

ANALYSE ET COMMENTAIRE
SUR LA CONSTITUTIONNALITÉ DE
L'INITIATIVE « FUMÉE PASSIVE ET SANTÉ »

par

Me Doris VATERLAUS

Avocate au Barreau de Genève

* * * * *

* * *

*

**L'initiative « Fumée passive et santé » respecte le droit fédéral et
elle est conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral**

CONSIDÉRATIONS PRÉLIMINAIRES

La lutte contre le tabagisme est l'une des préoccupations majeures de la société et de l'Etat aujourd'hui. La Convention cadre de l'OMS pour la lutte antitabac du 21 mai 2003, signée par 168 Etats dont la Suisse et ratifiée à ce jour par 117 pays, déclare notamment que la propagation de l'épidémie de tabagisme est un problème mondial aux conséquences sérieuses pour la santé publique qui appelle la coopération internationale la plus large possible et la participation de tous les pays à une action internationale efficace, adaptée et globale. Elle constate que *« des données scientifiques ont établi de manière irréfutable que la consommation du tabac et l'exposition à la fumée du tabac sont cause de décès, de maladie et d'incapacité, et qu'il existe un décalage entre l'exposition à la cigarette et l'utilisation d'autres produits du tabac et l'apparition des maladies liées au tabac »*. Cette convention cadre expose encore que *« les cigarettes et certains autres produits contenant du tabac sont des produits très sophistiqués, qui visent à engendrer la dépendance, qu'un grand nombre des composés qu'ils contiennent et que la fumée qu'ils produisent sont pharmacologiquement actifs, toxiques, mutagènes et cancérigènes, et que la dépendance à l'égard du tabac fait l'objet d'une classification distincte en tant que trouble dans les grandes classifications internationales des maladies »* (Préambule de la Convention-cadre, p. 4)

Selon le Professeur Andreas AUER (Le droit face à la *political correctness* : la constitutionalité de l'initiative populaire genevoise « Fumée passive et santé », octobre 2005, p.3, N° 3), *« le front de la lutte antitabac se nourrit d'un jugement moral qui a grandi dans un cadre de ce que l'on appelle la political correctness : fumer est mauvais pour vous et surtout pour les autres »*.

L'analyse du Professeur AUER procède d'un sophisme : en effet, **la lutte antitabac ne repose nullement sur un jugement de valeur ou un jugement moral, mais sur des faits scientifiquement constatés**, à savoir que la fumée du tabac est nocive pour la santé, qu'elle provoque des cancers et des maladies cardio-vasculaires et que la nicotine contenue dans les cigarettes et les autres formes de tabac engendre et entretient la dépendance (OMS, US Surgeon General, US environmental protection agency). *« Plus d'un demi million de personnes meurent chaque année dans l'Union européenne des conséquences directes ou indirectes du tabagisme. La dépendance à la nicotine est ainsi la plus importante cause évitable de maladie et de mort prématurée »* (Commission européenne de santé publique, 2005, cité in :http://europa.eu.int/comm/health/ph_determinants/life_style/Tobacco/tobacco_fr.htm).

En 2002, le Centre international de recherches sur le cancer, qui est la référence mondiale en la matière, a officiellement classifié la fumée passive dans le Groupe 1 des substances cancérigènes. La fumée passive y côtoie l'amiante, le gaz moutarde, l'arsenic et le radon.

Le succès de l'initiative « Fumée passive et santé » à Genève (plus de 20'000 signatures en deux mois) traduit le regard de la population qui a compris comment les fabricants de cigarettes ont utilisé la désinformation sur la nocivité de leurs produits qui entraînent la mort de leurs fidèles clients, clients d'autant plus fidèles que le produit en question les

enchaîne dans une dépendance comparable à celle provoquée par les drogues non autorisées par la Constitution fédérale. « *Des études récentes ont montré qu'entre 75% et 90% des fumeurs fréquents répondent aux critères de dépendance établis par les principales organisations de santé publique* » (Site Internet de Philip Morris, Suisse : www.philipmorrisinternational.com/CH_fra/pages/fra/smoking/FDA.asp).

Ainsi, même Philip Morris, le plus grand fabricant de cigarettes au monde, conseille au public et notamment à son personnel de suivre les recommandations des experts et des autorités de santé publique :

« Les autorités de santé publique ont conclu que le tabagisme passif provoque chez l'adulte non-fumeur des maladies telles que le cancer du poumon et les maladies cardiaques, ainsi que des problèmes de santé chez l'enfant comme l'asthme, les infections respiratoires, la toux, la respiration sifflante, l'otite moyenne (infection de l'oreille moyenne) et le syndrome de la mort subite du nourrisson. En outre, les experts en matière de santé publique ont établi que le tabagisme passif peut aggraver l'asthme chez l'adulte et provoquer des irritations des yeux, de la gorge et du nez. Le tabagisme passif, également appelé fumée passive ou fumée ambiante, est une combinaison de la fumée émanant du bout allumé d'une cigarette et de la fumée exhalée par le fumeur.

Le public devrait prendre en compte les conclusions des experts en matière de santé publique lorsqu'il décide de se rendre ou non dans des lieux où de la fumée de tabac ambiante est présente, ou, s'il est fumeur, si et où il peut fumer en présence d'autres personnes. Des précautions particulières sont à prendre lorsque les enfants sont concernés, et les adultes devraient éviter de fumer en leur présence.

Philip Morris International est convaincu que les conclusions des experts en matière de santé publique sont suffisantes pour justifier la mise en place de mesures réglementant le tabagisme dans les lieux publics » (Site Internet de Philip Morris, Suisse : www.philipmorrisinternational.com/CH_fra/pages/fra/smoking/Secondhand_smoke.asp).

Aujourd'hui, il n'est plus possible de minimiser le danger que représente pour la santé publique les effets de la fumée et en particulier de la fumée passive. Prétendre, comme le fait le Professeur Andreas AUER, qu'il subsiste des doutes sur l'existence de dommages causés par la fumée passive à la santé de la population (op. cit., p. 23, N° 95), relève sans conteste d'une **attitude révisionniste**, attitude fondamentalement inacceptable de la part d'un Professeur d'Université.

Des centaines d'études neutres (cf. le rapport 2005 de Californian environmental protection agency) faites par des chercheurs sans liens d'intérêts quelconques, animés par leur seul souci de vérité, d'objectivité et de bien public, ont prouvé une telle nocivité, et même Philip Morris admet aussi sans réserve cette nocivité.

L'unique étude sur laquelle le professeur AUER base son argumentaire (James E. ENSTROM et Geoffrey C. KABAT, Environmental tobacco smoke and tobacco related mortality in a prospective study of Californians, in BJM 2003 ; cf. site www.bjm.com) est contestée par la communauté scientifique. Des documents internes à l'industrie du tabac, rendus publics à la suite d'une décision de la justice américaine, montre que cette étude a été financée et dirigée par l'industrie du tabac, dans le but précis de « *créer la controverse* » et d'alimenter les discours de personnes non averties. L'auteur de l'étude mis en exergue

par le professeur AUER est cité dans le dossier d'accusation du procès intenté par le gouvernement américain contre les fabricants de tabac pour « *pratiques mafieuses* », comme l'un des principaux « *consultants* » de cette industrie – aux côtés d'un certain Ragnar RYLANDER ayant participé à la conspiration et à la fraude scientifique entreprise massivement par cette industrie pour tromper sa clientèle et promouvoir ses produits.

D'ailleurs, M. AUER a bel et bien déclaré que si la science juridique est une science d'argumentation (op. cit., p. 3, N° 10), celle-ci ne saurait cependant reposer sur des constatations erronées ou des faits biaisés, car l'analyse en serait alors faussée et les conclusions infondées.

1. LE CANTON EST COMPÉTENT POUR LÉGIFÉRER EN MATIÈRE D'HYGIÈNE ET DE SANTÉ PUBLIQUE

L'initiative populaire « Fumée passive et santé » est fondée sur deux compétences cantonales expressément mentionnées dans le texte de l'initiative, à savoir le **respect de l'hygiène publique** et la **protection de la santé**.

L'initiative respecte les termes de l'art. 65A de la Constitution de la République et canton de Genève du 24 mai 1847 et les conditions de validité, à savoir : l'unité de forme, l'unité de matière, la conformité au droit supérieur (art. 49 Constitution fédérale) et l'exécutabilité.

L'existence ou l'absence d'une législation fédérale exhaustive constitue le critère principal pour déterminer s'il y a conflit avec une règle cantonale. Il faut, toutefois, souligner que, même si la législation fédérale est considérée comme exhaustive dans un domaine donné, une loi cantonale peut subsister dans le même domaine si la preuve est rapportée qu'elle poursuit un autre but que celui recherché par la mesure fédérale, à savoir notamment un intérêt public prépondérant. Ce principe, rappelé dans le recueil de droit constitutionnel suisse d'Andreas AUER, Giorgio MALINVERDI et Michel HOTTELIER, est cité dans l'arrêt rendu le 28 mars 2002 par le Tribunal fédéral dans la cause Association suisse des annonceurs et consorts contre Grand Conseil du canton de Genève portant sur les dispositions de la loi genevoise du 9 juin 2000 sur les procédés de réclame, qui interdit la publicité sur le tabac et l'alcool sur le domaine public ainsi que sur le domaine privé visible du domaine public (cf. ATF 128 I 295 et ss).

Dans l'arrêt précité, le Tribunal fédéral rappelle que « *ce n'est que lorsque la législation fédérale règle de manière **très complète et exhaustive** un domaine particulier que le canton n'est plus du tout compétent pour adopter des dispositions complémentaires, quand bien même celles-ci ne contrediraient pas le droit fédéral ou seraient même en accord avec celui-ci* ».

C'est à la lumière de ces principes qu'il convient d'examiner la portée des dispositions fédérales en cause pour déterminer si l'initiative « Fumée passive et santé » est conforme ou contrevient au droit fédéral. A ce propos, il faut se référer à l'arrêt précité étant donné que

les dispositions de l'initiative « Fumée passive et santé » s'inscrivent dans le même cadre que les dispositions cantonales interdisant la publicité en faveur du tabac, lesquelles ont été confirmées par ledit arrêt du Tribunal fédéral. En effet, les mesures contenues dans l'initiative sont fondées sur la **même** compétence cantonale que les mesures d'interdiction de la publicité en faveur du tabac, à savoir de **protéger la santé de la population**.

Doctrines et jurisprudences sont unanimes : la protection de la santé publique est une tâche qui relève en principe du domaine de la compétence des cantons, même si la Confédération a déjà pris des mesures dans certains secteurs.

Selon l'art. 5 al. 4 Cst, la Confédération et les cantons respectent le droit international. Les traités internationaux doivent ainsi être respectés par tous les organes de l'Etat et une législation fédérale et/ou cantonale doit être conforme aux traités internationaux qui lient la Suisse.

A titre d'exemple, on peut citer la Convention concernant la prévention et le contrôle des risques professionnels causés par les substances et agents cancérigènes du 24.6.1974 (RS 0.832.329), ratifiée par la Suisse le 28.10.1976 et entrée en vigueur le 28.10.1977 qui prévoit notamment, en matière de protection des travailleurs, que tout Etat membre qui a ratifié cette Convention doit prescrire les mesures à prendre pour protéger les travailleurs contre les risques d'exposition aux substances ou agents cancérigènes et devra instituer un système d'enregistrement des données. On pense ici aux travailleurs de la restauration qui sont particulièrement exposés aux agents cancérigènes dégagés par la fumée des clients de ces établissements publics. Or ceux-ci ne sont protégés que par l'art. 6 de la Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr), qui oblige l'employeur à prendre toutes les mesures, aménager ses installations et régler la marche du travail de manière à préserver autant que possible les travailleurs des dangers menaçant leur santé. Se fondant sur cette loi, le Conseil fédéral a édicté l'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail, du 18 août 1993 (OLT 3, RS 822.113). L'art. 19 OLT 3 stipule 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* ».

Cette législation est insuffisante pour atteindre le but recherché, savoir, la protection, non seulement des travailleurs de la restauration, mais, de toute la population.

Le tabac est assimilé aux denrées alimentaires, conformément à l'art. 3 al. 3 de la loi fédérale sur les denrées alimentaires et les objets usuels du 9 octobre 1992 (LDAL, RS 817.0) qui tire sa source dans l'art. 118 al. 2 Cst, disposition constitutionnelle donnant à la Confédération une compétence très fragmentaire en matière de protection de la santé. L'art. 13 al. 2 LDAL prévoit que « *lors de leur emploi et consommation usuels, les boissons alcooliques et le tabac ne doivent pas mettre de façon directe ou inattendue la santé en danger* ». Autrement dit, l'emploi et la consommation du tabac est licite pour autant que le produit ne tue pas ou ne cause pas de maladies graves subitement et directement suite à l'absorption du produit, ou de manière non prévisible.

Cette législation n'est pas non plus satisfaisante, puisqu'elle ne permet pas de protéger la population de manière efficace contre les dangers que représente la fumée du tabac avec le délai que l'on observe entre l'absorption et les conséquences funestes ultérieures.

L'arrêt du Tribunal fédéral (ATF 128 I 301, consid. d) rappelle que « **la protection de la santé publique est une tâche qui relève en principe du domaine de compétence des cantons** ». Il est vrai que la Constitution fédérale réserve néanmoins à la Confédération certaines compétences dans ce domaine. Toutefois, selon la doctrine, « *la Confédération n'aurait la compétence d'édicter des dispositions pour protéger la santé que dans les domaines exhaustivement cités à l'alinéa de l'article 118 de la Constitution (Ulrich HÄFELIN / Walter HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht – Die neue Bundesverfassung – 5^e édition, Zurich, 2001 n. 1086). A l'intérieur de ces domaines, elle dispose d'une compétence globale dotée d'un effet dérogatoire subséquent (FF 1997 I 338)* ». Or, on l'a vu, l'art. 118 Cst ne règle pas la compétence fédérale de manière exhaustive en matière de santé publique.

Le Tribunal Fédéral cite une série de dispositions légales et réglementaires prises sur la base de cette disposition constitutionnelle notamment dans le domaine de la publicité en faveur du tabac. Néanmoins, le Tribunal fédéral considère que la Confédération ne dispose pas dans ce domaine d'une compétence législative complète et exhaustive et n'a concrètement pas usé de manière exhaustive de la compétence qui lui a été attribuée. Il en conclut, en raison des dispositions disparates adoptées par la Confédération, qu'on ne saurait considérer que les compétences fédérales éparses résultant des normes mentionnées excluent complètement celles, plus générales, des cantons en matière de politique sanitaire. Cela d'autant plus s'il s'agit, sans les contredire, de renforcer les normes de prévention contre le tabagisme et ses effets néfastes (y compris pour les personnes subissant la fumée passive), de sorte qu'on ne saurait dire qu'il y ait violation du principe de la force dérogatoire du droit fédéral (cf. lettres e) et f) page 303 ATF précité).

Au vu de cet important arrêt du Tribunal fédéral, dont les principes doivent s'appliquer mutatis mutandis à l'initiative « Fumée passive et santé », il en découle que la protection de la santé publique constitue une compétence partagée entre la Confédération et les cantons, de sorte que dans le domaine spécifique de la lutte contre le tabagisme et de ses effets néfastes sur la population, qui relève manifestement de la politique générale en matière sanitaire, les cantons sont légitimés à légiférer dans ce domaine.

A cela s'ajoute le fait que les mesures de **protection de l'hygiène publique**, qui s'appliquent aux méfaits du tabagisme à l'égard des de toute personne qui inhale la fumée passive, relèvent de la compétence exclusive des cantons (cf. Jean-François AUBERT, Traité de droit constitutionnel, 3 vol. Neuchâtel, 1967/1982, ch. 707).

Le professeur AUER arrive lui aussi à la conclusion que le canton de Genève est compétent pour légiférer dans le domaine de la fumée passive, l'initiative ne violant ni le principe de la primauté du droit international, ni celui de la primauté du droit fédéral (AUER, op. cit., p. 10, N° 39).

2. LE BUT DE L'INITIATIVE RELÈVE D'UN INTÉRÊT PUBLIC PRÉPONDÉRANT INDISPUTABLE

En principe les libertés sont inviolables. Cependant, l'Etat peut restreindre les libertés pour atteindre un but d'intérêt public, par conséquent légitime.

La doctrine et la jurisprudence retiennent comme le relève à juste titre le professeur AUER (op. cit. p. 18, N° 78), la protection de l'ordre public, la sécurité, la tranquillité, **la santé**, et la moralité publiques, ainsi que la bonne foi dans les affaires, comme des justifications valables opposables à toutes les libertés.

La lutte contre le tabagisme et ses effets néfastes à l'égard non seulement des non fumeurs, mais aussi de toute la population, relève d'un intérêt public prépondérant indiscutable. En effet, comme c'est le cas pour les mesures interdisant la publicité en faveur du tabac, la protection de la santé de la population et de l'hygiène publique, qui sont les deux buts principaux de l'initiative, constituent sans aucun doute un objectif d'intérêt public qui justifie la limitation des droits fondamentaux des citoyens, tels que certaines libertés de la personne. Le Tribunal fédéral le rappelle en page 309, sous lettre bb), de l'arrêt précité.

Dans le cas d'espèce, encore faudrait-il que l'acte de fumer puisse être considéré comme une liberté fondamentale protégée par la Constitution.

Le professeur AUER pense que l'initiative porte une atteinte aux libertés, en particulier à celle de fumer qu'il décrit comme un « *attribut de la personnalité, qui est protégé par la garantie constitutionnelle et conventionnelle de la vie privée* » (AUER, op. cit., p. 14, N° 56).

Tel n'est absolument pas le cas. En postulant que consommer du tabac constitue un droit élémentaire de la personne humaine, le professeur AUER occulte manifestement un droit fondamental bien plus important : celui de respirer un air non contaminé par la fumée du tabac. Ce dernier droit fondamental a sans conteste la préséance sur celui de fumer. Fumer est décrit, par le professeur AUER, comme une « *activité de loisir* » (op. cit. p. 13, N° 52), « *qui peut procurer, selon le cas, de la satisfaction personnelle sur le plan à la fois physique et psychique (...)* » (op. cit. p.14, N° 54). Cette manière de voir est peut-être exacte pour un fumeur très occasionnel, mais certainement pas pour un fumeur qui répond aux critères de dépendance établis par les principales organisations de santé publique, c'est-à-dire les personnes qui constituent entre le 75% et le 90% des fumeurs (conclusions de la Food and Drug Administration (FDA) citée par Philip Morris). Dans ces conditions, **fumer ne peut être qu'un acte permettant à la personne dépendante de calmer l'effet de manque qu'elle ressent à intervalles réguliers, et non « une activité de loisir qui procure de la satisfaction personnelle ».**

Le Tribunal fédéral n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la question de savoir si le fait de fumer constitue une liberté fondamentale protégée par la Constitution fédérale parce que ce droit serait une manifestation élémentaire de la personne humaine. A notre avis, fumer ne saurait entrer dans la catégorie du « *droit de choisir son mode de vie, d'organiser ses loisirs et d'avoir des contacts avec autrui* » tel que défini par le Tribunal fédéral (ATF 103 Ia 293, 295). Contrairement à l'avis du Professeur AUER, fumer n'a pas de « *lien avec la personnalité bien plus profond que d'autres choix* », précisément parce que **fumer n'est en réalité que le reflet de la dépendance engendrée par le tabac et non un choix délibéré, effectué en toute connaissance de cause.** Bien au contraire, ce sont souvent des adolescents de plus en plus jeunes qui, notamment sous l'effet de la pression sociale, pour

« *faire comme les adultes* », pour « *être acceptés par le groupe* », etc, commencent à fumer, prétendent immédiatement « *qu'ils peuvent arrêter quand ils le veulent* », mais qui peu à peu se trouvent pris dans une spirale de dépendance dont ils ne peuvent plus se défaire. Nombre de jeunes commencent à fumer pour les mêmes raisons : imiter les copains, même s'ils ne fument pas tous, afin de se démarquer de l'enfance . Les cigarettiers l'affirment haut et fort : « *l'acte de fumer est un acte d'adulte* », tout en sachant pertinemment que c'est cela qui constitue le facteur le plus incitatif du tabagisme chez les adolescents (site Internet de Japan Tobacco International : www.jti.com/francais/corp_responsibility/our_positions/position_active_smoking.aspx).

La dépendance à la nicotine ne permet pas d'affirmer que le fumeur a le choix ; bien au contraire, le fumeur n'est pas libre, quand bien même plus de la moitié des fumeurs envisage d'arrêter (« *70% des fumeurs actuels ont déclaré souhaiter arrêter de fumer complètement ; 84.3% des individus qui fumaient 20 cigarettes ou plus par jour ont tenté en vain de réduire le nombre de cigarettes qu'ils fumaient* » » Site Internet de Philip Morris International, www.philipmorrisinternational.com/CH_fra/pages/fra/smoking/FDA.asp).

On peut sans hésiter affirmer que parmi les libertés fondamentales se trouvent le droit de rester en bonne santé et d'être protégé contre la nocivité du tabagisme. En revanche, en droit, il n'existe aucune liberté admettant le fait de nuire intentionnellement à sa santé, voire de nuire à celle d'autrui.

Considérer ainsi, à l'instar du professeur AUER, qu'un comportement d'addiction biologique est l'expression d'une liberté fondamentale, relève plus de la turlupinade que d'un raisonnement juridique pertinent.

Vu ce qui précède, il est évident que le but de l'initiative relève d'un intérêt public prépondérant.

3. LE DROIT DE PROPRIÉTÉ ET LA LIBERTÉ ÉCONOMIQUE NE SONT PAS VIOLÉS

Selon l'art. 27 al. 1 Cst, « *la liberté économique est garantie* ». Cette disposition constitutionnelle a pour but de protéger toute activité économique privée ayant un but lucratif.

L'interdiction de fumer dans les lieux privés ouverts au public (les restaurants, bars, hôtels, cabarets, dancings, salles de spectacles, etc.) n'est pas de nature à affecter la liberté économique des tenanciers et gérants de ces établissements qui peuvent continuer d'exercer leur profession et exploiter leur commerce librement. Les craintes émises par les professionnels de la restauration concernant l'éventuelle baisse de leur chiffre d'affaires et donc de leur bénéfice ne sont pas fondées (Pro Aere, Tabagisme passif : préjudice population et économie ? Faits et possibilités, 21 août 2005, , ch. 9.1). Les expériences

faites dans les pays qui ont pris des mesures semblables à celles préconisées par l'initiative démontrent que ces craintes sont irrationnelles.

Comme le Tribunal fédéral l'a relevé à juste titre dans l'arrêt visé plus haut, le droit de propriété n'est pas violé dans la mesure où les lieux ouverts au public se trouvent dans des locaux privés, l'Etat étant manifestement en droit (comme il l'a fait en maints bâtiments) d'imposer l'interdiction de fumer dans des bâtiments et lieux dépendant des collectivités et institutions publiques. Cela est particulièrement vrai pour les lieux ouverts au public en vertu d'une autorisation d'exploiter. En effet, le Tribunal fédéral a rappelé, dans cet arrêt précité, qu'il peut être dérogé au droit de propriété par une disposition légale précise qui est justifiée par un intérêt public prépondérant. Dans le cas d'espèce, cette condition est pleinement respectée en raison du but poursuivi par l'initiative relevant de l'hygiène et de la santé publique.

Il est rétorqué que celui qui voudrait « *ouvrir et exploite un bar à cigares, un local pour fumeurs de pipes ou autres narghileh* » (AUER, op. cit. p. 17, N° 67) ne pourrait le faire vu l'interdiction de fumer prévue par l'initiative. Tel n'est pas le cas, l'exploitant d'un tel établissement pouvant parfaitement vivre de son commerce, pour autant qu'il dispose d'un espace à l'air libre permettant aux fumeurs d'y pratiquer leur activité favorite.

L'interdiction de fumer dans les lieux publics les rendra accessibles à une partie de la population qui en est aujourd'hui exclue à cause de leur atmosphère enfumée. Il est estimé que pour environ 5% de la population (ce qui n'est pas négligeable), l'exposition à la fumée de tabac provoque des effets aigus : crise d'asthme, problèmes cardiaques, difficultés respiratoires. A l'instar de la loi instaurant l'accessibilité des établissements publics aux handicapés, l'interdiction de fumer permettra à cette population de pouvoir à nouveau fréquenter ces lieux de vie sociale.

4. LE PRINCIPE DE LA PROPORTIONNALITÉ EST RESPECTÉ

La conclusion de l'avis de droit du Professeur AUER postule que l'initiative serait anticonstitutionnelle en raison d'une violation du principe de proportionnalité.

Cette manière de voir est erronée comme nous allons le démontrer ci-après :

Comme nous l'avons déjà expliqué, la question de savoir si le droit de fumer fait partie de la liberté personnelle reste controversée, voire très contestée ! Par contre, il est manifeste que le non fumeur peut invoquer la liberté personnelle pour ne pas se trouver exposé, contre son gré, à la nocivité de la fumée passive.

Le Tribunal fédéral admet uniquement une violation du principe de la proportionnalité, si l'inaptitude à atteindre le résultat recherché par la mesure paraît manifeste.

De toute façon, l'initiative ne viole pas le principe de la proportionnalité.

L'interdiction de fumer en des lieux publics, qui est pratiquée à maints endroits (notamment dans des grands bâtiments comme l'Hôpital cantonal, l'Université, l'aéroport, les salles de spectacles etc.), y compris les trains et les avions (durant plusieurs heures de voyage), est depuis longtemps acceptée, sans discussion, en tant qu'atteinte limitée à la « liberté » des fumeurs.

L'interdiction de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés est la conséquence logique d'un principe bien établi, à savoir celui qui consiste à traiter toute pollution à sa source. Nombre d'Etats étrangers l'ont déjà compris et ont édicté des mesures draconiennes en la matière.

Cette limitation de la « liberté » des fumeurs trouve amplement sa légitimation dans la réglementation sur la protection de la santé publique et de l'hygiène publique.

Dans de nombreux domaines, la Confédération a déjà été amenée à restreindre les libertés. On peut citer en vrac, à titre d'exemple : la limitation des heures de travail dans l'industrie et le commerce, l'interdiction du travail des enfants dans les manufactures (Loi sur le travail dans sa version de 1875), l'obligation de boucler la ceinture de sécurité dans les voitures, l'interdiction de téléphoner en conduisant, sauf si l'on est muni d'un kit mains-libres, la limitation à 0.5‰ du taux d'alcool dans le sang pour conduire un véhicule automobile, les limitations de vitesse, les prescriptions en matière de construction, en matière d'hygiène publique dans les débits de boissons, en matière de publicité, etc.

Il n'en va pas différemment en matière de fumée, car il existe une alternative : les fumeurs peuvent sortir quelques minutes des lieux concernés s'ils souhaitent fumer une cigarette. Pour les plus dépendants, il est possible de bénéficier de prescriptions médicales ou tout simplement de patches, de gommes, etc.

Pour le bien-être de tous les individus sans distinction d'aucune sorte et pour protéger de manière efficace la majorité de la population y compris les fumeurs, il s'impose aujourd'hui de légiférer dans ce domaine. Le but recherché légitimerait même une violation du principe de la proportionnalité – ce qui est néanmoins pas le cas.

Les non fumeurs ne doivent pas composer « *avec une simple incommodité* » comme le prétend le professeur AUER (op. cit. p. 19, N° 80), qui ne justifierait pas les restrictions aux libertés des fumeurs. Bien au contraire, comme déjà souligné, la fumée du tabac est bien plus qu'une simple « *incommodité* », c'est un fléau mondial contre lequel il convient de lutter en prenant « *des mesures pour protéger tous les individus contre l'exposition à la fumée du tabac* » (Convention-cadre de l'OMS, art. 4, lettre a).

Même s'agissant de certaines situations où la présence de fumeurs est involontaire (prisons, institutions hospitalières, cliniques psychiatriques, etc.), le respect du principe de proportionnalité peut être garanti.

Face au problème de dépendance que présente la fumée de cigarettes, le détenu pourrait bénéficier d'un élargissement de son droit à la promenade en milieu ouvert pour s'adonner à son tabagisme ; il pourrait aussi bénéficier de programme de désaccoutumance ou de patches.

En outre, quand on est en présence d'un détenu toxicomane, dépendant à l'héroïne par exemple, il n'est pas autorisé que celui-ci puisse continuer à se droguer dans sa cellule, car l'héroïne est une substance illicite. Face à un produit licite, le tabac, mais provoquant la dépendance de la même façon que les drogues illicites, on est en droit de s'interroger si la privation « forcée » du tabac ne constitue pas une mesure identique – et par conséquent admissible – à celle interdisant au détenu de continuer à consommer des stupéfiants en cellule ou dans les locaux communs de la prison.

On peut prendre comme exemple les prisons californiennes où, depuis un an, il est totalement interdit de fumer dans l'enceinte sans que cela ait provoqué des problèmes démesurés.

En outre, l'établissement pénitentiaire n'est pas hermétiquement clos ; il est également fréquenté par le personnel surveillant, par les livreurs, par des visiteurs, par les avocats etc. Toutes ces personnes ont également le droit de se trouver dans un lieu exempt de la fumée du tabac.

Comme l'usage du tabac pourrait continuer lors des promenades, il ne s'agirait en définitive que d'une limitation parfaitement compatible avec le but recherché et le respect du principe de proportionnalité.

Quant aux personnes qui sont dans les établissements psychiatriques ou hospitalisées, la situation est identique. La possibilité de fumer peut être maintenue : des espaces à l'air libre, éventuellement chauffés, peuvent être aménagés (esplanade, balcon, terrasse protégée sur le toit, etc).

Il ne faut pas perdre de vue que le but à atteindre consiste à protéger toute la population contre les effets mortels de la fumée passive dans les locaux publics fermés.

Il est difficile de débattre de la question de la proportionnalité sans glisser sur le terrain de la subjectivité avec des appréciations qui diffèrent d'un individu à l'autre. Mais, l'opinion du professeur AUER, non scientifique, influencé par certains intérêts bien connus, ne peut en aucun cas être suivi.

Dans la balance des intérêts en cause, il est évident que l'intérêt prépondérant, et à protéger, est celui de toute personne exposée à la fumée passive, compris les fumeurs. En revanche, les fumeurs ne peuvent en aucun cas invoquer un droit constitutionnel leur permettant d'imposer à des tierces personnes les effets néfastes de leur tabagisme sur la santé.

5. CONCLUSION

Le Conseil d'Etat de Genève a admis que l'initiative poursuit un but d'intérêt public manifeste et, en souhaitant lui opposer un contre-projet qui devrait contenir quelques exceptions, le peuple fera son choix lorsque ces objets lui seront soumis en votation.

Il appartient désormais au Grand Conseil de Genève d'étudier l'initiative et de rédiger un contre-projet comme le souhaite le Conseil d'Etat. Mais il lui appartient surtout d'agir avec célérité, car les citoyennes et citoyens ne comprendraient pas que l'on repousse aux calendes grecques la mise en votation d'un objet aussi important. Ils attendent avec impatience de pouvoir se prononcer sur ce choix capital de société, puisqu'il peut modifier, de manière très importante, leur confort quotidien dans les lieux publics et améliorer ainsi leur santé.

L'initiative pose un principe général clair : celui d'une **nouvelle norme sociétale**. Comme le dit le Dr. Michel STAROBINSKI, Président du Groupe des Oncologues genevois, dans sa lettre du 21 novembre 2005 à M. AUER : *« le choix de s'exposer aux produits nocifs doit être restreint à la stricte sphère privée et aux seuls risques des consommateurs de tabac. La morale et l'éthique nous dictent qu'il est grand temps qu'au « j'ai bien le droit » puéril de quelques fumeurs succède un esprit de responsabilité lucide. Notre pratique de cancérologie nous le rappelle quotidiennement ».*

Comme le principe de la proportionnalité est respecté, l'initiative « Fumée passive et santé » est recevable et elle est parfaitement conforme à toutes les exigences définies par la Constitution.

Me Doris VATERLAUS
Avocate au Barreau de Genève