenet, Professor an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Lausanne, über die Übereinstimmung dieser Initiative mit dem höheren Recht; dieser Kommentar ist von diesem Gutachten inspiriert.

Projet du 15.05.2007

Entwurf vom 15.05.2007

Décret

du

**concernant la validation de l'initiative constitutionnelle
«Fumée passive et santé»**

Le Grand Conseil du canton de Fribourg

Vu l'article 117 al. 1 de la loi du 6 avril 2001 sur l'exercice des droits politiques (LEDP);

Vu le message du Conseil d'Etat du 15 mai 2007;

Sur la proposition de cette autorité,

Décète:

Art. 1

La validité de l'initiative constitutionnelle «Fumée passive et santé», déposée le 25 août 2006, est constatée.

Art. 2

Le Grand Conseil adoptera un décret relatif au ralliement à cette initiative, ainsi qu'un éventuel contre-projet, dans le délai maximal d'un an dès la date d'adoption du présent décret.

Dekret

vom

**über die Gültigkeit der Verfassungsinitiative
«Passivrauchen und Gesundheit»**

Der Grosse Rat des Kantons Freiburg

gestützt auf Artikel 117 Abs. 1 des Gesetzes vom 6. April 2001 über die Ausübung der politischen Rechte (PRG);

nach Einsicht in die Botschaft des Staatsrates vom 15. Mai 2007;

auf Antrag dieser Behörde,

beschliesst:

Art. 1

Es wird festgestellt, dass die Verfassungsinitiative «Passivrauchen und Gesundheit», die am 25. August 2006 eingereicht wurde, gültig ist.

Art. 2

Der Grosse Rat erlässt spätestens ein Jahr nach dem Erlass dieses Dekrets ein Dekret über die Unterstützung dieser Initiative und einen allfälligen Gegenentwurf.