Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil
à l'appui
d'un projet de décret concernant la recevabilité matérielle de l'initiative législative populaire cantonale "Fumée passive et santé"

(Du 25 juin 2007)

Monsieur le président, Mesdames et Messieurs,

Au cours du mois de septembre 2006, un comité d'initiative a annoncé à la chancellerie d'Etat le lancement d'une initiative législative populaire cantonale intitulée "Fumée passive et santé, pour la protection de toutes et tous contre l'exposition à la fumée du tabac dans les lieux publics intérieurs ou fermés". Le texte en est le suivant:

Constatant:

Qu'il est clairement établi, sur des bases scientifiques, que les atteintes à l'hygiène et à la santé de la population résultant de l'exposition à la fumée du tabac, entraînent la maladie, l'incapacité et la mort.

Les citoyennes et les citoyens soussigné-e-s, exerçant leurs droits politiques dans le canton de Neuchâtel, demandent que l'Etat édicte des dispositions légales pour assurer la protection de toutes et tous contre l'exposition à la fumée du tabac dans les lieux publics intérieurs ou fermés selon les principes suivants:

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.

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 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 au sens de la législation sur les auberges et débits de boissons;

d) les transports publics et les autres transports professionnels de personnes;

e) les autres lieux ouverts au public tels que définis par la loi.

Le lancement de l'initiative a été publié dans la *Feuille officielle* du 22 septembre 2006 et les listes de signatures ou les certificats de leur dépôt auprès des Conseils communaux ont été déposés à la chancellerie d'Etat le 13 décembre 2006 (art. 99 et 105 LDP).

Par arrêté du 30 janvier 2007 publié dans la *Feuille officielle* du 2 février 2007, la chancellerie d'Etat a arrêté le nombre de signatures valables à 10.480, 1113 ayant été annulées (art. 107 LDP).

Cet arrêté n'a fait l'objet d'aucune contestation au sens de l'article 134, alinéa 1, LDP.

1. NOMBRE DE SIGNATURES

L'initiative législative populaire cantonale "Fumée passive et santé" a recueilli, dans le délai de six mois prévu à l'article 105 LDP, le nombre de signatures nécessaires fixé à 6000 par l'article 40 de la Constitution de la République et Canton de Neuchâtel (Cst. NE), du 24 septembre 2000.

2. TRAITEMENT DE L'INITIATIVE LÉGISLATIVE POPULAIRE CANTONALE: RAPPEL DE PROCÉDURE

L'initiative ayant recueilli le nombre prescrit de signatures valables, le Conseil d'Etat présente au Grand Conseil un rapport préliminaire l'invitant à se prononcer exclusivement sur la recevabilité matérielle de celle-ci dans les trois mois qui suivent la publication des résultats dans la *Feuille officielle* (art. 107, al. 3, LDP).

Si l'initiative est déclarée recevable par le Grand Conseil, le Conseil d'Etat la lui transmet accompagnée d'un rapport dans les deux ans qui suivent la publication des résultats dans la *Feuille officielle* (art. 107, al. 4, LDP).

Le Grand Conseil a alors douze mois pour se prononcer sur l'initiative (art. 110, al. 1, LDP). Si, comme celle qui fait l'objet du présent rapport, l'initiative est conçue en la forme d'une proposition générale, le Grand Conseil peut:

a) ou l'approuver et y donner suite en rédigeant un texte qu'il adopte dans une loi ou un décret;

b) ou la soumettre directement au vote du peuple accompagnée ou non d'une proposition de rejet et, le cas échéant, d'un contre-projet (art. 110, al. 2, LDP).

En cas d'acceptation par le peuple, le Grand Conseil rédige alors dans les deux ans un texte qu'il adopte dans une loi ou un décret (art. 110, al. 2, LDP).

Le présent rapport ne porte dès lors que sur la recevabilité matérielle de l'initiative, à l'exclusion de toute autre appréciation quant à son contenu.

3. RECEVABILITE MATERIELLE

Selon l'article 107, alinéa 3, LDP, il appartient au Grand Conseil de se prononcer sur la recevabilité matérielle de l'initiative en examinant:

– si elle respecte le principe de l'unité de la forme;

– si elle respecte le principe de l'unité de la matière (art. 40, al. 3, Cst. NE);

– si elle respecte le principe de l'unité de rang;

– si elle est conforme aux normes supérieures du droit fédéral, à celles des conventions internationales et intercantonales, ainsi qu'aux normes internes du droit cantonal, dont la hiérarchie ne saurait être bouleversée;
– si elle est matériellement exécutable;
– si elle n'est pas contraire au principe de la bonne foi.

3.1. Unité de la forme

L'initiative demande en substance que l'Etat édicte des dispositions légales pour interdire la fumée dans les lieux publics intérieurs ou fermés, particulièrement dans ceux qui sont soumis à une autorisation d'exploitation. Il s'agit d'une initiative législative revêtant la forme d'une proposition générale. Elle satisfait ainsi à la première condition de recevabilité prévue à l'article 98, alinéa 2, LDP.

3.2 Unité de la matière

L'initiative ne concerne qu'une seule matière, soit l'interdiction de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés. Son objectif est donc singulier. La seconde condition de recevabilité prévue à l'article 98, alinéa 2, LDP, est ainsi également remplie.

3.3. Unité de rang

L'initiative ne vise pas à la modification d'une règle constitutionnelle. Elle demande que l'Etat, par une loi, interdise de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés. Elle remplit donc la troisième condition de recevabilité qui est celle de l'unité de rang prévue à l'article 98, alinéa 1, LDP.

3.4. Conformité au droit supérieur

3.4.1. Contenu de l'initiative

L'initiative "Fumée passive et santé" propose l'interdiction pure et simple de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés. Elle prévoit donc une interdiction absolue de fumer dans ces lieux. Elle ne donne aucune compétence au Grand Conseil pour déterminer, par la loi, d'éventuelles exceptions au principe d'interdiction absolue de fumer dans les lieux qu'elle définit.

3.4.2. Constat de non-conformité de l'initiative au droit fédéral

L'initiative "Fumée passive et santé" est la copie conforme, mot à mot, de l'initiative constitutionnelle déposée dans le canton de Genève au mois d'octobre 2005. Cette initiative a fait l'objet d'un rapport du Conseil d'Etat du canton de Genève au Grand Conseil du même canton du 11 janvier 2006, coté sous référence IN 129-A (http://www.geneve.ch/grandconseil/data/texte/IN00129A.pdf).

Plutôt que de paraphraser cet excellent rapport, le Conseil d'Etat s'est autorisé à citer l'entier du contenu du chapitre traitant de la conformité de l'initiative au droit supérieur dans le présent rapport. Il s'agit du chapitre 2 que nous citons in extenso:

2. Recevabilité matérielle

2.1. Conformité au droit supérieur

2.1.1. Principes

A teneur de l'article 66, alinéa 3, de la Constitution genevoise (ci-après: 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 disposition de la Constitution cantonale codifie les principes généraux en matière de droits politiques, tels que dégagés par la jurisprudence du Tribunal fédéral, pour lequel les initiatives populaires cantonales ne doivent rien contenir de contraire au droit supérieur, qu'il soit international, fédéral ou intercantonal[4]. Cette règle découle notamment du principe de la primauté du droit fédéral prévue à l'article 49 Cst.

Toujours selon la jurisprudence, l'autorité appelée à statuer sur la validité matérielle d'une initiative doit en interpréter les termes dans le sens le plus favorable aux initiants. Lorsque, à l'aide des méthodes reconnues, le texte d'une initiative se prête à une interprétation la faisant apparaître comme conforme au droit supérieur, l'initiative doit être déclarée valable et être soumise au peuple. L'interprétation conforme doit permettre d'éviter autant que possible les déclarations d'invalidité[5].

De manière plus générale, pour juger de la validité matérielle d'une initiative, il convient d'interpréter son texte sur la base des principes d'interprétation reconnus. On doit se fonder au premier chef sur la teneur littérale de l'initiative, sans toutefois écarter complètement la volonté subjective des initiants. Une motivation éventuelle de la demande d'initiative, ainsi que des déclarations des initiants peuvent en effet être prises en considération. Parmi les diverses méthodes d'interprétation, on doit privilégier celle qui d'une part correspond le mieux au sens et au but de l'initiative et conduit à un résultat raisonnable, et d'autre part apparaît, dans le cadre de l'interprétation conforme, la plus compatible avec le droit supérieur fédéral et cantonal[6].

2.1.2. Compétences constitutionnelles et droit dérivé

2.1.2.1. En matière de santé

Dans le domaine de la santé, l'essentiel des compétences appartient aux cantons. En effet, la Confédération ne dispose que d'une compétence[7] sectorielle dans ce domaine. En effet, l'art. 118 Cst. ne lui permet de légiférer qu'en matière d'utilisation des denrées alimentaires ainsi que des agents thérapeutiques, des stupéfiants, des organismes, des produits chimiques et des objets qui peuvent présenter un danger pour la santé (art. 118 al. 2 lit. a Cst.), en matière de lutte contre les maladies transmissibles, les maladies très répandues et les maladies particulièrement dangereuses de l'être humain et des animaux (art. 118 al. 2 lit. b Cst.), et en matière de protection contre les rayons ionisants (art. 118 al. 2 lit. c Cst.)[8].

Bien que la législation sur les denrées alimentaires contienne des prescriptions sur le tabac[9], il est admis que l'art. 118 al. 2 lit. a Cst. ne constitue pas une base permettant à la Confédération de légiférer en matière de tabagisme passif[10], dans la mesure notamment où

---

[4] Pour des cas d'application récents, voir les ATF 130 I 134 (initiative cantonale appenzelloise «*pour 12 dimanches sans voitures*») et 1P.383/2004 du 23 décembre 2004 (initiative cantonale vaudoise «*pour une caisse vaudoise d'assurance maladie de base*»).

[5] ATF 128 I 190 cons. 4; 125 I 227 cons. 4a.

[6] ATF 129 I 392 cons. 2.2 (traduction libre).

[7] Concurrente non limitée aux principes.

[8] Concurrente non limitée aux principes.

[9] Voir not. l'art. 13 de la loi fédérale du 9 octobre 1992 sur les denrées alimentaires et les objets usuels (RS 817.0; LDAI), et l'Ordonnance sur les produits du tabac et les produits contenant des succédanés de tabac destinés à être fumés, du 27 octobre 2004 (RS 817.06; OTab).

[10] Tobias JAAG / Markus RÜSSLI, Rechtsgutachten zur Verfassungs-mässigkeit einer Gesetzgebung des Bundes zum Schutz vor Passivrauchen, avis du 26 avril 2005, 12; OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE (OFJ), avis de droit du 8 mai 2003, JAAC 68.81, point II.2.a.

la Constitution vise par cette disposition la protection des consommateurs, qui ne peuvent être ici que les fumeurs actifs[11].

En revanche, l'art. 118 al. 2 lit. b constitue une base constitutionnelle permettant à la Confédération de légiférer afin de lutter contre le tabagisme passif, dans la mesure où une telle lutte permettrait de diminuer des affections très répandues et potentiellement mortelles, telles que les maladies cardio-vasculaires et le cancer[12]. La Confédération n'a toutefois encore pris aucune mesure législative dans le domaine considéré sur la base de cette compétence spécifique. Un tel processus est toutefois en cours, deux objets parlementaires portant sur ce sujet étant actuellement en cours de traitement.

Tout d'abord, un postulat déposé par la Commission de l'économie et des redevances le 9 juillet 2002[13] a été adopté par le Conseil national le 25 septembre 2002, suite à la déclaration du Conseil fédéral du 11 septembre 2002 selon laquelle il était prêt à accepter le postulat. Ce dernier n'a cependant pas encore été concrétisé. Ensuite et surtout, une initiative parlementaire[14] a été déposée le 8 octobre 2004 par le conseiller national Felix Gutzwiller, initiative à laquelle les commissions compétentes des deux chambres fédérales ont décidé de donner suite[15].

Par ailleurs, la Confédération a signé, le 24 juin 2004, la Convention- Cadre pour la lutte antitabac, premier traité multilatéral à être adopté sous l'égide de l'Organisation mondiale de la santé (OMS). L'art. 8 («*Protection contre l'exposition à la fumée du tabac*») de la Convention-Cadre a la teneur suivante: «*Les Parties reconnaissent qu'il est clairement établi, sur des bases scientifiques, que l'exposition à la fumée du tabac entraîne la maladie, l'incapacité et la mort* (ch. 1); *Chaque Partie adopte et applique, dans le domaine relevant de la compétence de l'Etat en vertu de la législation nationale, et encourage activement, dans les domaines où une autre compétence s'exerce, l'adoption et l'application des mesures législatives, exécutives, administratives et/ou autres mesures efficaces prévoyant une protection contre l'exposition à la fumée du tabac dans les lieux de travail intérieurs, les transports publics, les lieux publics intérieurs et, le cas échéant, d'autres lieux publics* (ch. 2)». La Suisse n'a toutefois pas encore ratifié ce texte[16], si bien que celui-ci n'est pas entré dans l'ordre juridique interne national, et n'y a pas force obligatoire.

La Confédération n'ayant pas encore fait usage de sa compétence résultant de l'art. 118 Cst., le canton peut légiférer dans le domaine de la protection de la santé des fumeurs passifs en général sans violer la répartition des compétences opérée par la Cst. En effet, tant que la Confédération n'épuise pas l'une de ses compétences, les cantons restent compétents pour légiférer en la matière[17].

2.1.2.2. En matière de protection des travailleurs

Selon l'art. 110 al. 1 lit. a Cst., la Confédération peut légiférer sur la protection des travailleurs. La Confédération a utilisé cette compétence en édictant la loi fédérale du 13

---

[11] Par ailleurs, la possibilité de légiférer sur le tabagisme passif sur la base de l'art. 74 Cst. (protection de l'environnement) est controversée; dans les deux avis de droit précités, l'OFJ défend une interprétation plus restrictive de cet article que JAAG / RÜSSLI, qui acceptent l'idée d'une compétence sur cette base (malgré des réserves). Il apparaît toutefois que l'art. 118 Cst. fournit une base plus solide, notamment en ce qui concerne l'intérêt public de mesures restrictives, parce que l'atteinte à la santé provoquée par le tabac est plus grave et importante que l'atteinte à l'environnement (qui devrait du reste entraîner des restrictions d'usage de tous les types de fumées, et donc des mesures qui ne pourraient pas être axées uniquement sur la fumée du tabac et de ses succédanés).

[12] JAAG / RÜSSLI, *op. cit. (note 10)*, 13; OFJ, *op. cit. (note 10)*, II.2.b.

[13] «Protection des fumeurs passifs»; 02.3379.

[14] «Protection de la population et de l'économie contre le tabagisme passif»; 04.476.

[15] Commission de la sécurité sociale et de la santé du Conseil national, 28 avril 2005; du Conseil des Etats, 30 août 2005 (pour cette dernière commission, l'information sur la décision de donner suite à l'initiative parlementaire émane de sources privées, le site du parlement ne la relayant pas encore).

[16] Qui par ailleurs n'est, clairement, pas directement applicable, dès lors que le texte implique l'adoption de mesures législatives par les Etats parties.

[17] Ulrich HÄFELIN / Walther HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 6e éd., Zurich 2005, par. 1092; Andreas AUER / Giorgio MALINVERNI / Michel HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, Berne 1999, par. 980.

mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce[18] et ses ordonnances d'application.

La protection de la santé des travailleurs fait l'objet notamment de l'art. 6 LTr, dont l'al. 1 a la teneur suivante: «*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. Il doit en outre prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger l'intégrité personnelle des travailleurs*». Sur la base de cet article, le Conseil fédéral a adopté l'ordonnance 3 du 18 août 1993 relative à la loi sur le travail[19], qui est la seule à contenir une prescription relative à l'usage du tabac dans les entreprises. L'art. 19 OLT 3, intitulé «*Protection des travailleurs non-fumeurs»,* prescrit 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*». On constate d'une part que les travailleurs fumeurs (notion qui reste indéfinie) ne sont pas protégés contre un surcroît de substances tabagiques provenant de la fumée passive, et d'autre part qu'aucune mesure précise n'est imposée pour protéger les non-fumeurs, l'employeur devant trouver lui-même des solutions pour régler ce problème.

Dès lors, outre le fait que la Confédération ne puisse être considérée comme ayant légiféré exhaustivement et donc réellement épuisé sa compétence, il faut constater que les mesures préconisées par l'initiative vont dans le sens de la législation fédérale – qui vise la protection des travailleurs non-fumeurs – et la renforcent. Dans un arrêt encore récent rendu à propos de mesures restrictives visant la publicité en faveur des boissons alcooliques et du tabac, le Tribunal fédéral a admis que «*dans la mesure où l'art. 9 al. 2 LPR/GE se limite à réglementer l'emplacement sur la voie publique, ainsi que sur la propriété privée qui est visible depuis celle-ci, des procédés de réclame pour l'alcool et le tabac sans entraver les objectifs poursuivis par le droit fédéral, mais, au contraire, en renforçant la prévention dans la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, on ne saurait dire qu'elle viole le principe de la force dérogatoire du droit fédéral*»[20]. En l'état actuel[21], il ne peut dès lors y avoir conflit de règles entre l'IN 129 et l'art. 19 OLT3 dans un sens qui soit prohibé par la primauté du droit fédéral, telle que consacrée à l'art. 49 Cst.

2.1.2.3. En matière d'ordre intérieur des bâtiments publics

L'ordre intérieur des bâtiments publics se rattache à la gestion du patrimoine administratif de l'Etat, et relève de l'organisation interne des collectivités publiques. Il existe ainsi entre les cantons et la Confédération une compétence dite parallèle, chaque collectivité étant compétente pour administrer son propre patrimoine[22]. Le canton de Genève ne peut dès lors pas imposer de règlement intérieur aux immeubles appartenant à la Confédération[23].

Par ailleurs, la Confédération est compétente dans certains domaines lui donnant indirectement le pouvoir de régler l'ordre intérieur de certains bâtiments publics affectés à des tâches spécifiques. Ainsi le règlement intérieur des gares relève-t-il d'une compétence

---

[18] Loi sur le travail (RS 822.11; LTr).

[19] RS 822.113; OLT 3.

[20] ATF 128 I 295 cons. 3f.

[21] On peut en effet se demander, au cas où la Confédération complèterait l'OLT3 en édictant des mesures plus spécifiques (ou adopterait des règles sur la base de l'art. 118 Cst.), si la réglementation mise en place par l'IN 129 ne pourrait pas, le cas échéant, entraver les objectifs poursuivis par le droit fédéral. En effet, dans de nombreux domaines, l'adoption de règles de droit ne poursuit pas un objectif unique, mais procède d'un compromis entre des intérêts antagonistes (ici. typiquement, les droits des non-fumeurs et ceux des fumeurs) pouvant chacun être protégé juridiquement: une réglementation cantonale allant davantage dans un sens pourrait alors être considérée par le Tribunal fédéral comme empêchant la réalisation d'une partie des objectifs de la norme fédérale.

[22] Il n'existe pas de règle constitutionnelle écrite; voir néanmoins l'art. 62f de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.010; LOGA) selon lequel «la Confédération exerce son droit de domicile dans les bâtiments qui lui appartiennent». S'agissant des organisations internationales, les accords de siège prévoient l'extraterritorialité (et l'inviolabilité) des locaux, si bien que le droit suisse et/ou genevois ne trouve de toute façon pas à s'y appliquer.

[23] Certes relativement peu nombreux à Genève: on peut citer néanmoins la centrale de compensation AVS-AI de la Confédération.

fédérale[24] – par le biais des CFF, société anonyme de droit public dont la Confédération est actionnaire majoritaire –, tout comme celui des casernes et places d'armes militaires[25], des abris et autres lieux dépendant de la protection civile[26].

L'IN 129 demande qu'il soit interdit de fumer dans «*tous les bâtiments ou locaux publics dépendant de l'Etat et des communes ainsi que de toutes autres institutions de caractère public*» (art. 178B al. 3 lit. a projeté). Dans le cadre d'une interprétation conforme à la constitution, ce membre de phrase ne peut être considéré comme conforme à la répartition des compétences opérée par la constitution fédérale qu'à la condition d'exclure les bâtiments publics ne relevant pas de la compétence cantonale. Une telle limitation doit également valoir, vis-à-vis de l'art. 178B al. 3 lit. e Cst-GE projeté, pour les lignes ferroviaires gérées par les CFF[27].

2.1.3. Respect des droits fondamentaux

Les droits fondamentaux consacrés par la constitution fédérale et par les conventions internationales s'imposent à l'Etat de manière générale, ce dernier devant s'interroger sur leur respect même avant de prendre des mesures visant spécifiquement un particulier. Cela résulte de leur fonction dite objective, rappelée en Suisse à l'art. 35 al. 1 Cst.: «*les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique*».

Comme le prévoit l'art. 36 Cst., des mesures étatiques peuvent restreindre les droits fondamentaux à condition de reposer sur une base légale (au moins formelle si la restriction est grave), de poursuivre un intérêt public, de respecter la proportionnalité par rapport au but visé, et enfin de ne pas violer leur «*essence*». Avant d'examiner le respect de ces diverses conditions, il convient de s'interroger sur l'existence d'une atteinte (dite encore ingérence, ou restriction) auxdits droits. Dans la conception en vigueur en Suisse, il y a atteinte à un droit fondamental lorsqu'une mesure étatique[28] interfère avec le champ d'application matériel du droit fondamental en cause. Il convient dès lors d'examiner dans un premier temps sur les droits fondamentaux potentiellement atteints par les mesures prévues par l'IN 129.

2.1.3.1 Liberté personnelle et protection de la sphère privée

Reconnue en 1964 par le Tribunal fédéral et restée pendant 35 ans un droit constitutionnel non écrit, la liberté personnelle est maintenant ancrée à l'art. 10 al. 2 Cst., qui énonce que «*tout être humain a droit à la liberté personnelle, notamment à l'intégrité physique et psychique et à la liberté de mouvement*». Selon la jurisprudence, déterminante à cet égard, la liberté personnelle possède toutefois une portée plus large que ces trois aspects, dans la mesure où «*ce droit implique en particulier le droit à l'intégrité physique et psychique, la liberté de mouvement et la protection de la dignité humaine*[29] *ainsi que toutes les facultés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine*»[30]. Le champ d'application matériel de la liberté personnelle peut donc se décomposer en deux protections distinctes, et typiques, au sein des droits fondamentaux, de la catégorie des libertés: d'une part la jouissance de deux biens juridiques essentiels[31], à

---

[24] Art. 87 et 92 Cst.; à propos de cette dernière compétence, on rappellera que la coutume constitutionnelle suisse veut que la compétence de la Confédération en matière de services postaux englobe le transport professionnel régulier de voyageurs.

[25] Art. 60 Cst.

[26] Art. 61 Cst.

[27] Lesquels ont néanmoins déjà adopté une interdiction de fumer sur l'ensemble de leurs lignes ainsi que dans certaines parties des gares, mesure qui a pris effet le dimanche 11 décembre 2005 (voir aussi le communiqué à l'adresse <http://mct.sbb.ch/mct/fr/reisemarkt/zuege/ reisen-rauchfreie_zuege. htm>).

[28] Acte législatif, décision ou acte matériel.

[29] Que l'on peut pourtant détacher de la liberté personnelle, dès lors qu'elle est garantie spécifiquement par l'art. 7 Cst.

[30] ATF 126 I 112 cons. 3 = JdT 2002 I 405, 407. On trouve aussi des définitions (souvent moins complètes) de la liberté personnelle dans des arrêts plus récents, cf. ATF 130 I 369 cons. 2; 128 II 259 cons. 3.2; 127 I 6 cons. 5a.

[31] Garantis par une abstention de l'Etat et par la prise de mesures à l'encontre de tiers, et non en principe par d'autres prestations, p. ex. de type pécuniaire, de la part de l'Etat – ce qui constitue la principale différence

savoir l'intégrité physique et l'intégrité psychique[32], et d'autre part la possibilité d'adopter un certain nombre de comportements.

L'évolution la plus importante du champ de protection de la liberté personnelle concerne les comportements autres que le simple fait de pouvoir «*aller et venir*». Le Tribunal fédéral a en effet délibérément choisi d'étendre le champ de la liberté personnelle au-delà de cette simple faculté, alors que d'une part une partie de la doctrine s'y était montrée hostile[33], et que d'autre part cette vision plus étroite de la liberté personnelle avait – et a – encore cours dans d'autres pays, notamment l'Autriche[34]. En revanche, il apparaît que le Tribunal fédéral n'a pas voulu étendre le champ de la liberté personnelle au niveau d'une «*liberté universelle d'action*» (*allgemeine Handlungsfreiheit*) correspondant par exemple à l'art. 2 al. 1 de la constitution allemande (ci-après GG)[35].

La définition donnée par le Tribunal fédéral, selon laquelle la liberté personnelle inclurait «*toutes les facultés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine»* ou encore *«les manifestations élémentaires de la personnalité humaine*» implique nécessairement que la liberté personnelle soit subsidiaire par rapport aux autres libertés, puisque l'ensemble de ces dernières entre dans la définition ainsi donnée: se marier et entretenir des relations familiales (art. 14 Cst.), croire (art. 15 Cst.), s'exprimer et s'informer (art. 16 Cst.), parler dans sa langue (art. 18 Cst.), se réunir (art. 22 Cst.), s'associer (art. 23 Cst.) ou encore exercer une activité lucrative (art. 27 Cst.), pour prendre les exemples les plus parlants, sont tous des manifestations élémentaires de la personnalité humaine. En revanche, le Tribunal fédéral refuse de considérer la liberté personnelle comme un droit fondamental subsidiaire général (*Auffanggrundrecht*)[36].

Jusqu'ici, le Tribunal fédéral a donc délimité les différents domaines d'application de la liberté personnelle au coup par coup. La question d'un rattachement à la liberté personnelle du «*droit de fumer*» n'a jusqu'ici jamais été tranchée. Sous l'empire d'une liberté d'action universelle, il ne ferait aucun doute qu'un tel droit fût inclus parmi les comportements protégés: la jurisprudence et la doctrine allemande sont du reste unanimes à considérer que le fait de fumer tombe sous le coup de l'art. 2 al. 1 GG[37].

La doctrine suisse a relativement peu considéré les rapports entre consommation de tabac et liberté personnelle. Dans la doctrine plus ancienne, une thèse affirme, en passant, que fumer fait partie des comportements protégés par la liberté personnelle[38], et une contribution – s'attachant avant tout à décrire les droits des non-fumeurs – doute du rattachement à la liberté personnelle sans toutefois l'exclure[39]. Cette dernière approche est également suivie dans deux thèses relatives au droit du travail[40]. Quant aux avis de droit

---

avec les droits sociaux, qui garantissent aussi la jouissance de biens juridiques essentiels (santé, logement, etc.).

[32] Le droit à la vie est désormais, pour ce qui est de la systématique constitutionnelle, indépendamment protégé par l'art. 10 al. 1 Cst.

[33] En particulier Hans HUBER dans son article *Die persönliche Freiheit. Eine Kritik der neuen Auffassung des Bundesgerichts*, RSJ 1973 113 ss. Le Tribunal fédéral était en revanche soutenu par d'autres auteurs, notamment Jörg Paul MÜLLER et Peter SALADIN. Pour un aperçu historique de l'évolution du champ de protection de la liberté personnelle, voir not. Hans DRESSLER, *Der Schutz der persönlichen Freiheit in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts*, ZBl 1980 377-390, et Michel ROSSINELLI, *Les libertés non écrites*, Lausanne 1987, 131-135.

[34] Voir p. ex. Rudolf MACHACEK / Willibald PAHR / Gerhard STADLER (dir. publ.), *Grund- und Menschenrechte in Österreich*, Kehl-Strasbourg – Arlington 1997, 288-289.

[35] Selon lequel «Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt».

[36] ATF 121 I 22 cons. 2: «die persönliche Freiheit bilde kein allgemeines Auffanggrundrecht».

[37] BVerfG in NJW 1998 2961 cons. 2 («Er [der Gesetzgeber] hat im Gegenteil in vielfältiger Weise von seiner Befugnis Gebrauch gemacht, das Rauchen nach einer Abwägung *der allgemeinen Handlungsfreiheit der Raucher* mit anderen schutzwürdigen Rechtsgutern in bestimmten Bereichen zu untersagen oder einzuschränken»); BGH (VII ZR 217/80) in NJW 1981 569; BayVerfGH in BayVBl 1988 108, 110; MAUNZ / DÜRIG, *Grundgesetz-Kommentar*, Munich 2001 (39e livraison), par. 50 ad art. 2 al. 1, et les nombreuses réf. Doctrinales citées sous note 8

[38] Gustav Karl HUG-BEERLI, Persönliche Freiheit und besondere Gewaltsverhältnisse, Zurich 1976, 21.

[39] Werner STOCKER, *Hat der Nichtraucher überhaupt «Rechte»?*, BJM 1980 169-188, 173-175 («Jedenfalls ist auszugehen, dass gesetzliche Vorschriften zum Schutze der Nichtraucher, und zwar nötigenfalls sogar Rauchverbote, nicht einfach durch die "persönliche Freiheit" der Raucher ausgeschlossen ist», 175);

[40] Roger BAUMBERGER, *Rauchen am Arbeitsplatz*, Berne 2002, 28-30; Louis A. CAPT, *Passivrauchen am Arbeitsplatz*, thèse Zurich 1982, 12-14.

récemment émis sur la question – et ce quelle que soit la position des mandants des experts les ayant rédigés –, ils n'excluent pas non plus une protection des fumeurs par la liberté personnelle[41].

Même en l'absence de jurisprudence spécifique, deux points peuvent être mis en avant. Tout d'abord, le fait qu'un comportement soit dangereux pour celui qui l'adopte ou pour des tiers n'empêche pas nécessairement qu'il puisse être inclus dans le champ de protection d'une liberté[42]. Ensuite, une méthodologie rigoureuse oblige à considérer uniquement, vis-à-vis du champ de protection de la liberté personnelle, si en fait partie le fait de fumer en général, et non la consommation de tabac dans les lieux et établissements publics, ou encore à certaines heures; en effet, ces questions ressortissent aux conditions possibles de restriction de la liberté, et en particulier à la proportionnalité de la mesure, laquelle sera plus acceptable si elle ne vise pas à prohiber un comportement de manière générale, mais cible des cas précis.

Il faut certes mentionner un domaine spécifique dans lequel l'interdiction de fumer constitue sans aucun doute une atteinte à la liberté personnelle. Le Tribunal fédéral reconnaît en effet depuis longtemps que les *conditions de détention* – y compris certains aspects objectivement mineurs – sont intrinsèquement liées à la privation de liberté[43], que celle-ci soit pénale, administrative ou même civile. L'interdiction totale de fumer dans les établissements de détention peut constituer, dans cette mesure, une atteinte à la liberté personnelle des personnes détenues. La même appréciation vaut aussi en cas de privation de liberté aux fins d'assistance, quel que soit le lieu du placement. Cependant, le critère le plus important pour décider du rattachement ou non à la liberté personnelle reste le caractère *élémentaire* de la manifestation de la personnalité, condition qui ne paraît ici pas donnée[44], sous peine de dénaturer la notion de « *manifestation élémentaire de la personnalité humaine*»[45]. Le Conseil d'Etat estime donc pour sa part que le «*droit de fumer*» n'est pas en soi couvert par la liberté personnelle telle que garantie par la Constitution. Une interdiction de fumer ne peut donc en principe pas porter atteinte à ce droit constitutionnel, sauf si elle intervient dans un contexte de détention.

Une incertitude demeure par ailleurs en matière de rattachement de la consommation de tabac à la vie privée, que l'Etat doit respecter en vertu des art. 13 Cst. et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). La Cour européenne des droits de l'homme ne s'est encore jamais prononcée sur un tel aspect dans le cadre d'une violation invoquée de l'art. 8 CEDH. La Cour, ainsi que la défunte Commission, ont, dans leur abondante jurisprudence, ainsi délimité de manière très large la notion de vie privée. Cette dernière englobe notamment le droit de mener et de diriger sa vie selon ses propres choix sans interférence de la part de l'Etat[46], ou, pour utiliser les termes exacts de la Cour, «*le droit à l'identité et à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur*»[47]; une telle définition se rapproche du reste sensiblement de la définition de la liberté personnelle consacrée par le Tribunal fédéral. Les rares auteurs ayant abordé la question de la consommation de tabac tendent plutôt à

---

[41] Andreas AUER, La constitutionnalité de l'initiative populaire genevoise «Fumée passive et santé», à paraître in PJA 2006-1; JAAG / RÜSSLI, op. cit. (note 10), 18.

[42] Si l'on établit un parallèle avec la liberté économique (définie comme «toute activité privée tendant à la production d'un gain»), il est évident, pour prendre un seul exemple, que le propriétaire d'une mine pourra invoquer cette liberté en cas de velléité de fermeture pour cause de sécurité (donc malgré un danger pour des tiers, en l'occurrence ses employés).

[43] Voir p. ex. les ATF 124 I 336, 123 I 221, 122 II 299 et 122 I 222.

[44] Mais on notera cependant que le Tribunal fédéral a récemment considéré que l'interdiction faite à un fonctionnaire de boire de l'alcool en service comme hors du service (pour cause d'alcoolisme en l'occurrence) constituait une restriction de sa liberté personnelle et du droit au respect de sa vie privée (ATF 2A.6/2005 du 5 juillet 2005 en la cause X., cons. 3.3, avec renvoi à l'ATF 98 Ia 307 cons. 2).

[45] A ce propos, le Tribunal fédéral a refusé de considérer qu'entrait dans cette catégorie notamment le fait d'installer des appareils de jeux automatiques avec mises d'argent (ATF 120 Ia 126, 145), le droit de détenir certains animaux dans un immeuble sis en zone d'habitation (ZBl 1978 34), le droit de naviguer et de faire du surf (ATF 108 Ia 59), le droit d'utiliser une motocyclette pour se rendre à l'école (ZBl 1986, 460), ou celui de fréquenter l'école de son choix dans sa commune de domicile (ATF 117 Ia 27, 39).

[46] Christoph GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2e éd., Munich – Vienne 2005, 181 par. 12.

[47] Cf. ACEDH H.F. c. Slovaquie, 54797/00, du 8 novembre 2005, par. 47; Bensaid c. Royaume Uni, 44599/98, Rec. 2001-I, par. 47.

conclure à une couverture par l'art. 8 CEDH[48]. On peut cependant noter que l'IN 129 n'interdit la consommation de tabac que dans les lieux publics. Mais si cet élément fait perdre de l'intensité au caractère privé du comportement visé par la mesure étatique[49], il n'est pas à lui seul déterminant, la vie privée pouvant également être protégée ailleurs que dans son propre foyer, par exemple sur le lieu de travail[50].

L'examen des conditions de restriction aux droits fondamentaux, telles que décrites à l'art. 36 Cst. s'avère, malgré l'incertitude précitée, nécessaire. En effet, selon l'art. 5 al. 2 Cst., l'activité de l'Etat doit répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé. Ce principe directeur de l'activité étatique vaut dans tous les domaines d'activité, mais plus spécialement pour l'administration dite de restriction - et ce indépendamment d'une protection des particuliers par un droit fondamental[51]. De fait, l'application indépendante de la proportionnalité (qui implique l'existence d'un intérêt public, dès lors qu'il s'agit de mettre en balance l'intérêt public retenu et d'autres intérêts publics ou privés) joue un rôle particulier dans le cadre de comportements se situant près des limites du champ de protection de la liberté personnelle[52].

Dans le cadre de l'examen de la validité de l'IN 129, l'examen des conditions de l'intérêt public et de la proportionnalité s'imposent dès lors indépendamment des rapports entre consommation de tabac d'une part et liberté personnelle ou protection de la vie privée d'autre part. Il convient néanmoins de relever que selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le principe de proportionnalité, au sens de l'art. 5 al. 2 Cst., n'est en principe pas justiciable de manière indépendante, et ne peut dès lors être invoqué seul dans le cadre d'un recours de droit public lorsqu'aucun droit fondamental n'est en cause[53].

2.1.3.2. Liberté économique et garantie de la propriété

La liberté économique, garantie par l'art. 27 Cst., protège selon la jurisprudence «*toute activité économique privée exercée à titre professionnel et tendant à l'obtention d'un gain ou d'un revenu*»[54]. Une partie des interdictions consacrées par l'IN 129 s'adressant à des particuliers exploitant commercialement un établissement, un commerce ou une entreprise, cette initiative consacre potentiellement une atteinte à la liberté économique.

On peut certes se demander si les entreprises touchées, spécialement celles actives dans le domaine de l'hôtellerie et de la restauration, verront dans leur ensemble leur activité économique réellement perturbée. Diverses études ont été menées dans des collectivités publiques connaissant semblables interdictions, et une partie non négligeable d'entre elles conclut à ce que l'interdiction de fumer, même totale, n'a pas de conséquence sur le chiffre d'affaires des établissements concernés[55]. En outre, l'interdiction de fumer peut aussi contribuer à diminuer certaines charges, les frais liés à la collecte des mégots et au nettoyage nécessité par la consommation de tabac disparaissant.

Il n'en demeure pas moins que vis-à-vis d'une partie des entreprises, l'interdiction générale de fumer peut avoir des conséquences négatives sur le plan économique. Dans certains cas, une telle interdiction peut même constituer une atteinte grave à la liberté économique: ainsi, un établissement ayant principalement pour vocation la consommation de tabac – tel un «*bar à cigares*» – sera contraint de fermer ses portes, ou à tout le moins de changer radicalement de concept. De même, on doit constater que l'interdiction de fumer telle que

---

[48] Jochen Abraham FROWEIN / Wolfgang PEUKERT, *EMRK-Kommentar*, 2e éd., Kehl- Strasbourg – Arlington 1996, par. 7 ad art. 8; plus hésitant, Luzius WILDHABER in Heribert GOLSONG et al., *Internationaler Kommentar zur EMRK*, Cologne - Berlin - Bonn 1992, par. 259 ad art. 8 CEDH.

[49] AUER, *op. cit. (note 41)*, (15 par. 59).

[50] ACEDH Niemietz c. Allemagne. A 251-B, par. 29; plus récemment voir les ACEDH Halford c. Royaume-Uni, 20605/92, Rec. 1997-III, par. 42-46; Rotaru c. Roumanie, 28341/95, Rec. 2000-V, par. 43, et Buck c. Allemagne, 41604/98, du 28 avril 2005, par. 31.

[51] Voir not. Pierre MOOR, *Principes de l'activité étatique et responsabilité de l'Etat*, in Daniel THÜRER / Jean-François AUBERT / Jörg Paul MÜLLER, *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, § 16 par. 61 et 63.

[52] Béatrice WEBER-DÜRLER, Zu neusten Entwicklung des Verhältnismässigkeitsprinzips, in Benoît BOVAY / Minh Son NGUYEN, Mélanges en l'honneur de Pierre MOOR, Berne 2005, 593-608, 602.

[53] ATF 123 I 1 cons. 10; 122 I 279 cons. 2e.ee.

[54] ATF 2P.252/2004 du 12 octobre 2004 en la cause X., cons. 2.1, et les arrêts cités.

[55] Voir infra sous point B.3.d.

formulée par l'initiative s'applique également à tous les types de magasins[56], y compris les magasins vendant exclusivement ou principalement des produits du tabac.

En outre, et indépendamment des retombées économiques de l'interdiction générale de fumer, cette dernière constitue une atteinte à la garantie de la propriété, dès lors que les propriétaires des différents locaux privés visés par l'initiative n'auront plus la maîtrise en matière de consommation de tabac dans leur bien-fonds, et devront eux aussi s'abstenir d'y fumer au cas où ils seraient fumeurs.

2.1.3.3. Devoir de protection des non-fumeurs

Les considérations qui précèdent examinaient si une interdiction de fumer constituait une atteinte aux droits fondamentaux. A l'inverse, on peut se demander si l'absence d'interdiction totale de fumer dans les lieux publics ne consacrerait pas quant à elle une atteinte aux droits fondamentaux des non-fumeurs. En effet, pour le Tribunal fédéral, «*selon les conceptions récentes, les droits fondamentaux n'ont plus seulement une fonction de défense contre les atteintes dues à l'Etat, mais ils fondent aussi un devoir étatique de protection contre les atteintes que des tiers provoquent*»[57].

Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé directement sur un éventuel devoir de protection des non-fumeurs qui se fonderait sur le droit à la vie[58] ou le droit à l'intégrité corporelle[59]. La Commission européenne des droits de l'homme, en 1998[60], et la Cour, en 2004[61], ont quant à elles dénié l'existence d'une obligation positive de l'Etat de protéger les non-fumeurs au moyen d'interdictions: «*Considérant que les intérêts du requérant, en tant que non-fumeur, s'opposent à ceux d'autres individus à continuer de fumer, et eu égard à la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales, la Cour estime que l'absence d'interdiction générale de fumer dans les endroits ouverts au public ne s'analyse pas en un défaut de protection de la part de l'Etat italien des droits du requérant au regard des art. 2 et 8 de la Convention*». Cette jurisprudence rejoint du reste celle rendue par la Cour constitutionnelle allemande[62].

Dans la mesure où la législation suisse et genevoise contient déjà des prescriptions visant à limiter l'usage du tabac, on peut considérer que l'absence d'interdiction stricte de fumer dans les lieux publics n'équivaut pas à une violation des droits fondamentaux des non-fumeurs.

2.1.3.4. Base légale

Comme déjà mentionné, l'IN 129 vise à compléter la constitution cantonale. La principale composante de la condition de restriction de la base légale (art. 36 al. 1 Cst.), soit le rang normatif suffisant de la norme introduisant la mesure restrictive, est donné puisque la constitution cantonale se situe encore au-dessus de la loi formelle, et qu'elle est soumise au référendum obligatoire.

---

[56] Bien que ceux-ci ne soient pas nommés directement, ils sont visés par l'art. 178B al. 3 lit. b du projet, dès lors qu'il s'agit incontestablement de «locaux ouverts au public».

[57] ATF 126 II 300 cons. 5a = JdT 2001 I 674, 688. Pour des références doctrinales à ce sujet, voir les contributions citées et, plus récemment, Markus SCHEFER, *Gefährdung von Grundrechten – eine grundrechtsdogmatische Skizze*, in *Risiko und Recht: Festgabe zum schweizerischen Juristentag 2004*, Bâle – Berne 2004, 441-480; Samantha BESSON, *Les obligations positives de protection des droits fondamentaux – Un essai en dogmatique comparative*, RDS 2003 I 49-96; ou encore Patricia EGLI, *Drittwirkung von Grundrechten*, Zurich 2002, not. 155-196, 235-266 et 305-333.

[58] Art. 10 al. 1 Cst.

[59] Art. 10 al. 2 Cst. On pourrait également songer à une protection par le droit à la santé (not. art. 12 du Pacte international sur les droits économiques sociaux et culturels, RS 0.103.1), mais il n'est pas possible à un particulier d'invoquer directement ce droit en justice, à teneur de la jurisprudence – de plus en plus critiquée – du Tribunal fédéral sur le caractère justiciable des droits sociaux.

[60] Déc. CommEDH Wöckel c. Allemagne, 32165/96, du 16 avril 1998, DR 93 85.

[61] DCEDH Botti c. Italie, 77360/01, du 2 décembre 2004; en outre, dans la DCEDH Vaden c. Grèce, 35115/03, du 20 octobre 2005, la Cour a déclaré recevable la requête d'un détenu se plaignant notamment du tabagisme passif qu'il aurait eu à subir en prison, mais elle a refusé d'y voir une possible violation de l'art. 8 CEDH.

[62] BVerfG in NJW 1998 2961 et 1994 955.

S'agissant de la précision de la base légale, celle-ci peut être considérée comme suffisante. Il est en revanche difficile de savoir si les mesures dont le texte charge le Conseil d'Etat, à l'alinéa 1 du projet, visent l'ensemble des mesures d'application du texte constitutionnel. Au vu notamment de la systématique de la disposition, qui prévoit ces mesures dans un cadre très général et avant de poser le principe même de l'interdiction de fumer dans les lieux publics, on doit admettre que tel n'est pas le cas, et qu'il s'agit plutôt soit de mesures incitatives, soit de mesures réglementaires prises en application de la compétence générale qu'a le Conseil d'Etat d'organiser l'administration cantonale (mise en place de l'interdiction dans les locaux de l'administration cantonale notamment).

2.1.3.5. Intérêt public

Les diverses mesures d'interdiction de fumer peuvent, d'un point de vue général, répondre à trois types principaux d'intérêt public:

a) la sécurité publique, dans la mesure où le foyer de combustion (ou son moyen d'ignition) peut provoquer incendies ou explosions; l'interdiction de fumer qui prévaut dans les stations-service, et dans une moindre mesure dans les théâtres et cinémas, ressortit à cet intérêt;

b) le respect d'autrui, dans la mesure où la fumée provoque des nuisances ou interférences sensorielles, et pouvant empêcher les tiers de voir (dans un cinéma par exemple), de goûter ou de sentir (dans un restaurant par exemple);

c) la santé publique, dans la mesure où la fumée contient des substances nocives pouvant entraîner diverses pathologies.

L'IN 129 entend, selon son texte, interdire la fumée dans les lieux publics en s'appuyant exclusivement sur le troisième de ces intérêts, à savoir la santé publique (laquelle inclut l'hygiène publique, cette dernière étant définie comme la prévention des maladies). Cet intérêt public ressortit à l'ordre public; il fait partie des intérêts publics classiques, et est prévu expressément par l'art. 8 par. 2 CEDH.

L'intérêt public retenu est dès lors conforme au droit supérieur.

2.1.3.6. Proportionnalité de la mesure

Le principe de la proportionnalité, auquel l'art. 36 al. 3 Cst. se réfère explicitement, exige (a) que la mesure proposée soit apte à atteindre le but visé, (b) que la mesure envisagée soit, parmi celles qui permettent d'atteindre l'objectif recherché, la moins incisive sur la liberté en cause, et (c) que globalement considérée selon ses effets, l'atteinte à la liberté reste dans un rapport raisonnable avec l'intérêt public poursuivi; il s'agit là respectivement des trois sous-principes dits d'aptitude, de nécessité et de proportionnalité au sens étroit.

2.1.3.6.1. Aptitude

L'interdiction totale de fumer dans les lieux publics fermés prévue par l'initiative permet effectivement de couper court à l'ensemble des effets indésirables causés par la fumée[63]. Elle peut ainsi être jugée apte à atteindre le but visé, qui est la préservation de la santé des non-fumeurs.

2.1.3.6.2. Nécessité

Selon le Tribunal fédéral, «*une mesure est disproportionnée s'il est possible d'atteindre le même résultat par un moyen moins incisif*»[64].

---

[63] Sur la constatation du caractère nocif à la santé de la fumée passive, voir la partie du présent rapport consacrée à la prise en considération.

[64] ATF 130 I 65 cons. 3.5.1 et les arrêts cités.

Pour un auteur, lorsqu'une mesure est déjà mise en place par la société civile – et ce serait le cas dans le domaine des interdictions de fumer, toujours plus nombreuses au sein de la société genevoise et suisse -, cette mesure doit être préférée à une mesure étatique[65]. Point n'est besoin de se déterminer ici sur la pertinence générale d'un tel constat: en effet, il est patent que, malgré l'extension allant croissant des interdictions de fumer mises en place en dehors des règles législatives, tous les domaines couverts par l'IN 129 ne font pas encore l'objet d'interdictions sociétales. Ainsi, pour ne prendre qu'un exemple, de nombreux établissements de restauration et d'hôtellerie tolèrent-ils encore la fumée en leur sein.

La seule question qui se pose véritablement est dès lors celle de l'existence d'autres mesures (législatives) moins drastiques que celle proposée. Trois types de mesures pourraient principalement être envisagées.

La première consisterait en une délimitation temporelle, soit la mise en place d'horaires permettant de fumer une partie du temps. Certains établissements de restauration ont mis en place de telles mesures. De fait, celles-ci permettent d'atteindre – en partie – l'objectif consistant à éliminer les nuisances sensorielles, mais non celui visé par l'initiative, à savoir la préservation de la santé des non-fumeurs. En effet, les composants nocifs de la fumée du tabac restent dans l'air en quantité importante pendant les «*périodes non-fumeurs*». Une telle mesure de répartition horaire ne permet dès lors pas de parvenir au résultat escompté.

La deuxième mesure consisterait en une délimitation géographique, soit plus prosaïquement la mise en place d'espaces fumeurs. Un tel dispositif est par exemple la base de la campagne «*sans fumée, mais pas sans fumeurs*» en vigueur au sein de l'administration cantonale[66]. Pour pouvoir atteindre le but poursuivi, la séparation entre le local destiné aux fumeurs et les autres locaux doit être aussi complète que possible; la meilleure aération possible doit également être assurée au sein du local fumeurs. Dans la mesure où ces deux conditions sont remplies, la seule différence entre la création de locaux fumeurs et l'interdiction totale de fumer concerne le personnel amené, pour quelque raison que ce soit à intervenir dans ledit local.

Si l'on institue, dans un bâtiment public ordinaire (administration, établissement d'enseignement, etc.) un véritable «*espace fumeurs*», spécialement dévolu à cet effet et strictement séparé des espaces réservés au travail, seul le nettoyage des locaux nécessitera dans la plupart des cas la venue d'employés sur les lieux, et l'exposition à la fumée passive s'avère ainsi réduite. On peut dès lors retenir que cette mesure doit être préférée, sur la base du critère de la nécessité, à l'interdiction de fumer dans l'ensemble du bâtiment[67]. Dans les établissements de restauration en revanche, l'exposition du personnel sera plus importante, et ce d'autant plus si le local réservé aux fumeurs constitue non un simple fumoir, mais plutôt une salle de restauration ordinaire (bien que séparée). S'agissant enfin des chambres d'hôtel, leur situation est médiane, et l'on peut encore considérer qu'une interdiction totale respecte le sous-principe de nécessité.

S'agissant enfin de la ventilation, si celle-ci peut permettre d'accroître l'usage d'éventuels locaux fumeurs, elle ne peut résoudre que très partiellement les problèmes de santé liés à la fumée passive, dans la mesure où les composants nocifs de celle-ci (éléments gazeux) sont les plus difficiles à éradiquer par ce moyen[68]. En l'état, la ventilation ne peut être considérée à elle seule comme une mesure permettant d'atteindre le but visé par l'interdiction.

2.1.3.6.3. Proportionnalité au sens étroit

L'examen de la condition de la proportionnalité au sens étroit suppose une mise en balance de l'intérêt public à la mesure restrictive envisagée ou édictée et des autres intérêts pouvant aller à son encontre. Il n'est évidemment pas ici possible d'aborder tous les cas de figure possible en leur appliquant une pareille pesée des intérêts. C'est en revanche le lieu

---

[65] AUER, *op. cit. (note 41)*, (25 par. 102-104).

[66] Voir le site du service de santé du personnel de l'Etat, <http://etat.geneve.ch/df/ope/index.jsp>, menus «Santé» puis «*prévention*».

[67] Dans le même sens, cf. JAAG / RÜSSLI, *op. cit. (note 10)*, 19: «wo auf diesem Weg der Schutz vor Passivrauchen gewährleistet werden kann, ist ein vollständiges Rauchverbot nicht erforderlich und daher unverhältnismässig».

[68] Voir infra la partie concernant la prise en considération, sous point B.5.b.

d'évoquer un certain nombre de cas permettant de vérifier si, globalement, l'IN 129 prend suffisamment en compte d'éventuels intérêts antagonistes.

On rappellera à titre liminaire que l'initiative ne prévoit aucune exception[69]; l'interdiction générale de fumer s'appliquera ainsi à toute personne se trouvant dans un des lieux prévus à l'alinéa 3, qui couvre l'ensemble des lieux fermés accessibles au public. Sont ainsi notamment visés les bâtiments administratifs cantonaux et communaux, y compris les établissements publics subventionnés, ce qui inclut l'aéroport, tous les hôpitaux et cliniques, ainsi que l'ensemble des établissements de détention du canton; tous les établissements de restauration et d'hôtellerie (y compris les cantines de cercles et associations privés, les bowlings, les maisons de jeu), les magasins et centres commerciaux, les salles de spectacles, galeries d'art, musées, centres sportifs (fermés) et de loisirs, maisons de quartier, cabinets médicaux; tous les établissements d'enseignement, qu'ils soient privés ou publics; tous les transports publics et les transports professionnels de personnes (tels les taxis). En revanche, l'initiative ne vise pas à interdire l'usage du tabac dans tous les lieux de travail privés.

Dans un certain nombre de cas, l'intérêt public apparaît nettement prépondérant: on peut en effet d'autant plus facilement demander de s'abstenir de fumer sans difficultés lorsque le séjour dans un lieu est court et volontaire. Ainsi, pour prendre deux exemples, les usagers des offices de l'administration cantonale et communale et des transports publics peuvent-ils être contraints à une telle abstention sans que cette contrainte s'avère disproportionnée. De même, l'interdiction totale de fumer dans les lieux accueillant des enfants (crèches, écoles) peut être considérée comme exigible au regard de l'importance accrue de la préservation de la santé des plus jeunes.

D'autres situations sont en revanche plus problématiques. Ainsi, les personnes fumeuses hospitalisées et incapables de se mouvoir, ou encore en fin de vie, se verraient ajouter à l'objet de leur séjour un sevrage forcé; les personnes détenues[70] ne pourraient fumer que lors de leur promenade quotidienne, ce qui pourrait être perçu comme une sanction et un durcissement de leur régime (qui, pour les détenus préventifs et administratifs, ne doit pas être plus dur que ce qui est exigé par le but de leur détention)[71]; les personnes travaillant seules dans une boutique ou débit de boissons se verraient interdire la consommation de tabac en tout temps, même lorsqu'aucun client ne se trouve dans leur établissement. En outre, au regard de la liberté économique, l'interdiction pure et simple d'exploiter un bar à cigares, même avec du personnel exclusivement fumeur, ou de fumer dans des échoppes vendant principalement ou exclusivement des produits du tabac, apparaissent-elle comme extrêmement sévères.

2.1.3.6.4. Comparaison avec d'autres mesures législatives

Il est en outre intéressant de comparer la mesure préconisée par l'IN 129 avec celles prévues par les législations des pays voisins, ou de ceux connaissant déjà une interdiction de principe de fumer dans les lieux publics.

Le 12 octobre 2005, le Grand Conseil du canton du *Tessin* a adopté une modification de l'art. 57 de la loi sur les établissements publics, du 21 décembre 1994 (RS/TI 11.3.2.1): cette interdiction ne vise toutefois que les établissements de restauration, et encore la loi fait-elle une exception pour les chambres d'hôtel, ainsi que les établissements de restauration disposant de locaux entièrement séparés avec une ventilation suffisante. En outre, cet amendement a fait l'objet d'un référendum, qui a abouti en décembre 2005.

---

[69] Sur la proportionnalité d'un projet de loi introduisant des exceptions, mais rédigé de manière peu claire, voir Joachim HEILMANN, *Verfassungs-mässigkeit eines Nichtraucherschutzgesetzes*, ZRP 1997 268-270 (qui conclut à l'inconstitutionnalité du projet).

[70] Détention pénale (surtout préventive, le canton de Genève ne comptant aucun établissement dévolu spécifiquement à l'exécution des peines) et administrative, et séjours non volontaires en institution psychiatrique.

[71] Voir aussi Andreas STAMMKÖTER, *Rauchen und Rauchverbote aus rechtlicher Sicht unter besonderer Berücksichtigung der Problematik des Passivrauchens*, Münster 1993, 184: «Da sich Raucher und Nichtraucher [in Haftanstalten] meist nicht aus dem Weg gehen können, haben beide Seiten gewisse Einschränkungen hinzunehmen».

Bien que disposant d'une compétence sectorielle en matière de santé assez semblable à celle de la Confédération[72], l'*Union européenne* n'a pour l'instant pas l'intention d'édicter de règles normatives visant à interdire l'usage du tabac. Sa stratégie anti-tabac passe plutôt par d'autres mesures (interdiction de la publicité et campagnes de prévention, notamment)[73].

En *France*, seule une interdiction partielle a été mise en place par la loi Evin de 1991[74]. Selon l'art. 16 de cette loi, modifiant l'art. L. 3511-7 du Code de la santé publique, «*il est interdit de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif, notamment scolaire, et dans les moyens de transport collectif, sauf dans les emplacements expressément réservés aux fumeurs*». Ces espaces fumeurs doivent en outre faire l'objet d'une aération ou ventilation minimale[75]. Un projet de loi visant à prononcer une interdiction étendue de fumer dans l'ensemble des lieux publics a été déposé en octobre 2005 par le député alsacien Yves BUR, mais a été aussitôt retiré devant l'opposition de son parti, majoritaire au Parlement.

En *Allemagne*, aucune interdiction législative de fumer n'a pour l'instant été édictée. Concernant l'hôtellerie et la restauration, le gouvernement allemand a conclu le 1er mars 2005 avec la *Deutschen Hotel- und Gaststättenverband* une convention dont l'objectif est que, au plus tard le 1*er* mars 2008, au moins 90% des établissements réservent au moins 50% de leurs places aux non-fumeurs. Le programme antitabac le plus important mené par les autorités concerne le droit du travail, et s'intitule *Rauchfrei am Arbeitsplatz*. Dans ce cadre, le gouvernement a procédé à l'adjonction dans l'*Arbeitsstättenverordnung* d'un nouvel article 3a, intitulé «*Protection des non-fumeurs*», et qui a la teneur suivante (traduction libre): «*l'employeur doit prendre les mesures nécessaires pour protéger efficacement les personnes non-fumeuses occupées dans l'entreprise des dangers pour la santé de la fumée du tabac (al. 1). Dans les entreprises appelées à interagir avec le public, l'employeur ne doit prendre des mesures au sens de l'al. 1 que dans la mesure ou la nature de l'exploitation ou le genre d'activités de l'entreprise le permet* (al. 2)». L'employeur est en principe libre de choisir la manière de donner suite à l'ordonnance précitée[76].

En *Autriche*, la loi sur le tabac a été renforcée en 2004[77]. En sus de l'interdiction de fumer dans les salles de classe et de formation, dans les salles d'audience et dans les salles de sport, déjà prévue auparavant par l'art. 12 de la loi, un nouvel art. 13 pose l'interdiction de principe de fumer dans tous les lieux accessibles au public et dans les transports publics. D'importantes exceptions sont toutefois prévues. Ainsi, il est possible, dans tous les établissements comprenant un nombre suffisant de salles ou de pièces, des locaux fumeurs peuvent être utilisés (sauf dans les écoles); l'interdiction de fumer ne vaut pas pour les établissements de l'hôtellerie et de la restauration; et elle ne vaut pas non plus pour les magasins vendant principalement des produits du tabac.

En *Italie*, l'art. 51 de la loi 3/2003 du 16 janvier 2003[78], entré en vigueur le 10 janvier 2005, a introduit une interdiction générale de fumer dans tous les lieux fermés (et transports) publics ou privés qui accueillent du public ou des usagers. La loi italienne a donc un champ d'application encore plus étendu que celui prévu par l'IN 129, puisque tous les lieux de travail privés comprenant au moins un salarié sont compris dans l'interdiction, les travailleurs dépendants étant compris comme des «*usagers*» de l'entreprise. La loi italienne prévoit néanmoins une exception à l'interdiction de fumer, puisqu'il est possible de mettre en place des locaux fumeurs, pourvu que ceux-ci soient totalement clos, que leur surface soit moins importante que celle réservée aux non-fumeurs, et qu'ils soient ventilés

---

[72] Art. 152 Traité CE.

[73] Pour plus de détails, voir not. Tamara K. HERVEY / Jean V. McHALE, *Health Law and the European Union*, Cambridge 2004, 368-384.

[74] Nom couramment donné à la loi n° 91-32 du 10 janvier 1991 (son décret d'application étant le décret n° 92-478 du 29 mai 1992).

[75] Sur les différentes questions liées à la loi Evin, voir not. Jacques-Henri STAHL, *La loi anti-tabac*, Paris 1993, 48-65. Pour une critique générale de la loi et un aperçu des questions constitutionnelles, voir Francis CABALLERO / Yann BISIOU, *Droit de la drogue*, 2e éd., Paris 2000, 174-182.

[76] Thomas DIETERICH et al. (dir. publ.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 4e éd., Munich 2004, par. 22 ad § 618 BGB.

[77] Bundesgesetz über das Herstellen und das Inkehrbringen von Tabakerzeugnissen sowie die Werbung für Tabakerzeugnisse und den Nichtraucherschutz (Tabakgesetz), BGBl. Nr. 431/1995 in der Fassung BGBl. I Nr. 167/2004.

[78] Explicité par une circulaire du Ministère de la santé du 17 décembre 2004.

conformément aux prescriptions du décret du Président du Conseil des ministres du 23 décembre 2003.

Il est également intéressant de constater si, dans d'autres pays européens ayant introduit une interdiction de fumer, des exceptions au principe ont été prévues, et le cas échéant lesquelles:

a) en *Irlande*, l'interdiction de fumer telle que mise en place par les lois de 2002 et de 2004[79] s'applique à tous les lieux fermés. Ne sont, outre les lieux d'habitation, pas concernés par l'interdiction la plupart des chambres d'hôtel, les prisons, les foyers de soins et les hospices, et les hôpitaux psychiatriques;

b) en *Norvège*, la section 6 de la loi sur la prévention des effets nocifs du tabac (loi n° 14 du 9 mars 1973), telle qu'amendée en 2004 et en vigueur depuis le 1er juin 2004, institue l'interdiction probablement la plus étendue d'Europe. Il est désormais totalement interdit dans tous les lieux et transports auxquels le public a accès, et dans tous les lieux de travail. Deux exceptions sont tout de même ménagées, puisque l'interdiction ne s'étend pas aux lieux de travail où seule une personne est active, ni aux pièces communes et salons des «*institutions*»;

c) en *Suède*, fumer dans les écoles et autres lieux fréquentés par les enfants, les hôpitaux et autres lieux de santé, et dans les transports publics est interdit depuis l'entrée en vigueur de la loi sur le tabac[80]. Depuis le 1er juin 2005, l'interdiction s'est étendue aux établissements de restauration[81]. Cette nouvelle loi permet néanmoins de mettre en place des locaux fumeurs, pourvu que leur surface soit moins importante que celle réservée aux non-fumeurs, qu'aucune nourriture ou boisson n'y soit consommée, ni aucun divertissement proposé, et que le personnel n'ait à y pénétrer que pendant très peu de temps;

d) en *Ecosse*, la loi de 2005 sur le tabac, la santé et l'assistance sociale[82] prévoit des sanctions contre l'interdiction de fumer dans certains lieux. La loi délègue au gouvernement local écossais de déterminer ces lieux. Selon l'ordonnance ainsi édictée[83], le champ d'application de l'interdiction s'étend à tous les lieux publics fermés. Outre les lieux d'habitations et véhicules privés, d'autres exceptions sont consenties: il est ainsi possible de désigner comme réservées aux fumeurs certaines chambres d'hôtel, ainsi que certaines pièces dans les foyers de soin pour adultes, hospices pour adultes, hôpitaux psychiatriques, lieux de détention et d'interrogatoire, et dans les installations offshore de forage de pétrole.

On constate dès lors que même dans les pays connaissant des interdictions généralisées de fumer dans les lieux publics et de travail, le législateur a prévu un certain nombre d'exceptions, alors que l'IN 129 n'en prévoit pas.

2.1.3.7. Synthèse et conséquences

Il apparaît en conclusion que l'IN 129, telle que formulée, pose des problèmes de compatibilité avec le principe de proportionnalité prévu aux art. 5 al. 2 et 36 al. 3 Cst.

Les difficultés en matière de proportionnalité tiennent au fait qu'aucune exception au principe de l'interdiction de fumer dans les lieux publics n'est opérée. Ceci résulte de la définition extrêmement large des lieux publics donnée à l'alinéa 3, sans qu'aucune restriction soit opérée. Cet alinéa peut toutefois à la rigueur être considéré comme encore conforme au principe de proportionnalité, sur la base de l'adage *in dubio pro populo*, constamment réaffirmé par la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui recommande d'éviter autant que possible les déclarations d'invalidation.

L'alinéa 1 contient quant à lui avant tout des règles déclaratoires, et sa normativité est donc limitée, ne pouvant être interprété comme une délégation législative (ici de rang

---

[79] Public Health (Tobacco) Act 2002 et Public Health (Tobacco) (Amendment) Act 2004.
[80] Loi 1993:581.
[81] Loi 2003/04:65.
[82] The Smoking, Health and Social Care Act (Scotland) 2005.
[83] Prohibition of Smoking in Certain Premises Regulations 2006.

constitutionnel) faite au Conseil d'Etat. Son sort dépend donc intimement de celui de l'alinéa 2.

Ce dernier contient la prescription visant à interdire de manière générale de fumer dans les lieux publics. Même si ce principe ne contient pas par lui-même d'exceptions – qui seraient, on l'a vu, souhaitables –, on doit toutefois admettre que cette interdiction doit de toute façon faire l'objet d'une législation d'exécution[84]. Par ailleurs, une interprétation historique et systématique[85] du texte constitutionnel éventuellement adopté permet de comprendre que celui-ci devrait consacrer un certain nombre d'exceptions.

Au vu de ce qui précède, il apparaît encore possible, en vertu du principe *in dubio pro populo*, de considérer l'IN 129 comme conforme au droit supérieur.

Au vu de ce qui précède, nous pouvons sur le principe partager l'appréciation du Conseil d'Etat du canton de Genève quant à la conformité de l'initiative au droit supérieur. Cependant, pour que celle-ci puisse être acceptée en tant qu'initiative législative, le texte de l'initiative doit être modifié sans être dénaturé quant à sa substance ni contrevenir à la volonté des initiants en y introduisant le principe des exceptions que la loi doit prévoir. Nous proposons donc au Grand Conseil de déclarer recevable l'initiative "Fumée passive et santé" dans la teneur nouvelle suivante:

Constatons:

Qu'il est clairement établi, sur des bases scientifiques, que les atteintes à l'hygiène et à la santé de la population résultant de l'exposition à la fumée du tabac, entraînent la maladie, l'incapacité et la mort.

Les citoyennes et les citoyens soussigné-e-s, exerçant leurs droits politiques dans le canton de Neuchâtel, demandent que l'Etat édicte des dispositions légales pour assurer la protection de toutes et tous contre l'exposition à la fumée du tabac dans les lieux publics intérieurs ou fermés selon les principes suivants:

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.

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 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 au sens de la législation sur les auberges et débits de boissons;

d) les transports publics et les autres transports professionnels de personnes;

e) les autres lieux ouverts au public tels que définis par la loi.

La loi règle les exceptions.

L'initiative, telle que le Conseil d'Etat vous propose de la modifier, peut être soumise au vote du peuple, car elle forme un tout cohérent qui peut être considéré comme correspondant à la volonté initiale des initiants. En ce sens, la solution qui vous est proposée est la plus favorable et la mieux adaptée aux circonstances. Elle respecte au surplus au mieux les droits constitutionnels fondamentaux des citoyens.

---

[84] En effet, plusieurs aspects essentiels de la mise en oeuvre de l'interdiction de fumer ne sont pas prévus par l'initiative, notamment la question des sanctions, ou celle de savoir qui est responsable de l'application du texte suivant le type de lieu.

[85] C'est-à-dire ici une interprétation permettant de rendre la disposition cohérente et compatible avec l'ensemble de l'ordre juridique, ici en particulier avec les art. 5 et 36 Cst.

Cette manière de voir a été contestée à Genève par des citoyens qui ont saisi le Tribunal fédéral d'un recours de droit public pour violation du droit de vote des citoyens et demandé que le Tribunal fédéral annule la décision du Grand Conseil du 22 juin 2006 admettant la recevabilité matérielle de l'initiative. Ils demandaient au surplus au Tribunal fédéral de déclarer irrecevable l'initiative en cause. Les recourants reprochaient en substance au Grand Conseil d'avoir d'une part modifié le texte de l'initiative dans un sens ne correspondant pas à la volonté des initiants et, d'autre part, adopté un texte qui violerait le droit supérieur (soit le droit fédéral relatif à la protection des travailleurs et la liberté personnelle) et qui manquerait de clarté. Dans un arrêt rendu le 28 mars 2007, le Tribunal fédéral a rejeté le recours. L'arrêt du Tribunal fédéral en cause, no 1P.541/2006 est joint en annexe au présent rapport:

(http://relevancy.bger.ch/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&query_words=1P.541/2006&rank=1&azaclir=aza&highlight_docid=aza://28-03-2007-1P-541-2006&number_of_ranks=1).

En conclusion, le texte modifié de l'initiative tel que proposé ne se heurte à aucune norme supérieure de droit fédéral. Il respecte les droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale, par les traités internationaux, et plus généralement, par l'ensemble du droit international. Enfin, il est conforme au droit concordataire, à la Constitution cantonale et à l'ordre juridique cantonal.

L'initiative ainsi modifiée est donc conforme au droit supérieur. Elle remplit la quatrième condition de recevabilité.

3.5. Exécutabilité

L'exécutabilité de l'initiative est imposée par le droit fédéral en tant que condition de recevabilité. Elle découle de la définition même des institutions démocratiques et est ainsi reconnue par la jurisprudence et la doctrine. L'invalidation d'une initiative pour cause d'inexécutabilité est soumise à des conditions très strictes. Pour qu'une initiative soit viciée, il faut que l'inexécutabilité constatée soit absolue, manifeste et de nature matérielle. Cela sous-entend qu'une simple difficulté dans sa réalisation ne suffit pas. Au surplus, il faut que le défaut dont elle souffre ne fasse aucun doute et ressorte du texte lui-même. Enfin, il faut que l'impossibilité résulte de la situation juridique ou de fait générée par l'initiative elle-même.

Or, en l'espèce, l'initiative demande que l'Etat édicte des dispositions légales pour interdire de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés. Même si cette interdiction pourrait donner lieu à quelques difficultés d'application, celle-ci ne se heurte à aucun obstacle insurmontable de nature matérielle. L'initiative est donc exécutable et remplit la cinquième condition de recevabilité.

3.6. Respect de la bonne foi

L'initiative doit répondre aux exigences de la bonne foi et, partant, ne pas être abusive. Tel est bien le cas en l'espèce. L'objet soumis aux électrices et aux électeurs répond au principe de la bonne foi en démocratie. De plus, il leur est soumis pour la première fois. L'initiative, dans son texte modifié, remplit donc la sixième et dernière condition de recevabilité.

4. CONCLUSION

Au vu de ce qui précède et pour l'ensemble des motifs invoqués, nous vous proposons d'admettre la recevabilité matérielle de l'initiative législative populaire cantonale intitulée "Fumée passive et santé". Nous vous demandons en conséquence de prendre en considération le présent rapport et d'adopter le projet de décret qui vous est soumis.

Veuillez agréer, Monsieur le président, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

Neuchâtel, le 25 juin 2007

Au nom du Conseil d'Etat:

Le président,	*Le chancelier,*
F. CUCHE	J.-M. REBER

Décret
concernant la recevabilité matérielle
de l'initiative législative populaire cantonale "Fumée passive et santé"

Le Grand Conseil de la République et Canton de Neuchâtel,

vu l'article 40 de la Constitution de la République et Canton de Neuchâtel (Cst. NE), du 24 septembre 2000;

vu l'article 107 de la loi sur les droits politiques (LDP), du 17 octobre 1984;

sur la proposition du Conseil d'Etat, du 25 juin 2007,

décrète:

Article unique L'initiative législative populaire cantonale "Fumée passive et santé" est déclarée recevable dans sa teneur suivante:

"Constatons:

Qu'il est clairement établi, sur des bases scientifiques, que les atteintes à l'hygiène et à la santé de la population résultant de l'exposition à la fumée du tabac, entraînent la maladie, l'incapacité et la mort.

Les citoyennes et les citoyens soussigné-e-s, exerçant leurs droits politiques dans le canton de Neuchâtel, demandent que l'Etat édicte des dispositions légales pour assurer la protection de toutes et tous contre l'exposition à la fumée du tabac dans les lieux publics intérieurs ou fermés selon les principes suivants:

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.

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 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 au sens de la législation sur les auberges et débits de boissons;

d) les transports publics et les autres transports professionnels de personnes;

e) les autres lieux ouverts au public tels que définis par la loi.

La loi règle les exceptions."

Neuchâtel, le

Au nom du Grand Conseil:
Le président, *Les secrétaires,*

ANNEXE

{T 1/2}
1P.541/2006 /viz

Séance du 28 mars 2007 – 1re Cour de droit public

MM. les Juges Féraud, Président, Aemisegger, Aeschlimann, Wurzburger, Reeb, Fonjallaz et Eusebio. Greffier: M. Kurz.

Ivan Slatkine, Pascal Pétroz, recourants, représentés par Me Charles Poncet, avocat,

contre

Grand Conseil du canton de Genève,
rue de l'Hôtel-de-Ville 2, case postale 3970, 1211 Genève 3.

Validité de l'initiative populaire "Fumée passive et santé" (IN 129),

recours de droit public contre la décision du Grand Conseil du canton de Genève du 22 juin 2006.

Faits:

A.

Le 12 octobre 2005, le Conseil d'Etat genevois a constaté l'aboutissement de l'initiative populaire intitulée "Fumée passive et santé" (IN 129).

L'initiative porte sur l'introduction, dans la Constitution genevoise, d'un nouvel art. 178B libellé de la façon suivante:

> **Titre XIV Dispositions diverses**
>
> **Art. 178B** Protection de l'hygiène publique et de la santé
>
> 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 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.

L'exposé à l'appui de cette initiative rappelle les risques liés à la fumée passive et la nécessité de protéger le personnel et les personnes qui fréquentent les établissements publics. Estimant que les mesures de ventilation sont inefficaces, les initiants relèvent que plusieurs pays (Italie, Irlande, Malte, Norvège, Suède) ont pris des mesures identiques.

B.

Le Conseil d'Etat a déposé son rapport sur l'initiative le 11 janvier 2006. S'agissant de la conformité de l'initiative au droit fédéral, il a considéré que la Confédération n'avait pas encore fait usage des compétences découlant de l'art. 118 al. 2 let. b Cst. (mesures de lutte contre les maladies très répandues et particulièrement dangereuses), de sorte que les cantons emeuraient compétents dans le domaine de la protection de la santé. La LTr (art. 6) et l'OLT 3 (art. 19) ne réglementaient pas exhaustivement la protection des travailleurs, et l'initiative allait dans le sens de la législation fédérale. L'initiative pouvait être interprétée comme ne s'appliquant qu'aux bâtiments publics relevant de la compétence cantonale (à l'exclusion notamment des gares CFF et des bâtiments militaires et de la protection civile). S'agissant des droits fondamentaux, le Conseil d'Etat estimait que même si la liberté personnelle n'était pas touchée par l'interdiction de fumer, hormis dans les cas de détention, la question de la proportionnalité se posait en rapport notamment avec le droit au respect de la vie privée et la liberté économique. L'initiative était propre à atteindre les buts de sécurité, de respect d'autrui et de santé publique recherchés, et les autres mesures envisageables (horaires, espaces fumeurs, ventilation) ne paraissaient pas aussi efficaces. Un problème de proportionnalité se posait car l'initiative visait une interdiction absolue: aucune exception n'était prévue en faveur des personnes hospitalisées, à mobilité réduite ou en fin de vie, des détenus, des personnes travaillant seules et des établissements consacrés à la vente de tabac. Une interprétation conforme était certes envisageable, dans la perspective de la législation d'application. Le Conseil d'Etat estimait toutefois qu'il y avait lieu de proposer un contre-projet direct permettant de circonscrire plus précisément, par un nouvel alinéa 3 ou dans la loi d'application, la portée de l'interdiction de fumer.

La commission législative du Grand Conseil a déposé son rapport le 6 juin 2006. Elle avait en mains un avis de droit du Professeur Andreas Auer, concluant à l'invalidité totale de l'initiative essentiellement en raison de son caractère disproportionné, ainsi qu'un avis contraire produit par les initiants. Elle avait alors chargé le Professeur Vincent Martenet d'un avis neutre. Ce dernier considérait que l'interdiction de fumer pouvait être disproportionnée lorsqu'elle visait les lieux de séjour à caractère privatif très marqué, soit les cellules de détention, les chambres d'hôpitaux psychiatriques, les chambres des lieux de soins et de séjour dépendant de l'Etat, ainsi que les chambres d'hôtels. Cette inconstitutionnalité pouvait être levée en modifiant la formule de l'art. 178B al. 3, en remplaçant la phrase introductive par l'expression "Sont concernés:", ce qui permettait de respecter la volonté des initiants tout en préservant la plus grande partie du texte de l'initiative.

La majorité de la commission a suivi cet avis: elle a considéré que l'initiative respectait l'unité du genre, de la forme et de la matière, et qu'elle était exécutable. Toutefois, elle ne respectait pas le droit supérieur. La suppression de l'al. 3 a été refusée, et "l'invalidation partielle" de cette disposition a été décidée dans le sens préconisé par le Professeur Martenet.

C.

Le 22 juin 2006, le Grand Conseil genevois a suivi la proposition de la Commission législative et déclaré partiellement valide l'IN 129. Il a amendé la première phrase de l'art. 178B al. 3 Cst./GE en la remplaçant par l'expression "Sont concernés:".

D.

Par acte du 29 août 2006, deux citoyens et députés genevois, Ivan Slatkine et Pascal Pétroz, ont saisi le Tribunal fédéral d'un recours de droit public pour violation du droit de vote des citoyens (art. 85 let. a OJ). Ils demandent au Tribunal fédéral d'annuler la décision du Grand Conseil et de déclarer invalide l'initiative IN 129. Ils reprochent en substance au Grand Conseil d'avoir d'une part modifié le texte de l'initiative dans un sens ne correspondant pas à la volonté des initiants et,

d'autre part, adopté un texte qui violerait le droit supérieur (soit le droit fédéral relatif à la protection des travailleurs et la liberté personnelle) et qui manquerait de clarté.

Le Grand Conseil conclut au rejet du recours en relevant notamment la nécessité de concrétiser l'initiative dans une loi d'exécution. Au terme d'un second échange d'écritures, les parties ont maintenu leurs conclusions.

Le Tribunal fédéral considère en droit:

1. La décision attaquée a été prise et le recours de droit public introduit avant l'entrée en vigueur de la LTF. La loi fédérale d'organisation judiciaire (OJ) est par conséquent applicable (art. 132 al. 1 LTF). Conformément à l'art. 15 al. 3 OJ, la Cour siège à sept juges.

2. En vertu de l'art. 85 let. a OJ, le Tribunal fédéral connaît des recours de droit public concernant le droit de vote des citoyens et de ceux qui ont trait aux élections et aux votations cantonales, quelles que soient les dispositions de la constitution cantonale et du droit fédéral régissant la matière.

   2.1. Le recours institué par l'art. 85 let. a OJ permet au citoyen de se plaindre de ce qu'une initiative a été indûment soustraite au scrutin populaire, notamment parce qu'elle a été déclarée totalement ou partiellement invalide par l'autorité cantonale chargée de cet examen, quelle que soit la motivation de cette décision d'invalidation. La voie de l'art. 85 let. a OJ est également ouverte pour contester la décision, prise par l'autorité cantonale, de présenter une initiative au vote populaire, pour autant que le droit cantonal charge l'autorité compétente de vérifier d'office la conformité des initiatives aux règles supérieures. Dans ce cas, le citoyen dispose d'une prétention à ce que ce contrôle obligatoire soit effectué correctement et à ce que le corps électoral soit dispensé de se prononcer, le cas échéant, sur des dispositions qui paraissent d'emblée contraires au droit matériel supérieur (**ATF 128 I 190** consid. 1.3 p. 194).

   2.2. Selon l'art. 66 al. 3 de la Constitution genevoise du 24 mai 1847 (Cst./GE; RS 131.234), le Grand Conseil déclare partiellement nulle l'initiative dont une partie est manifestement non conforme au droit si la ou les parties qui subsistent sont en elles-mêmes valides; à défaut, il déclare l'initiative nulle. Même s'il ne sanctionne que les violations évidentes du droit (par quoi il faut entendre non seulement le droit formel relatif à la recevabilité des initiatives, mais également le droit supérieur), le Grand Conseil est tenu d'effectuer un examen d'office. Cela ouvre la voie du recours pour violation des droits politiques.

   2.3 La qualité pour recourir dans ce domaine appartient à toute personne à laquelle la législation cantonale accorde l'exercice des droits politiques pour participer à la votation en cause, même si elle n'a aucun intérêt juridique personnel à l'annulation de l'acte attaqué (**ATF 128 I 190** consid. 1 p. 192**; 121 I 138** consid. 1 p. 139; 357 consid. 2a p. 360). La qualité pour agir des recourants, électeurs dans le canton de Genève, est donc indiscutable.

   2.4. Saisi d'un recours pour violation des droits politiques, le Tribunal fédéral revoit librement l'interprétation et l'application du droit fédéral et du droit constitutionnel cantonal, ainsi que des dispositions de rang inférieur qui sont étroitement liées au droit de vote ou en précisent le contenu et l'étendue (**ATF 129 I 185** consid. 2 p. 190). Toutefois, s'agissant de la conformité de l'initiative au droit supérieur, une invalidation ne doit intervenir, selon l'art. 66 al. 3 Cst./GE, que dans les cas manifestes. Saisi d'un recours dont le but est, comme cela est relevé ci-dessus, de contrôler si l'examen effectué par le Grand Conseil est conforme à ses attributions constitutionnelles, le Tribunal fédéral ne peut se reconnaître un pouvoir d'examen plus étendu que celui de l'autorité cantonale: il ne doit sanctionner, lui aussi, que les violations manifestes du droit supérieur (**ATF 132 I 282** consid. 1.3 p. 284). En revanche, contrairement à ce que soutient le Grand Conseil, le fait que la norme constitutionnelle doive ensuite faire l'objet d'une garantie fédérale (art. 51 al. 2 Cst.), ne saurait justifier une restriction supplémentaire du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral.

   2.5. Selon la pratique constante, l'autorité appelée à statuer sur la validité matérielle d'une initiative doit en interpréter les termes dans le sens le plus favorable aux initiants. Lorsque, à l'aide des méthodes reconnues, le texte d'une initiative se prête à une interprétation la

faisant apparaître comme conforme au droit supérieur, elle doit être déclarée valable et être soumise au peuple. L'interprétation conforme doit ainsi permettre d'éviter autant que possible les déclarations d'invalidité, conformément à l'adage "in dubio pro populo" (**ATF 125 I 227** consid. 4a p. 231 s. et les arrêts cités). S'agissant d'une norme constitutionnelle appelée à être concrétisée par des dispositions législatives ou réglementaires, le Tribunal fédéral ne peut faire abstraction de la manière dont le texte sera vraisemblablement appliqué (SJ 2001 241; **ATF 121 I 334** consid. 2c p. 338). Dans cette perspective, les travaux préparatoires à l'appui de la décision de validation peuvent constituer des facteurs d'interprétation (**ATF 121 I 334** consid. 2c p. 338**; 111 Ia 292** consid. 2 p. 295, 303 consid. 4 p. 305**; 105 Ia 151** consid. 3a p. 154).

3. Les recourants se plaignent en premier lieu d'une violation du droit cantonal relatif aux initiatives populaires. Ils estiment que les auteurs d'une initiative rédigée de toutes pièces, telle l'IN 129, seraient seuls responsables de sa formulation et assumeraient ainsi le risque d'une invalidation: le Grand Conseil ne pourrait procéder à aucune modification, en dehors des retouches purement formelles. L'invalidation partielle permettrait de retrancher une partie inadmissible de l'initiative pour autant que la partie restante n'en soit pas dénaturée. En l'occurrence, la partie retranchée du texte de l'initiative n'était pas en soi contraire au droit fédéral. Par ailleurs, la volonté des initiants était clairement d'interdire sans exception la fumée dans les lieux publics; la nouvelle formulation adoptée par le Grand Conseil modifierait l'initiative sur un point essentiel, et ne correspondrait donc plus à la volonté de ses auteurs.

3.1. La Constitution genevoise n'interdit pas au Grand Conseil de modifier le texte d'une initiative populaire. L'art. 66 al. 3 Cst./GE prévoit au contraire expressément l'invalidation partielle d'une initiative dont une partie est manifestement non conforme au droit, si la ou les parties qui subsistent sont en elles-mêmes valides. Cela autorise le Grand Conseil à supprimer une partie du texte de l'initiative, afin notamment de rendre le reste conforme au droit supérieur. Pour autant que la partie restante respecte les conditions de validité, qu'elle conserve un sens et corresponde à la volonté des initiants et des signataires, l'invalidation peut, au besoin, porter sur une partie importante du texte de l'initiative (cf. **ATF 130 I 185** consid. 5 p. 202, concernant l'invalidation de cinq des huit articles constitutionnels proposés par l'initiative; arrêt 1P.238/2000 du 26 janvier 2001 publié in SJ 2003 137 et **ATF 125 I 227** concernant tous deux l'invalidation de plusieurs lettres d'un alinéa). Contrairement à ce que soutiennent les recourants, l'art. 66 al. 2 et 3 Cst./GE ne fait aucune distinction sur ce point entre l'initiative conçue en termes généraux et l'initiative rédigée de toutes pièces (les arrêts précités portent d'ailleurs tous sur des initiatives rédigées). Il est enfin indifférent que la partie retranchée de l'initiative puisse, en soi et détachée de son contexte, être considérée comme conforme au droit fédéral: ce qui est déterminant, c'est que le résultat auquel aboutit l'opération, et l'amélioration qui en découle pour l'ensemble du texte de l'initiative, conserve un sens qui puisse raisonnablement être imputé à ses auteurs.

3.2. En l'espèce, la modification apportée par le Grand Conseil a consisté en l'ablation d'une douzaine de mots ("Par lieux publics dont les locaux intérieurs ou fermés [...], il faut entendre:"), le maintien de l'expression "sont concernés", et l'adaptation de la ponctuation. Il ne s'agit pas à proprement parler d'une invalidation partielle - la partie supprimée du texte n'a rien, en soi, de contraire au droit supérieur -, mais bien plutôt d'une retouche rédactionnelle destinée à tenir compte des réserves d'interprétation manifestées par le Grand Conseil genevois. Ce dernier aurait d'ailleurs pu s'abstenir d'une telle modification et se contenter d'indiquer de quelle manière il envisageait d'interpréter et de concrétiser la norme constitutionnelle. L'intervention sur le texte de l'initiative permet toutefois de formaliser cette interprétation conforme, ce qui présente notamment pour les électeurs l'avantage d'une certaine transparence. On ne saurait donc voir dans l'intervention du Grand Conseil un remaniement inadmissible du texte des initiants: l'initiative n'est pas modifiée dans son sens, mais seulement précisée dans sa portée.

3.3. S'agissant de la question du respect de la volonté des initiants, on peut s'interroger sur la qualité des recourants pour soulever un tel grief, puisqu'ils entendent ainsi obtenir l'invalidation totale de l'initiative, alors que les initiants eux-mêmes n'ont pas contesté la décision du Grand Conseil. La question peut demeurer indécise, car le grief apparaît manifestement mal fondé.

3.4. En effet, si la volonté des initiants pouvait à l'origine être interprétée dans le sens d'une interdiction absolue de fumer dans tous les lieux publics, il est évident que les auteurs et signataires de l'initiative préféreront un texte assorti de certaines exceptions plutôt que le maintien du statu quo en raison d'une invalidation totale de l'initiative (**ATF 105 Ia 362** consid. 9 p. 368). Il y a lieu d'ailleurs de relever que le sens et le but de l'initiative est préservé pour l'essentiel, soit l'interdiction de fumer dans la quasi totalité des lieux publics. Les exceptions envisagées ne concernent que les lieux dits privatifs, pour lesquels le problème de la fumée passive ne se pose pas avec la même acuité. On ne saurait donc prétendre, comme le font les recourants, que l'intervention du Grand Conseil aurait dénaturé l'initiative. Il apparaît en outre que, dans un communiqué de presse du 6 juillet 2006, les auteurs de l'initiative ont déclaré adhérer aux conclusions du Professeur Martenet en acceptant "sans réserve la modification de forme apportée au texte... qui permet une interprétation plus précise de la proposition de loi sans aucune altération de sa substance". Le 12 septembre 2006, le comité d'initiative a déclaré approuver complètement la décision du Grand Conseil, ce qui permet de lever le doute qui pourrait encore subsister quant au respect de la volonté des initiants. Ce premier grief doit être écarté.

4. Les recourants estiment ensuite qu'en dépit de la modification apportée par le Grand Conseil, l'IN 129 serait toujours contraire au droit supérieur. Les cantons disposent certes de compétences générales dans le domaine de la protection de la santé. Toutefois, s'agissant de la protection des travailleurs, également visée par la référence aux "lieux publics intérieurs ou fermés", l'initiative empiéterait sur le champ d'application de la LTr et de son ordonnance d'application, en particulier de l'art. 19 OLT 3 qui tend à la protection des travailleurs non-fumeurs.

4.1. De manière générale, une initiative populaire cantonale ne doit rien contenir qui viole le droit supérieur, qu'il soit cantonal, intercantonal, fédéral ou international (cf. **ATF 124 I 107** consid. 5b p. 118 s.). L'art. 49 al. 1 Cst. fait obstacle à l'adoption ou à l'application de règles cantonales qui éludent des prescriptions de droit fédéral ou qui en contredisent le sens ou l'esprit, notamment par leur but ou par les moyens qu'elles mettent en oeuvre, ou qui empiètent sur des matières que le législateur fédéral a réglementées de façon exhaustive (**ATF 130 I 82** consid. 2.2 p. 86/87, 128 I 295 consid. 3b p. 299**; 127 I 60** consid. 4a p. 68 et les arrêts cités). L'existence ou l'absence d'une législation fédérale exhaustive constitue donc le premier critère pour déterminer s'il y a conflit avec une règle cantonale. Toutefois, même si la législation fédérale est considérée comme exhaustive dans un domaine donné, une loi cantonale peut subsister dans le même domaine si elle poursuit un autre but que celui recherché par le droit fédéral (Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. I, Berne 2000 n. 1031 p. 364). Le principe de la force dérogatoire n'est pas non plus violé dans la mesure où la loi cantonale vient renforcer l'efficacité de la réglementation fédérale (**ATF 91 I 17** consid. 5 p. 21 ss). Ce n'est que lorsque la législation fédérale exclut toute réglementation dans un domaine particulier que le canton perd la compétence d'adopter des dispositions complétives, quand bien même celles-ci ne contrediraient pas le droit fédéral ou seraient même en accord avec celui-ci (cf. **ATF 130 I 82** consid. 2.2 p. 86/87, 128 I 295 consid. 3b p. 299).

4.2. L'art. 118 Cst. règle les compétences de la Confédération en matière de protection de la santé. La doctrine parle à ce propos d'une "fragmentarische Rechtssetzungskompetenz des Bundes" en matière de santé publique: la Confédération n'aurait la compétence d'édicter des dispositions pour protéger la santé que dans les domaines exhaustivement cités à l'alinéa 2 de cette disposition constitutionnelle (Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht - Die neue Bundesverfassung -, 6ème éd. Zurich 2005 n° 1185-1187). A l'intérieur de ces domaines, elle dispose d'une "compétence globale dotée d'un effet dérogatoire subséquent" (FF 1997 I 338). Elle peut notamment légiférer sur l'utilisation des denrées alimentaires, des agents thérapeutiques, des stupéfiants, des organismes, des produits chimiques et des objets qui peuvent présenter un danger pour la santé (art. 118 al. 2 let. a Cst.), ainsi que sur la lutte contre les maladies très répandues et particulièrement dangereuses (art. 118 al. 2 let. b Cst.). Ces dispositions pourraient servir de fondement à une législation fédérale destinée à protéger contre les effets du tabagisme passif (Jaag/Rüssli, Schutz vor Passivrauchen: verfassungsrechtliche Aspekte, AJP 1/2006 p. 21ss). Le législateur fédéral a fait partiellement usage de cette compétence pour réglementer notamment - mais de manière non exhaustive - la publicité en matière

d'alcool et de tabac (**ATF 128 I 295**). Les cantons conservent, en tout cas tant que la Confédération n'aura pas légiféré dans ce domaine, la faculté d'édicter des règles générales pour la protection de la population contre les effets du tabagisme passif.

4.3. Selon l'art. 110 al. 1 let. a Cst., la Confédération peut légiférer sur la protection des travailleurs. Elle a fait usage de cette compétence en adoptant la loi sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr, RS 822.11), dont les dispositions sur la protection de la santé (notamment l'art. 6), s'appliquent de manière élargie (art. 3a). Les recourants relèvent que la réglementation fédérale serait par exemple exhaustive en ce qui concerne les heures d'ouverture des magasins (**ATF 130 I 279** consid. 2.3.1 p. 284 et les arrêts cités). Cela ne signifie toutefois pas que la LTr régirait de manière exclusive tous les aspects de la protection des travailleurs. Conformément à l'art. 6 al. 4 LTr, l'ordonnance 3 (OLT 3, RS 822.113) détermine les mesures d'hygiène qui doivent être prises dans toutes les entreprises soumises à la loi. Elle prévoit notamment 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 (art. 19 OLT 3). Cette disposition tend à la protection non seulement de la santé mais aussi du bien-être des travailleurs (**ATF 132 III 257** consid. 5.4.1, SJ 2007 173). Les mesures de protection ne sont toutefois pas spécifiées; elles doivent être économiquement supportables pour l'entreprise et proportionnées au besoin de protection (même arrêt, consid. 5.4.4).

4.4. Le droit privé du travail contient également des dispositions protectrices; l'art. 342 al. 2 CO permet d'exiger le respect des dispositions de la LTr, et l'art. 328 al. 2 CO impose à l'employeur des mesures appropriées pour protéger la vie, la santé et l'intégrité corporelle du travailleur.

4.5. Au contraire de la législation de droit public et privé sur le travail, l'initiative IN 129 tend à la protection du public dans son ensemble. Elle poursuit un but de santé et d'hygiène publiques pour lequel, les recourants n'en disconviennent pas, le canton dispose de compétences propres (**ATF 128 I 295** consid. 3d p. 301 et les références), en tout cas tant que la Confédération n'a pas légiféré de manière générale en se fondant sur l'art. 118 al. 2 let. b Cst. (cf. le rapport du Conseil fédéral sur la protection contre le tabagisme passif, FF 2006 3547, 3565). L'interdiction de fumer dans les lieux public a certes des incidences sur la protection des travailleurs, mais il s'agit d'effets indirects, le but des deux réglementations étant clairement distinct. En outre, si l'interdiction de fumer peut incidemment, suivant les lieux où elle s'applique, recouper la protection des travailleurs prévue par le droit fédéral, cela n'a pas pour effet d'entraver la réalisation des objectifs poursuivis par la LTr, mais bien plutôt de la renforcer (même arrêt, consid. 3f p. 303). Le grief doit par conséquent être écarté.

5. Les recourants considèrent également que l'initiative porterait une atteinte à la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.). Selon eux, le choix de fumer ou non serait couvert par la liberté personnelle, au même titre par exemple que le fait de se réunir dans une gare en consommant de l'alcool (**ATF 132 I 49**). Les art. 13 Cst. et 8 CEDH seraient aussi applicables, de même que la liberté économique, dans la mesure où l'interdiction de fumer pourrait conduire à une baisse du chiffre d'affaires des établissements concernés.

5.1. Pour le Grand Conseil, le tabagisme ne serait pas une manifestation élémentaire du développement de la personnalité et ne devrait pas bénéficier de la protection de l'art. 10 al. 2 Cst. Pour les mêmes raisons, l'art. 13 Cst. ne serait pas applicable, hormis dans les cas particuliers de détention ou de séjour durable dans une institution de soins ou un hôtel. La liberté économique ne pourrait elle aussi être invoquée que dans des cas très spécifiques (établissements consacrés à la fumée), dont la loi d'exécution pourrait tenir compte. Faute d'un droit fondamental, les exigences relatives à la base légale et à la proportionnalité seraient inapplicables. Subsidiairement, le Grand Conseil estime que la version modifiée de l'initiative serait suffisamment claire quant au principe et à la portée de l'interdiction de fumer, les exceptions nécessaires pouvant être prévues dans la législation d'application. L'intérêt public serait incontestable, s'agissant de mesures de sauvegarde de la santé publique, et aucune autre mesure ne serait aussi efficace. L'interdiction correspondrait au postulat de la Convention-cadre de l'OMS du 21 mars 2003 pour la lutte anti-tabac.

5.2. Droit constitutionnel codifié aux art. 10 al. 2 et 7 Cst., la liberté personnelle ne tend pas seulement à assurer le droit d'aller et venir, voire à protéger l'intégrité corporelle et psychique, mais elle garantit, de manière générale, toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine et que devrait posséder tout être humain, afin que la dignité humaine ne soit pas atteinte par le biais de mesures étatiques (**ATF 130 I 369** consid. 2 p. 373**; 124 I 170** consid. 2a p. 171/172 et les arrêts cités). Elle se conçoit comme une garantie générale et subsidiaire à laquelle le citoyen peut se référer pour la protection de sa personnalité ou de sa dignité, en l'absence d'un droit fondamental plus spécifique (**ATF 123 I 112** consid. 4 p. 118). Selon la définition jurisprudentielle, la liberté personnelle, alors droit constitutionnel non écrit, protégeait le citoyen de manière très large dans sa liberté de décision quant à son mode de vie, spécialement sa liberté d'organiser ses loisirs, de nouer des relations avec d'autres personnes et de se procurer des informations sur ce qui se passe autour de lui et loin de lui (**ATF 97 I 839** consid. 3 p. 842). La jurisprudence a ensuite précisé que la liberté personnelle ne garantit pas une liberté générale de choix et d'action (**ATF 101 Ia 306** consid. 7 p. 345**; 132 I 49** consid. 5.2 p. 56**; 124 I 85** consid. 2a p. 86/87) et ne saurait s'analyser comme une protection contre n'importe quel type d'atteinte à l'intégrité physique ou psychique (**ATF 127 I 6** consid. 5a p. 11 et les arrêts cités).

5.2.1. En dehors des cas relatifs aux privations de liberté et aux autres restrictions à la liberté de mouvement (cf. par exemple **ATF 130 I 369**), la jurisprudence a consacré, au titre de la liberté personnelle, le droit au libre choix du médecin en cas d'interruption de grossesse (**ATF 101 Ia 575**), le droit à certaines formes de procréation assistée (**ATF 119 Ia 460**), le droit de connaître son ascendance (**ATF 128 I 63**), le droit aux relations personnelles (**ATF 118 Ia 473**, consid. 6c p. 483), le droit de déterminer le sort de son corps après son décès (**ATF 123 I 112**). La jurisprudence a récemment considéré que le fait de pouvoir habituellement se regrouper et consommer de l'alcool était couvert par la liberté personnelle, quand bien même la liberté de mouvement n'était pas en soi touchée (**ATF 132 I 49** consid. 5.2 p. 56). La jurisprudence traite également des cas spécifiques de la fumée dans les établissements de détention (**ATF 118 Ia 64** consid. 3i p. 81), sans que l'on puisse toutefois en déduire un droit plus général. Le Tribunal fédéral a en revanche nié que les prérogatives suivantes constituent une manifestation élémentaire de la personnalité humaine: le droit de jouer avec des appareils automatiques (**ATF 101 Ia 336**; cf. toutefois l'arrêt 1P.780/2006 du 22 janvier 2007, concernant l'utilisation d'une console de jeux en détention), le droit pour un détenu de choisir son médecin (**ATF 102 Ia 302**), le droit de détenir des animaux (laissée indécise in **ATF 132 I 7** consid. 3.2 p. 9-10; arrêt 5C.198/2000 du 18 janvier 2001 publié in: RDAT 2001 II n° 73 p. 289; arrêt du 5 octobre 1977 publié in: ZBl 1978 p. 34 consid. 4), et le droit de naviguer sur un plan d'eau déterminé (**ATF 108 Ia 59**). Le Tribunal fédéral a aussi considéré que le droit au travail et à la formation ne se déduisait pas de la liberté personnelle (**ATF 100 Ia 189**), et que la clause du besoin, qui pouvait empêcher des médecins d'exercer leur profession de manière indépendante, ne portait pas non plus atteinte à cette liberté (**ATF 130 I 26** consid. 9 p. 62). Récemment, le Tribunal fédéral a considéré que l'on pouvait difficilement voir dans la consommation de drogues - notamment de cannabis - une condition élémentaire d'épanouissement de la personnalité (arrêt 6P.25/2006 du 27 avril 2006, publié in: EuGRZ 2006 p. 682).

5.2.2. Le caractère disparate de cette casuistique fait ressortir que la portée de la liberté personnelle ne peut pas être définie de manière générale, mais doit bien plutôt être précisée de cas en cas, en tenant compte non seulement des buts de la liberté et de l'intensité de l'atteinte qui y est portée, mais également de la personnalité de ses destinataires (**ATF 108 Ia 59** consid. 4a p. 61). Ainsi, la question de savoir si le fait de fumer relève de la liberté personnelle, c'est-à-dire s'il constitue une manifestation élémentaire de la personne humaine nécessaire à son épanouissement, ne peut être résolue in abstracto: alors que pour certains, il s'agit d'un comportement occasionnel, qui, à l'instar de certaines habitudes, n'est nullement nécessaire à l'épanouissement personnel et auquel il peut facilement être renoncé, il en va certainement différemment, notamment, des gros fumeurs pour qui il peut s'agir d'un véritable besoin.

5.2.3. Le fait de fumer - plus spécifiquement dans un lieu public - met en jeu différents aspects contradictoires de la liberté personnelle: du point de vue du fumeur, il en va certes de l'exercice d'un choix personnel, éventuellement même d'un mode de vie, mais celui-ci se trouve immédiatement en contradiction avec, d'une part, l'atteinte à sa propre santé et à sa vie qui résulte de l'activité de fumer et, d'autre part, la restriction à la liberté que s'inflige le fumeur lui-même par son accoutumance à la fumée. Du point de vue des personnes confrontées à la fumée passive, il en va naturellement du respect du droit à la santé et à la vie (art. 10 al. 1 Cst.). Or, plus les différents aspects de la liberté personnelle entrent en conflit, plus il appartient au droit ordinaire de les concrétiser par une pesée et une coordination appropriées: la question ne peut être résolue par la simple définition du champ d'application de la liberté fondamentale (cf. Auer/Malinverni/Hottelier, op. cit. vol. II p. 142).

5.2.4. Telle qu'elle est posée par l'initiative, la question est limitée à la fumée dans les lieux publics. Or, s'il est douteux que le fait de fumer ressortisse de la liberté personnelle, il est plus douteux encore que le droit constitutionnel protège la seule faculté de fumer en tous lieux et à tout moment, en particulier dans les lieux publics (cf. le rapport précité du Conseil fédéral, FF 2006 3565-3566). La question peut toutefois demeurer indécise, de même que celle de la protection de la sphère privée (art. 13 al. 1 Cst. et 8 CEDH). En effet, à supposer que l'un de ces droits fondamentaux puisse être invoqué, les conditions de restrictions posées à l'art. 36 Cst. seraient de toute façon respectées par l'initiative, dans l'interprétation que se propose d'en faire le Grand Conseil.

6. Les recourants estiment que le texte de l'initiative IN 129 manquerait de précision normative. La substitution de formules opérée par le Grand Conseil ne ferait nullement ressortir la notion, pourtant essentielle, de "lieux à caractère privatif" pour lesquels des exceptions devraient être consenties. En l'absence d'une délégation législative explicite dans ce sens, rien ne permettrait de garantir que la loi d'application palliera ce manque de précision.

6.1. L'exigence de précision normative découle du principe de la base légale, applicable en cas de restriction aux libertés fondamentales (art. 36 al. 1 Cst.). Une norme restrictive doit en particulier être suffisamment précise pour permettre aux administrés d'en apprécier la portée et d'adapter leur comportement en connaissance de cause (**ATF 124 I 40** consid. 3b p. 43 et les arrêts cités).

6.2. En l'occurrence, la disposition contestée est de rang constitutionnel. Elle ne pose donc pas de problème de légitimité démocratique puisqu'elle ne peut être adoptée qu'avec l'accord explicite du peuple. Par ailleurs, on ne saurait se montrer aussi exigeant en matière de précision que pour une norme de niveau législatif: en tant que norme fondamentale, la constitution a pour fonction notamment de définir l'organisation et la structure de l'Etat, de répartir des compétences et de poser des principes; elle n'a pas à réglementer toute matière de manière exhaustive (Aubert, Notion et fonction de la Constitution, in Thürer/Aubert/Müller, Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001 p. 4), y compris dans les domaines où les droits fondamentaux sont susceptibles d'être touchés. Au demeurant, l'IN 129 est claire dans son principe: l'interdiction de fumer s'étend, selon l'art. 178B al. 2 Cst./GE, à tous les "lieux publics intérieurs ou fermés". Même si elle n'est pas très explicite sur ce point, l'initiative évoque à l'art. 178B al. 3 let. e Cst./GE l'adoption d'une législation d'exécution. Celle-ci est d'ailleurs inhérente à ce genre de réglementation, qui ne comporte aucun détail sur sa mise en oeuvre. Or, il paraît évident qu'une mesure aussi générale que l'interdiction de fumer dans les lieux publics fermés n'est pas directement applicable: elle devra être assortie par exemple d'un éventuel délai d'introduction, de mesures de contrôle et de sanctions; en outre, conformément à la volonté manifestée par le Grand Conseil, un certain nombre de dérogations et d'exceptions devront accompagner l'interdiction. Il y a lieu toutefois de relever que, contrairement à ce qui semble ressortir de l'al. 1er de l'art. 178B Cst./GE, ces différents aménagements ne pourront être adoptés directement par le Conseil d'Etat. Le principe de la base légale autorise en effet une délégation à l'exécutif, pour autant toutefois que le contenu essentiel de la réglementation figure déjà dans une loi formelle, notamment lorsque les particuliers sont gravement touchés dans leur situation juridique (**ATF 118 Ia 245** consid. 3 p. 246). En l'occurrence, les points essentiels tels que les exceptions à l'interdiction de fumer ne figurent pas dans la norme constitutionnelle; ils devront donc

faire l'objet d'une loi au sens formel. Il n'en demeure pas moins que le simple fait que la norme constitutionnelle doive faire l'objet d'une législation d'exécution ne saurait justifier une invalidation totale en raison de sa prétendue imprécision (**ATF 128 I 295** consid. 5b/aa p. 309).

7. Selon les recourants, le principal problème posé par l'initiative tiendrait au respect du principe de la proportionnalité. Faute de prévoir clairement les exceptions à l'interdiction de fumer, l'initiative serait disproportionnée. Couverte par une telle norme constitutionnelle, une loi d'application renonçant à prévoir des exceptions suffisantes ne pourrait plus être attaquée. Même interprétée dans le sens voulu par le Grand Conseil, l'initiative condamnerait des lieux publics tels les bars à cigares, à pipes ou à narguilés. Les recourants contestent également la nécessité d'une interdiction générale de fumer dans les lieux publics; ils estiment que la fumée est aujourd'hui proscrite en suffisamment d'endroits (écoles, hôpitaux, universités, transports publics, administrations, entreprises et de nombreux restaurants), et que la réprobation sociale à l'égard des fumeurs constituerait une limitation suffisante; l'initiative n'apporterait pas de changement significatif dans les faits, alors qu'en droit elle porterait une grave atteinte à la liberté.

7.1. Le principe de la proportionnalité exige qu'une mesure restrictive soit apte à produire les résultats escomptés (règle de l'aptitude) et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive (règle de la nécessité); en outre, il interdit toute limitation allant au-delà du but visé et il exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (principe de la proportionnalité au sens étroit, impliquant une pesée des intérêts - **ATF 130 II 425** consid. 5.2 p. 438 s.**; 126 I 219** consid. 2c p. 221 ss et les arrêts cités).

7.1.1. Les recourants ne contestent pas que l'initiative "Fumée passive et santé" est motivée par un but d'intérêt public. Comme cela ressort de son intitulé, il s'agit de protéger l'ensemble de la population contre l'exposition à la fumée du tabac dans les lieux publics intérieurs ou fermés. L'art. 178B al. 1 Cst./GE reprend en substance le texte de l'art. 8 de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, du 21 mai 2003, dont la teneur est la suivante: Protection contre l'exposition à la fumée du tabac 1.Les parties reconnaissent qu'il est clairement établi, sur des bases scientifiques, que l'exposition à la fumée du tabac entraîne la maladie, l'incapacité et la mort.

7.2.2. Chaque partie adopte et applique, dans le domaine relevant de la compétence de l'Etat en vertu de la législation nationale, et encourage activement, dans les domaines ou une autre compétence s'exerce, l'adoption et l'application des mesures législatives, exécutives, administratives et/ou autres mesures efficaces prévoyant une protection contre l'exposition à la fumée du tabac dans les lieux de travail intérieur, les transports publics, les lieux publics intérieurs et, le cas échéant, d'autres lieux publics. Cette convention a été signée le 25 juin 2004 par la Suisse; le Conseil fédéral entendait par là manifester sa volonté de mettre en oeuvre le projet de l'OMS, dans l'optique de l'élaboration d'un message de ratification avant la fin de la législature 2007. Dès la ratification de ce traité multilatéral - le premier de l'OMS qui soit doté d'effets obligatoires - la reconnaissance des effets nocifs de la fumée du tabac constituera une obligation internationale de la Suisse. Celle-ci est au demeurant indéniable; il est en effet largement reconnu que la fumée passive peut provoquer cancer du poumon, maladies cardio-vasculaires, asthme et infections des voies respiratoires. Selon une estimation prudente, plusieurs centaines de non-fumeurs mourraient en Suisse chaque année à cause du tabagisme passif; les enfants à naître et en bas-âge sont particulièrement exposés (OFSP, Informations de base sur le tabagisme passif, mai 2006, et les nombreuses références; cf. aussi le rapport du Conseil fédéral sur la protection contre le tabagisme passif, FF 2006 3547, et les références citées). La nocivité de la fumée passive est attestée par suffisamment d'études scientifiques pour pouvoir être considérée comme correspondant à l'état actuel de la science, et non seulement, comme semblent le prétendre les recourants, comme une mode passagère ou la simple expression du "politiquement correct". En Suisse, un quart des non-fumeurs serait exposé au moins une heure par jour à la fumée ambiante. Parmi les non-fumeurs entre 14 et 65 ans, 86% seraient exposés à la fumée d'autrui dans les lieux publics et leur

majorité s'en trouverait fortement incommodée. C'est la raison pour laquelle 26% de la population éviterait de fréquenter ces lieux (idem). L'initiative poursuit donc un but incontestable de santé publique.

7.2. Les recourants ne contestent pas qu'une interdiction de fumer est effectivement propre à obtenir l'effet recherché. Ils se prévalent en revanche du principe d'adéquation en soutenant qu'il y aurait lieu de tenir compte d'une part des interdictions de fumer qui se généralisent dans les bâtiments publics, et d'autre part de la pression sociale croissante sur les fumeurs, qui aurait des effets indéniables sur le comportement de ceux-ci. On ne saurait toutefois en déduire qu'une réglementation contraignante serait inutile: il apparaît en effet que l'exposition dans les restaurants, cafés et bars notamment a peu varié depuis 2001/2002, la proportion de personnes incommodées par la fumée ayant quant à elle augmenté (OFSP, op. cit. p. 4). La réprobation sociale que les recourants invoquent ne paraît donc pas constituer un facteur de diminution significatif; elle n'a en tout cas pas le même effet, général et immédiat, qu'une interdiction formelle de fumer dans les lieux publics. Pour le surplus, les recourants ne prétendent pas que d'autres solutions, telles la création d'espaces ou de coins fumeurs, l'aménagement d'horaires, ou la ventilation des locaux, permettraient d'aboutir à un résultat identique; outre les difficultés liées au coût, à la mise en oeuvre et au contrôle de ces mesures, l'interdiction de fumer présente des avantages déterminants du point de vue du résultat recherché: seule une règle claire et sans ambiguïté est à même d'engendrer un réel changement dans les habitudes, tout en évitant de nombreuses difficultés d'interprétation et d'application.

7.3. Les parties s'accordent sur le fait que, pour être conforme au principe de la proportionnalité au sens étroit, l'interdiction générale de fumer dans les lieux publics doit être assortie d'exceptions. Il s'agit en effet de tenir compte des situations particulières dans lesquelles la personne désireuse de fumer est appelée à demeurer un certain temps dans un espace fermé dont elle ne peut pas ou pas aisément sortir, ce qui équivaudrait pour elle à une interdiction permanente de fumer; tel est le cas en particulier des détenus ou des pensionnaires d'établissements médicaux. Le cas des lieux publics à usage privatif devrait également être réservé, car, d'une part, le problème de la fumée passive se pose avec moins d'acuité, et, d'autre part, les occupants de tels lieux (chambres d'hôtel et lieux d'hébergement) peuvent se prévaloir, dans de tels cas, d'un droit à la protection de leur sphère privée. Les recourants perdent de vue que les modifications apportées au texte de l'initiative ont précisément pour but de tenir compte de ces situations particulières et de permettre de tels assouplissements, dictés par le principe de proportionnalité. Il est vrai que le changement rédactionnel adopté par le Parlement genevois n'apporte, à première vue, pas d'amélioration sensible au texte des initiants: tout comme le texte original, l'art. 178B al. 3 indique que les lieux mentionnés sont "concernés" par l'interdiction de fumer proclamée à l'alinéa précédent. Toutefois, selon l'idée exprimée par l'auteur de l'avis de droit, suivi par la majorité de la Commission législative puis du Parlement genevois, il s'agissait, par cette modification, d'affirmer que les lieux mentionnés à l'alinéa 3 de l'art. 178B sont concernés, mais seulement dans la mesure où ceux-ci doivent être considérés comme publics. Cela permettrait d'exclure les parties des bâtiments à caractère exclusivement ou essentiellement privatif. Bien qu'un tel assouplissement ne ressorte pas clairement de la seule lecture du texte adopté, le Parlement a ainsi d'ores et déjà manifesté son intention dans la perspective de l'interprétation du texte constitutionnel et de l'élaboration de sa législation d'exécution. En effet, l'interprétation de la disposition constitutionnelle devra se fonder sur les travaux préparatoires et les intentions qui ont été clairement exprimées à cette occasion (ATF 121 I 334 consid. 2c p. 338). La modification apportée par le Grand Conseil introduit donc la possibilité d'une interprétation et d'une application conformes, le cas échéant, au droit supérieur.

7.4. Le Grand Conseil n'a pas non plus méconnu les atteintes possibles à la liberté économique, laquelle comprend notamment le libre exercice d'une activité lucrative (art. 27 al. 2 Cst.). L'interdiction de fumer dans les établissements publics tels que les restaurants, les bars et les hôtels n'affecte pas directement les exploitants dans le libre exercice de leur profession. Il n'est au demeurant pas démontré que l'interdiction de fumer entraînera une diminution du chiffre d'affaires (cf. FF 2006 p. 3553, note 9). Il est vrai qu'elle rendra a priori impossible l'exploitation d'établissements qui seraient exclusivement consacrés à la consommation de tabac (bars à cigares ou à narguilés). Dans ces endroits, fréquentés exclusivement par des fumeurs (sous réserve des employés dont la protection relève, on l'a vu, de la LTr), le problème de la fumée passive ne se pose pas dans les

mêmes termes, ce qui pourrait également justifier une dérogation dans la loi; la possibilité existe en outre de faire de ces établissements des clubs privés. Ces aménagements pourront, eux aussi, être prévus dans la législation d'application.

7.5. Sur le vu de ce qui précède, le législateur disposera d'un large pouvoir d'appréciation pour adapter l'interdiction de fumer aux différentes situations qui l'exigent. Les craintes des recourants que le caractère disproportionné de la norme constitutionnelle se retrouve dans la loi et que celle-ci ne puisse, de ce fait, pas faire l'objet d'un nouveau recours, apparaissent dès lors infondées. Le grief doit par conséquent être écarté.

8. Les recourants estiment enfin que le texte de l'initiative, tel que modifié par le Grand Conseil, ne serait pas suffisamment clair pour permettre aux électeurs de saisir la portée du projet qui leur sera soumis. En effet, l'IN 129 ne pourrait se comprendre que comme une interdiction absolue; la possibilité de prévoir des exceptions ne serait qu'une supposition sur la manière dont l'initiative sera mise en oeuvre dans la loi.

8.1. Selon l'art. 34 al. 2 Cst., la garantie des droits politiques protège la libre formation de l'opinion des citoyens et des citoyennes et l'expression fidèle et sûre de leur volonté. Les votations et élections doivent être organisées de telle manière que la volonté des électeurs puisse s'exercer librement, notamment sans pression ni influence extérieure (ATF 129 I 185 consid. 5 p. 192; 121 I 138 consid. 3 p. 141 avec les références). Cela implique en particulier une formulation adéquate des questions soumises au vote. Celles-ci ne doivent pas induire en erreur, ni être rédigées dans des termes propres à influer sur la décision du citoyen (ATF 106 Ia 20; 131 I 126 consid. 5.1 p. 132).

8.2 En l'occurrence, l'objet soumis aux citoyens genevois n'a rien d'insolite ou de trompeur: le texte de l'initiative est clair quant au principe; il l'est certes moins quant à la possibilité de prévoir des exceptions par voie législative, mais cela pourra être, le cas échéant, rappelé aux électeurs dans le message explicatif. Les recourants craignent que l'initiative soit approuvée tant par les citoyens favorables à une interdiction totale que par ceux qui pourraient désirer des assouplissements. Il est évident que le texte de l'initiative, tel que modifié et interprété par le Grand Conseil, est susceptible de recueillir une plus grande approbation dans la population. Cela n'est toutefois pas la conséquence d'une manipulation ou d'une atteinte à la liberté de choix des citoyens: le Grand Conseil est intervenu par souci de respecter le droit supérieur et dans le but d'éviter une invalidation totale, ce qui correspond à la mission qui lui revient en vertu de l'art. 66 Cst./GE. Ce dernier grief doit par conséquent lui aussi être rejeté.

9. Sur le vu de ce qui précède, le recours de droit public doit être rejeté. S'agissant d'un recours pour violation des droits politiques, il n'est pas perçu d'émolument judiciaire, ni alloué de dépens.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1. Le recours est rejeté.

2. Il n'est pas perçu d'émolument judiciaire, ni alloué de dépens.

3. Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire des recourants et au Grand Conseil du canton de Genève.

Lausanne, le 28 mars 2007

Au nom de la Ire Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le président: *Le greffier:*