

**Le droit face à la *political correctness* :  
la constitutionnalité de l'initiative populaire genevoise  
« Fumée passive et santé »**

**Andreas Auer**  
Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève

octobre 2005

Cet avis de droit sera publié dans le numéro de décembre 2005 de la revue scientifique  
"Pratique Juridique Actuelle" (St.-Gall)

## Table des matières

	<b>Introduction</b>	1
<b>I</b>	<b>Considérations liminaires</b>	1
<b>II</b>	<b>Le texte et l'exposé des motifs de l'initiative</b>	3
<b>III</b>	<b>Les conditions de validité des initiatives populaires cantonales</b>	4
<b>IV</b>	<b>La compétence des cantons de légiférer pour protéger la population contre la fumée passive</b>	6
	A Les règles internationales portant sur la fumée passive	7
	B Les dispositions fédérales portant sur la fumée passive	7
	C Existe-t-il un conflit de règles ?	9
<b>V</b>	<b>La conformité de l'initiative avec les droits fondamentaux</b>	10
	A L'existence d'une atteinte aux libertés	10
	a) La liberté personnelle	11
	b) Le droit à la protection de la sphère privée	13
	c) La liberté économique	16
	B Les conditions de restrictions aux libertés	17
	a) La base légale	17
	b) L'intérêt public	18
	c) La proportionnalité	20
	ca) L'aptitude	20
	cb) La nécessité	24
	cc) La proportionnalité au sens restreint	27
	<b>Conclusion</b>	29

## Introduction

1. En juillet 2005, une initiative populaire intitulée « Fumée passive et santé » a été déposée, munie du nombre prescrit de signatures, à la Chancellerie d'Etat du canton de Genève. Elle vise à ancrer dans la Constitution cantonale une nouvelle disposition, qui interdit de façon générale de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés. La présente contribution a pour objectif d'examiner la constitutionnalité de cette initiative. Elle reprend pour l'essentiel les considérations d'un avis de droit rendu en septembre 2005 à la demande d'une société de tabac et que, conformément à une pratique que je m'impose en pareilles circonstances, je n'avais accepté de rédiger qu'à condition de pouvoir en publier le contenu sous une forme appropriée.

2. Le présent article s'ouvre sur quelques considérations liminaires portant sur la difficulté d'effectuer des recherches scientifiques, en l'espèce juridiques, sur un thème qui, comme celui des effets de la fumée passive sur la santé publique et de l'opportunité, respectivement de la nécessité, de protéger celle-ci par des mesures étatiques adéquates, est au cœur d'un débat public où la passion et les partis pris l'emportent très largement sur la raison critique et la préoccupation d'objectivité relative, qui doivent guider toute analyse scientifique (I). Après une présentation du libellé de l'initiative et de l'exposé des motifs qui accompagne celle-ci (II), il s'agira de passer brièvement en revue les différentes conditions auxquelles le droit genevois et le droit fédéral soumettent la validité des initiatives populaires cantonales (III). Sur le fond, une première question, relativement facile à trancher, sera celle de la conformité de l'initiative à la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons dans le domaine en question (IV). Bien plus délicat et, à vrai dire décisif sera l'examen de la compatibilité de l'initiative avec les droits fondamentaux garantis par l'ordre juridique suisse et international (V).

## I Considérations liminaires

3. La lutte contre le tabagisme constitue l'une des préoccupations majeures de la société et de l'Etat contemporains. Le débat public, longtemps modéré et soucieux de nuances, a pris une tournure plus radicale depuis une bonne dizaine d'années. Un large front, composé d'organisations internationales, d'agences gouvernementales, d'organisations non gouvernementales, de fondations et de comités divers a déclenché une véritable croisade contre la fumée et les fumeurs. Ce front se nourrit d'un jugement moral qui a grandi dans le cadre de ce que l'on appelle la *political correctness* : fumer est mauvais pour vous et surtout pour les autres. L'industrie du tabac et, dans une moindre mesure, le secteur de la restauration sont souvent considérées comme l'incarnation même de ce mal, tant il est vrai qu'elles tirent un bénéfice économique de la production, de la promotion et de la consommation des produits du tabac : elles font en quelque sorte « du fric avec du mal », et cela ne se fait pas dans une société qui tient à se comporter de façon politiquement correcte. Dans ce tourbillon d'émotions, où la morale justifie le droit pour que celui-ci renforce à son tour la morale, il est difficile, sinon impossible de rester neutre et objectif. Tout est bon pour promouvoir la bonne cause ; rien en revanche ne peut justifier de favoriser la mauvaise.

4. Phénomène relativement récent des sociétés civiles occidentales<sup>1</sup>, la *political correctness* aspire, en se renforçant, à gagner l'Etat et le droit à sa cause. La morale se double ainsi de prescriptions et d'interdictions, suivies d'effets de droit. L'Etat, qui par ailleurs se nourrit du tabac à travers des taxes qu'il prélève, en interdit la publicité et tend à en réglementer la consommation en de termes toujours plus stricts, surtout mais pas seulement dans les lieux publics.

5. A l'image de la réglementation en vigueur en Irlande, en Norvège, en Italie et ailleurs, l'initiative populaire « Fumée passive et santé » (ci-après l'initiative) s'inscrit pleinement dans cette tendance, en proposant d'interdire la fumée dans les lieux publics intérieurs ou fermés du canton de Genève.

6. Si la morale a besoin de la science médicale au sens large pour tenter de prouver que ce qui est moralement répréhensible – la consommation du tabac – l'est aussi et surtout d'un point de vue de la santé publique, l'Etat a besoin de la science juridique pour établir que les restrictions qu'il entend imposer à cette consommation sont conformes à l'ordre juridique, voire requises par celui-ci.

7. De ce fait, les sciences naturelles et humaines sont prises en otage par les positions toujours plus radicales des uns et des autres. La nécessaire ouverture du débat scientifique sur des solutions qui se doivent d'être nuancées et dûment justifiées par des arguments autres que des partis pris, s'en trouve gravement menacée. La communauté scientifique et le public, dans leur diversité en quelque sorte naturelle, deviennent ainsi les instruments des protagonistes des positions radicales, pour tenter de promouvoir la solution juste et faire taire les positions opposées.

8. D'un côté, ce qui est ressenti comme une vérité inattaquable, parce que moralement nécessaire – la nocivité absolue de la fumée passive – est reproduit de rapport en compte-rendu, sans même que l'on se donne la peine de vérifier les données de base et les résultats des études recherches scientifiques. De l'autre côté, ce qui est considéré comme une hérésie – la nocivité relative de la fumée passive et l'importance d'autres facteurs – est démolie à coup d'arguments parfois émotionnels et irrationnels, qui n'hésitent pas à s'en prendre à la crédibilité scientifique et personnelle des chercheurs. Les nouveaux moyens de communication – Internet, courriel et autres *blogs* – étendent la portée et accentuent la virulence d'un débat, qui vise principalement non pas à faire avancer la science et progresser la société, dans leur nécessaire diversité, mais à discréditer et à faire taire l'adversaire. En matière de tabac, la pensée unique et lénifiante a pris largement le dessus sur le discours scientifique, qui, lui, ne peut vivre que de contradictions<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> "Political Correctness (PC) is the communal tyranny that erupted in the 1980s. It was a spontaneous declaration that particular ideas, expressions and behaviour, which were then legal, should be forbidden by law, and people who transgressed should be punished. It started with a few voices but grew in popularity until it became unwritten and written law within the community. With those who were publicly declared as being not politically correct becoming the object of persecution by the mob, if not prosecution by the state", PHILIP ATKINSON, *Political Correctness*, 1998, <http://www.users.bigpond.com/smartboard/pc.htm>. Voir aussi ANDREAS AUER, Les médias dans la nouvelle Constitution fédérale, in CASSANI/MAAG/NIGGLI (éd.), *Médias, criminalité et justice*, Coire 2001 13, 30-33.

<sup>2</sup> Sur l'ensemble de cette problématique, voir SHELDON UNGAR/DENNIS BRAY, *Silencing science: partisanship and the career of a publication disputing the dangers of secondhand smoke*, *Public Understanding of Science* 14, 2005 5-23.

9. Basée sur un avis de droit financé par l'industrie du tabac et rédigée, au surplus, par un fumeur qui ne s'en cache pas, la présente contribution s'expose d'emblée aux vicissitudes de ce débat biaisé. Si la conclusion à laquelle elle aboutit devait confirmer la constitutionnalité de l'initiative, elle devrait répondre au reproche insupportable de s'aligner aveuglément sur les positions passionnées des partisans inconditionnels de la nocivité de la fumée passive et de s'être laissé ainsi influencer par la vague montante de la *political correctness*. Si en revanche mes réflexions devaient conclure par l'inconstitutionnalité ou la constitutionnalité douteuse de l'initiative, elles n'éviteraient pas l'écueil d'être considérées comme étant le pur produit de la campagne pernicieuse de l'industrie du tabac, avec tout ce que cela comporte comme accusation de mauvaise foi, d'appât de gain et de perversion scientifique de son auteur: une telle conclusion ne pourrait en effet résulter que d'une manipulation de bas étage<sup>3</sup>. Dans l'un et l'autre cas, l'objectivité de la contribution et la réputation de son auteur seront d'emblée et lourdement mis en cause, et la science juridique, perçue comme un simple instrument des forces contradictoires en présence, sera à coup sûr perdante.

10. Si j'ai néanmoins décidé d'affronter ce défi, c'est que je suis convaincu que, loin d'être neutre, la science juridique est une science d'argumentation et que cette contribution finira donc, au-delà des passions qui animent et qui pervertissent le débat de société dans lequel elle s'inscrit, par être jugée par la seule solidité des arguments juridiques qui nourriront sa conclusion.

## II Le texte et l'exposé des motifs de l'initiative

11. Publiée dans la Feuille d'avis officielle du 4 mai 2005 et déposée en date du 7 juillet 2005, l'initiative comporte trois dispositions. Le nouvel art. 178B qu'elle propose d'introduire dans la Constitution genevoise charge d'abord le Conseil d'Etat « *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* » (al. 1). Elle prévoit ensuite qu'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* » (al. 2). Elle définit enfin, de façon fort détaillée, ce qu'il faut entendre par lieux publics intérieur ou fermés (al. 3), à savoir « *tous les bâtiments ou locaux publics dépendant de l'Etat et des communes ainsi que de toutes autres institutions de caractère public* » (let. a); « *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* » (let. b); « *tous les établissements publics au sens de la législation sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement* » (let. c); « *les transports publics et les autres transports professionnels de personnes* » (let. d) et « *les autres lieux ouverts au public tels que définis par la loi* » (let. e).

<sup>3</sup> « *Gegen den Passivraucherschutz hingegen kämpft die Industrie verbissen – indem sie Parlamentarier beeinflusst, dem Wirteverband GastroSuisse Kampagnen finanziert und Wissenschaftler bezahlt, damit sie Studien manipulieren, die belegen sollen, Passivrauchen sei ungefährlich...* », JÜRIG HURTER, entretien publié en août 2004 dans la presse alémanique, <http://www.proaere.ch/d/html/passivrauchen+8.html>; voir aussi CHUNG-YOL LEE/STANTON A. GLANTZ, The Tobacco Industry's Successful Efforts to Control Tobacco Policy Making in Switzerland (2001), <http://repositories.cdlib.org/ctcre/tcpmi/Swiss2001>.

12. La feuille de signature de l'initiative comporte un résumé en trois points des motifs poursuivis par les auteurs de celle-ci :

- Il est scientifiquement prouvé que la fumée passive entraîne la maladie, l'incapacité et la mort (Convention-cadre de l'OMS signée par 168 pays dont la Suisse). L'exposition à la fumée du tabac provoque des cancers et des maladies cardio-vasculaires. Elle est 100 fois plus dangereuse que la présence de l'amiante dans les immeubles. La fumée passive cause environ 1'000 morts par année Suisse, soit près du double des décès dus aux accidents de la route !
- Le personnel des établissements publics est le plus exposé. Il doit pouvoir travailler dans un environnement professionnel qui ne mette pas sa santé en péril. Les personnes les plus vulnérables (femmes enceintes, enfants, personnes âgées, personnes souffrant de troubles respiratoires, cardio-vasculaires et allergiques) ainsi que l'ensemble de la population doivent pouvoir fréquenter les lieux publics sans devoir respirer un air contaminé par la fumée de tabac.
- L'interdiction de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés améliore l'hygiène et la qualité de l'existence ; elle permet de sauver des vies, tout en réduisant les coûts de la santé.

### III Les conditions de validité des initiatives populaires cantonales

13. Aux termes de l'art 65A de la Constitution de la République et canton de Genève du 24 mai 1847 (Cst/GE)<sup>4</sup>, l'initiative populaire peut proposer une révision totale ou partielle de la constitution rédigée de toutes pièces. Proposant d'introduire dans la Constitution genevoise un nouvel art. 178B, intitulé « Protection de l'hygiène publique et de la santé *Fumée passive* », l'initiative fait partie de cette catégorie d'initiatives populaires.

14. Les conditions de validité des initiatives populaires sont, dans le canton de Genève, au nombre de quatre, à savoir l'unité de la forme, l'unité de la matière, la conformité au droit supérieur et l'exécutabilité<sup>5</sup>.

15. La condition de l'unité de la forme ou du genre est absolue, en ce sens que le Grand Conseil est tenu de déclarer nulle une initiative qui ne la respecte pas (art. 66 al. 1 Cst/GE). Lorsque le droit cantonal consacre l'initiative populaire non seulement sous la forme d'une proposition conçue en termes généraux, mais également sous la forme d'un projet rédigé de toutes pièces, les auteurs de l'initiative doivent opter pour l'une ou l'autre de ces deux formes. Ils ne sauraient mélanger les deux, car ce choix entraîne des conséquences importantes au niveau de la procédure: l'initiative non formulée devra en effet être concrétisée par le parlement, tandis que l'initiative rédigée de toutes pièces s'impose à ce dernier et devra être soumise au peuple, le cas échéant accompagné d'un contre-projet. Pour le Tribunal fédéral, le principe de l'unité de la forme découle de la liberté de vote et doit permettre au citoyen de mesurer les conséquences de sa signature ou de son vote<sup>6</sup>.

16. La condition de l'unité de la matière est relative : le Grand Conseil doit en effet scinder ou déclarer partiellement nulle l'initiative qui ne la respecte pas, selon que ses différentes parties sont en elles-mêmes valides ou non; à défaut, il la déclare nulle (art. 66 al. 2 Cst/GE). Selon la jurisprudence, l'exigence de l'unité de la matière interdit aux auteurs de

<sup>4</sup> RS/GE A 2 00.

<sup>5</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. I, L'Etat, Berne 2000 no 822-844.

<sup>6</sup> ATF 114 Ia 413, 416 *Sozialdemokratische Partei des Kantons Zürich* = JT 1990 I 226 ; PIERRE TSCHANNEN, Die Formen der Volksinitiative und die Einheit der Form, ZBl. 2002, 2-29.

l'initiative de mêler, dans un même objet soumis au peuple, plusieurs propositions de nature ou de but différents, qui forceraient ainsi le citoyen à une approbation ou à une opposition globales, alors qu'il pourrait n'être d'accord qu'avec une partie des propositions qui lui sont soumises<sup>7</sup>.

17. La troisième condition, qui porte sur la conformité au droit supérieur, est elle aussi relative. Lorsqu'une partie de l'initiative est manifestement non conforme au droit et que les parties qui subsistent sont en elles-mêmes valides, le Grand Conseil la déclare partiellement nulle ; lorsqu'elle dans son ensemble manifestement non conforme au droit, il la déclare nulle (art. 66 al. 3 Cst/GE). La relativité est donc double : pour être déclarée nulle en tant que telle, l'initiative doit poser un problème de conformité avec le droit supérieur dans l'ensemble de ses dispositions ou, à tout le moins, dans celles qui lui sont centrales ; au surplus, sa non-conformité au droit doit être manifeste. C'est dire que qu'une initiative dont la conformité au droit est simplement incertaine ou douteuse doit être soumise au vote du peuple<sup>8</sup>.

18. Pour être « conformes au droit », les initiatives cantonales doivent ainsi respecter le droit fédéral. Cette exigence découle du principe de la primauté de ce dernier (art. 49 al. 1 Cst.). Dans le cadre de sa mise en œuvre, il faut donc qu'une initiative concerne un domaine dans lequel le canton jouit d'une compétence, soit propre soit déléguée, pour légiférer. L'initiative doit, en d'autres termes, respecter la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons telle qu'elle est définie par la Constitution fédérale et les lois. Elle doit aussi être conforme à la législation fédérale. Il faut enfin que l'initiative respecte les droits fondamentaux qui sont garantis par la Constitution fédérale, par les traités internationaux et, plus généralement, l'ensemble du droit international.

19. La quatrième condition découle du droit fédéral, qui impose que les initiatives puissent être réalisées concrètement en cas d'acceptation par le corps électoral. Selon la jurisprudence, l'inexécutabilité est un motif d'invalidité qui découle d'un principe général du droit : il ne se justifie pas de demander au peuple de se prononcer sur un sujet qui n'est pas susceptible d'être exécuté. L'invalidation ne se s'impose toutefois que dans les cas les plus évidents. L'obstacle à la réalisation doit être insurmontable: une difficulté relative est insuffisante, car c'est avant tout aux électeurs qu'il appartient d'évaluer les avantages et les inconvénients qui pourraient résulter de l'acceptation de l'initiative<sup>9</sup>.

20. En ce qui concerne l'interprétation des initiatives populaires, la jurisprudence pose quelques règles. Tout d'abord, ce n'est pas l'intention des auteurs de l'initiative qui est déterminante, mais seulement le texte de celle-ci. Ensuite, l'autorité doit appliquer le principe de l'interprétation conforme à la constitution (*verfassungskonforme Auslegung*). Elle ne peut donc déclarer invalide une initiative que si elle ne parvient pas à lui trouver un sens qui la met en harmonie avec la constitution<sup>10</sup>. L'interprétation conforme à la constitution ne saurait aboutir toutefois à modifier le sens littéral d'une initiative<sup>11</sup>. Lorsque seule une partie de l'initiative paraît inadmissible, la partie restante peut subsister comme telle, pour autant qu'elle forme un tout cohérent et qu'elle puisse encore correspondre à la volonté des

<sup>7</sup> ATF 130 I 185, 195 *ASLOCA* ; 129 I 381, 384 *Comité d'initiative 119*.

<sup>8</sup> ANDREAS AUER, Problèmes et perspectives du droit d'initiative à Genève, Genève 1987 no 94/95.

<sup>9</sup> ATF 128 I 190, 202 *Michel Rossetti* ; 94 I 125 *Überparteiliches Initiativkomitee* = JT 1969 I 202.

<sup>10</sup> ATF 129 I 392, 395 *A.* ; 125 I 227, 232 *G.* ; 123 I 152 *G.* = SJ 1997, 656 ; 121 I 334 *Grünes Bündnis* = JT 1997 I 354 ; 118 Ia 195 *Canton de Berne* ; 111 Ia 303 *Sozialdemokratische Partei Graubünden* = JT 1987 I 262.

<sup>11</sup> ATF 112 Ia 382, 386 *Fédération des associations de quartier et d'habitants*.

initiants<sup>12</sup>. Enfin, le principe de l'inviolabilité du droit de vote exige que les autorités interprètent l'initiative dans le sens qui s'avère le plus favorable aux initiants: *in dubio pro populo*<sup>13</sup>.

#### IV La compétence des cantons de légiférer pour protéger la population contre la fumée passive

21. Selon son titre, le sens clair de ses dispositions et son exposé des motifs, l'initiative a pour but de protéger la population contre les atteintes à l'hygiène et à la santé publiques que provoque, selon ses auteurs, la fumée passive.

22. Or, doctrine et jurisprudence sont unanimes à considérer que la protection de la santé publique est une tâche qui relève en principe du domaine de la compétence des cantons<sup>14</sup>. En conséquence, par le jeu du système de la répartition des compétences prévu par l'art. 3 Cst., le canton de Genève est habilité à légiférer en matière de fumée passive. L'absence de tout conflit de compétence ne signifie pas cependant qu'il ne puisse y avoir de conflit de règles.

23. D'une part, aux termes de l'art. 5 al. 4 Cst., « la Confédération et les cantons respectent le droit international », droit international que, selon la règle de l'art. 191 Cst., le Tribunal fédéral et toutes les autorités doivent appliquer. L'obligation de respecter et d'appliquer les traités internationaux s'impose à tous les organes de l'Etat, quelle qu'ait été la procédure d'approbation suivie<sup>15</sup>.

24. D'autre part, le principe de la primauté du droit fédéral (art. 49 al. 1 Cst.) fait obstacle à l'adoption ou à l'application de règles cantonales qui éludent les prescriptions du droit fédéral ou qui en contredisent le sens ou l'esprit, notamment par leur but ou par les moyens qu'elles mettent en œuvre, ou qui empiètent sur les matières que le législateur fédéral a réglementées de façon exhaustive<sup>16</sup>.

25. C'est dire qu'il convient d'examiner, dans un premier temps, s'il existe, en droit international, une réglementation contraignante en matière de fumée passive qui s'impose aux autorités helvétiques (A). Ensuite, il y aura lieu de vérifier si la Confédération a édicté des règles, fondées sur des dispositions spécifiques de la Constitution fédérale, qui couvrent la même matière, à savoir la protection du public contre les effets nuisibles de la fumée passive (B). Dans l'affirmative, il y aura lieu de vérifier si l'initiative est susceptible de faire échec à l'application de ces règles internationales et fédérales (C).

<sup>12</sup> ATF 125 I 227, 232 G.; 124 I 107, 117 *Parti socialiste jurassien*; 121 I 334, 338 *Grünes Bündnis* = JT 1997 I 354, 357.

<sup>13</sup> ATF 128 Ia 190, 197 *Michel Rossetti*; 125 I 227, 231 G.; 118 Ia 195, 204 *Canton de Berne*.

<sup>14</sup> LUZIUS MADER, in *St.Galler Kommentar*, Art. 118, Zurich 2002 no 4; ERWIN MURER, *Wohnen, Arbeit, soziale Sicherheit und Gesundheit*, in THÜRER/AUBERT/MÜLLER (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001 § 62 no 22; ATF 128 I 295, 301 *Association suisse des annonceurs*; JAAC 2004 no 81; FF 1997 I 338.

<sup>15</sup> Art. 46 de la Convention de Vienne du 23 juin 1969 sur le droit des traités; RS 011.

<sup>16</sup> ATF 128 I 295, 299 *Association suisse des annonceurs*; 127 I 60, 68; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 5) no 1028-1041.

## A. Les règles internationales portant sur la fumée passive

26. En date du 21 mai 2003, les 192 Etats membres de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) ont adopté à l'unanimité la convention-cadre pour la lutte antitabac, premier traité de santé publique<sup>17</sup>.

27. Aux termes de l'art. 8 de la convention-cadre, intitulé « protection contre l'exposition à la fumée de tabac », « *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. 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* ». La convention-cadre est entrée en vigueur le 27 février 2005.

28. Doctrine et jurisprudence admettent que les traités internationaux valablement conclus et entrés en vigueur font partie intégrante de l'ordre juridique suisse, sans qu'il soit nécessaire de les « transformer » par un acte de droit interne. Dès leur entrée en vigueur et à condition qu'ils aient été ratifiés, ils sont incorporés au droit interne et en font partie intégrante<sup>18</sup>. En date du 24 juin 2004, la Suisse a signé la convention-cadre, mais elle ne l'a pas encore ratifiée. Dès lors, la convention-cadre ne lie pas, en l'état, la Suisse. Il est vrai qu'en vertu du principe de la bonne foi découlant de la règle *pacta sunt servanda*, la Confédération ne doit pas priver un traité de ses effets avant son entrée en vigueur<sup>19</sup>.

29. On peut ajouter que, selon sa lettre claire, l'art. 8 précité est une disposition-programme, qui ne confère pas directement des droits et des obligations aux particuliers, mais s'adresse aux Etats et qui ne régit la matière que dans ses grands contours, en laissant une marge appréciable de liberté aux législateurs nationaux. Lorsqu'elle n'est pas directement applicable, une disposition d'un traité ne peut devenir applicable en droit suisse qu'après avoir été concrétisée et précisée par une loi interne<sup>20</sup>. Il s'ensuit que, même après son entrée en vigueur, la convention-cadre n'a pas d'effets en droit suisse tant qu'elle n'est pas mise en œuvre par une législation appropriée.

## B. Les dispositions fédérales portant sur la fumée passive

30. L'art. 118 Cst. charge la Confédération, dans les limites de ses compétences, de prendre des mesures afin de protéger la santé (al. 1). Elle légifère sur l'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 (al. 2 let. a), sur la lutte contre les maladies transmissibles, les maladies très répandues et les maladies particulièrement dangereuses de l'être humain et des animaux (al. 2 let. b) et sur la protection contre les rayons ionisants (al. 2 let. c). Selon la doctrine et la jurisprudence, l'énumération

<sup>17</sup> [http://www.who.int/tobacco/framework/fctc\\_fr.pdf](http://www.who.int/tobacco/framework/fctc_fr.pdf)

<sup>18</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 5) no 1267; ATF 127 II 177, 181 K.; 120 Ib 360, 366 V.; JAAC 1989, n° 54, 400, 403; FF 1997 I 136.

<sup>19</sup> Comp. art. 7b al. 1 LOGA.

<sup>20</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 5) no 1283; ATF 119 V 171, 178 X.; 118 Ia 117 S.

figurant à l'art. 118 al. 2 Cst. est exhaustive, conférant ainsi à la compétence fédérale en la matière un caractère fragmentaire et partiel<sup>21</sup>.

31. Fondée entre autres sur l'art. 118 al. 2 Cst., la loi fédérale sur les denrées alimentaires et les objets usuels, du 9 octobre 1992 (LDAI)<sup>22</sup>, assimile le tabac aux denrées alimentaires (art. 3 al. 3) et s'applique notamment à la publicité de celles-ci (art. 2 al. 2 let. b). L'art. 13 al. 2 LDAI prescrit de façon générale que, lors de son emploi et consommation usuels, le tabac ne doit pas mettre de façon directe ou inattendue la santé en danger. S'agissant de la publicité en faveur du tabac, le Conseil fédéral est habilité à la restreindre lorsqu'elle est destinée spécialement aux jeunes (art. 60 LDAI). L'ordonnance sur le tabac, du 27 octobre 2004 (OTab)<sup>23</sup>, interdit ainsi toute publicité pour les produits du tabac qui s'adresse spécialement aux jeunes de moins de 18 ans (art. 18). D'autre part, parmi les mises en garde que doit porter toute unité de conditionnement de produits de tabac, figurent certaines qui se rapportent à la fumée passive (art. 12 OTab) : « *fumer nuit gravement à votre santé et à celle de votre entourage* » (al. 2 let. b), « *protégez les enfants : ne fumez pas en leur présence* » (al. 3 let. e). Ni la LDAI ni l'OTab ne comportent cependant de disposition s'appliquant spécifiquement et de façon générale à la fumée passive.

32. La seule disposition fédérale qui concerne explicitement la protection contre la fumée passive est l'art. 6 de la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr)<sup>24</sup>, qui se fonde sur l'art. 110 al. 1 let. a Cst. Elle prescrit que, « *pour protéger la santé des travailleurs, l'employeur est tenu de prendre toutes les mesures dont l'expérience a démontré la nécessité, que l'état de la technique permet d'appliquer et qui sont adaptées aux conditions d'exploitation de l'entreprise* » (al. 1) et que l'employeur « *doit aménager ses installations et régler la marche du travail de manière à préserver autant que possible les travailleurs des dangers menaçant leur santé* » (al. 2). Ces prescriptions relatives à la protection de la santé des travailleurs s'appliquent notamment à l'administration fédérale ainsi qu'aux administrations cantonales et communales (art. 3a let. a LTr), aux travailleurs qui exercent une fonction dirigeante élevée, une activité artistique indépendante ou une activité scientifique (art. 3a let. b LTr) et aux enseignants des écoles privées, de même qu'aux enseignants, assistants sociaux, éducateurs et surveillants occupés dans des établissements (art. 3a let. c LTr).

33. Se fondant sur l'art. 6 LTr, le Conseil fédéral a édicté l'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail, du 18 août 1993 (OLT 3)<sup>25</sup>. Intitulé « *protection des travailleurs non fumeurs* », l'art. 19 OLT 3 dispose ainsi que « *l'employeur doit veiller, dans le cadre des possibilités de l'exploitation, à ce que les travailleurs non-fumeurs ne soient pas incommodés par la fumée d'autres personnes* ».

34. Le 9 juillet 2002, la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (CER-CN) a déposé un postulat intitulé « *protection des fumeurs passifs* »<sup>26</sup>, qui invite le Conseil fédéral à étudier, se fondant sur l'art. 118 de la Constitution, « *la possibilité d'édicter des directives suisses contraignantes pour la protection des non-fumeurs, par exemple des*

<sup>21</sup> MADER (note 14) no 5 ; HÄFELIN/HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6<sup>e</sup> éd., Zurich 2005 no 1086; ATF 128 I 295, 301 *Association suisse des annonceurs*.

<sup>22</sup> RS 817.0.

<sup>23</sup> RS 817.06.

<sup>24</sup> RS 822.11.

<sup>25</sup> RS 822.113.

<sup>26</sup> Postulat 02.3379.

*limitations de fumer dans les locaux publics, l'introduction et l'extension des zones non-fumeurs* ». Le 11 septembre 2002, le Conseil fédéral s'est déclaré prêt à accepter ce postulat et, le 25 septembre 2002, le Conseil national l'a adopté. Sauf erreur, le rapport circonstancié du Conseil fédéral sur la concrétisation du postulat est toujours pendant à l'heure actuelle.

35. Le conseiller national Felix Gutzwiller a déposé, le 8 octobre 2004, une initiative parlementaire « Protection de la population et de l'économie contre le tabagisme passif »<sup>27</sup>. Se présentant sous la forme d'une suggestion générale, l'initiative dispose que « *la population et l'économie sont protégées contre les effets nocifs et limitatifs du tabagisme passif. A cet effet, le droit en vigueur est modifié de telle façon que la protection est assurée en particulier dans les établissements de formation, les établissements hospitaliers et de soins, l'administration publique, sur le lieu de travail et dans les locaux et moyens de transports auxquels le public a libre accès ou qu'il utilise* ». Le 28 avril 2005, la commission compétente du Conseil national a décidé de donner suite à l'initiative et le 30 août 2005, celle du Conseil des Etats en a fait de même. L'initiative s'appuie sur un avis de droit établi le 8 mai 2003 par l'Office fédéral de la justice, qui conclut à ce qu'elle peut se fonder valablement sur les art. 118 al. 2 let. b et 110 al. 1 let. a Cst.<sup>28</sup>. Ces conclusions sont confirmées par l'avis de droit du 26 avril 2005 rédigé par le professeur Tobias Jaag et par Markus Rüssli, qui estiment que les art. 74 et 118 al. 2 let. a Cst. peuvent également servir de base à l'initiative parlementaire. Selon un texte explicatif rédigé par la Fondation suisse pour un air pur et contre le tabagisme (*pro aere*) en date du 21 août 2005, aucune nouvelle loi n'est nécessaire pour atteindre l'objectif de l'initiative parlementaire Gutzwiller : il suffirait de compléter la législation fédérale existante, et en particulier la LTr. Si donc l'OTR 3 « *est adaptée de façon à ce qu'une protection sans faille contre le tabagisme passif soit assurée, tous les emplois et donc tous les établissements, centres de formation et de santé, administrations publiques, moyens de transports et autres lieux ouverts au public ou accessibles au grand public seront couverts par ces mesures de protection* »<sup>29</sup>.

### C Existe-t-il un conflit de règles ?

36. La simple existence de règles internationales et fédérales dans un domaine où les cantons sont principalement compétents pour légiférer ne signifie pas cependant que la législation cantonale doive céder le pas face à celles-ci, en raison de la primauté du droit international et fédéral. Selon la doctrine et la jurisprudence, ces principes ne sont en effet pas violés lorsque la réglementation cantonale a pour but et pour effet de renforcer l'efficacité des règles fédérales, même exhaustives, adoptées dans le même domaine<sup>30</sup>. Tel est bien le cas en l'espèce.

37. D'une part, il est admis que les règles édictées par la Confédération en matière de santé publique, sur la base de l'art. 118 al. 2 Cst. (*supra* no 30), sont fragmentaires et partielles et que l'on ne saurait donc les considérer comme étant exhaustives<sup>31</sup>. Quant à la réglementation fédérale sur la fumée passive fondée sur la LTr (*supra* no 32/33), elle n'a pour

<sup>27</sup> Initiative parlementaire 04.476.

<sup>28</sup> JAAC 2004 no 81.

<sup>29</sup> PRO AERE, Tabagisme passif : préjudice pour population et économie ? (sic !) Faits et possibilités, 21 août 2005.

<sup>30</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 5) no 1031/1032; ATF 128 I 295, 299 *Association suisse des annonceurs*; 91 I 17 *Fondation Nordmann*; ZBL 1995 457.

<sup>31</sup> MADER (note 14) no 5 ; HÄFELIN/HALLER, (note 21) no 1086; ATF 128 I 295, 301 *Association suisse des annonceurs*.

objectif que de protéger les travailleurs, de sorte que l'initiative, qui vise à protéger l'ensemble de la population, poursuit un but bien plus large.

38. D'autre part et surtout, il est manifeste que l'interdiction de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés que postule l'initiative, loin d'empêcher l'application du droit international et fédéral en la matière, aura pour effet d'en renforcer considérablement l'efficacité. Le Tribunal fédéral a jugé que la législation genevoise interdisant l'affichage de publicité en faveur du tabac et de l'alcool et sur le domaine public et sur le domaine privé visible du domaine public ne violait pas le principe de la primauté du droit fédéral, notamment parce qu'elle renforçait l'efficacité des mesures préventives adoptées par Confédération en la matière<sup>32</sup>. Cette jurisprudence, récente, s'applique pleinement dans le cas d'espèce.

39. Il s'ensuit que le canton de Genève est compétent pour légiférer dans le domaine de la fumée passive et que l'initiative ne viole ni le principe de la primauté du droit international, ni celui de la primauté du droit fédéral.

## V La conformité de l'initiative avec les droits fondamentaux

40. Aux termes de l'art. 35 al. 1 Cst., « les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique ». Il en résulte que les initiatives populaires cantonales doivent respecter les droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale et par les conventions internationales en matière de droits de l'homme<sup>33</sup>.

41. Les libertés, catégorie spécifique des droits fondamentaux<sup>34</sup>, ont cette particularité de ne pas être protégées par l'ordre juridique de façon absolue. Les restrictions aux libertés sont admissibles au regard de la Constitution lorsqu'elles sont fondées sur une base légale, justifiées par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui et proportionnées au but visé (art. 36 Cst.).

42. Il convient donc d'examiner en premier lieu si l'initiative comporte une restriction ou une atteinte aux libertés (A). Dans l'affirmative, il y a lieu d'évaluer la gravité de cette restriction et de vérifier si celle-ci remplit les conditions de la base légale, de l'intérêt public et de la proportionnalité. S'il s'avère que l'une ou l'autre de ces conditions n'est pas remplie, il faudra conclure que l'initiative viole les libertés (B).

### A L'existence d'une atteinte aux libertés

43. La détermination de l'existence d'une atteinte, ou d'une restriction, ou encore d'une ingérence aux libertés est essentielle à la protection constitutionnelle et conventionnelle de celles-ci. Il faut donc examiner si l'initiative entre dans le champ de protection de l'une ou l'autre des libertés garanties par l'ordre juridique helvétique ou par le droit international. Trois libertés entrent en ligne de compte, à savoir la liberté personnelle (a), le droit à la protection de la vie privée (b) et la liberté économique (c).

<sup>32</sup> ATF 128 I 295, 303 *Association suisse des annonceurs*.

<sup>33</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 5) no 804.

<sup>34</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Les droits fondamentaux, Berne 2000 no 12-18.

a) *La liberté personnelle*

44. Garantie par l'art. 10 al. 2 Cst., la liberté personnelle confère à tout être humain le droit à l'intégrité physique et psychique et à la liberté de mouvement<sup>35</sup>. Les trois éléments de cette définition se retrouvent déjà dans la jurisprudence rendue sous le régime de la Constitution fédérale de 1874<sup>36</sup>. L'intégrité physique et la liberté de mouvement n'entrant pas en ligne de compte en l'espèce, ce sont les contours du droit à l'intégrité psychique qu'il faut rappeler.

45. En 1964, le Tribunal fédéral a admis que la liberté personnelle «protège l'homme contre les atteintes qui tendraient, par un moyen quelconque, à restreindre ou à supprimer la faculté, qui lui est propre, d'apprécier une situation donnée et de se déterminer d'après cette appréciation»<sup>37</sup>. Après avoir conféré, au début des années 1970, une portée très large à l'aspect psychique de la liberté personnelle, allant jusqu'à affirmer que la liberté personnelle protège l'individu 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»<sup>38</sup>, la jurisprudence a précisé, dès 1977, que la garantie de l'intégrité psychique «n'englobe pas la protection de toute possibilité de choix et de détermination de l'homme, si peu importante soit-elle; elle recouvre cependant toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine»<sup>39</sup>.

46. Sauf erreur, la jurisprudence n'a pas eu l'occasion à ce jour de répondre à la question de savoir si fumer est un droit et constitue en tant que tel «une manifestation élémentaire de la personne humaine»<sup>40</sup>. Quant à la doctrine, elle s'est peu penchée sur cette question. Dans une étude il est vrai déjà ancienne, Gustav Hug-Beeli est arrivé à la conclusion que le fait de fumer entrerait dans le champ d'application de la liberté personnelle<sup>41</sup>. Un avis de droit récent établi par Tobias Jaag et Markus Rüssli admet aussi, sans toutefois examiner la question en détail, qu'une interdiction de fumer pourrait constituer une restriction à cette liberté<sup>42</sup>.

47. Depuis une trentaine d'années, le Tribunal fédéral a toutefois établi une casuistique détaillée des différents comportements dont il estime qu'ils constituent «une manifestation élémentaire de la personne humaine». Cette casuistique, à la fois positive et négative, peut servir de guide pour évaluer dans laquelle de ces deux catégories il convient de classer la consommation de tabac.

<sup>35</sup> ATF 130 I 65, 67 X.

<sup>36</sup> ATF 130 I 369, 373 G.; 128 II 259, 268 Z. = JT 2003 I 411, 419; 127 I 6, 10 P.

<sup>37</sup> ATF 90 I 29, 36 X.

<sup>38</sup> ATF 97 I 45, 50 Dubois = JT 1972 I 4, 8; 97 I 839, 842 Müller-Gillters = JT 1973 I 514, 515.

<sup>39</sup> ATF 101 Ia 336, 346 *Verband der schweizerischen Automatenbranche* = JT 1977 I 381, 383; 113 Ia 257, 262 P.; 122 I 360, 362 B. = JT 1998 I 203, 204; 123 I 221, 226 *Demokratische JuristInnen der Schweiz*; 130 I 369, 373 G.

<sup>40</sup> ATF 127 I 6, 11 P.; 123 I 112, 118 *Rolf Himmelberger*; 114 Ia 286, 290 *Alain Fracheboud*.

<sup>41</sup> GUSTAV HUG-BEELI, *Wo liegt die Grenze der persönlichen Freiheit?* Zurich 1976 21.

<sup>42</sup> TOBIAS JAAG/MARKUS RÜSSLI, *Rechtsgutachten zur Verfassungsmässigkeit einer Gesetzgebung des Bundes zum Schutz vor Passivrauchen*, du 26 avril 2005 p. 18; manuscrit aimablement remis à l'auteur par la mandant de cet avis de droit, la Fondation pro aere.

Constituent ainsi une „manifestation élémentaire de la personne humaine“ le droit au respect du secret professionnel<sup>43</sup>, le droit de choisir son mode de vie, d'organiser ses loisirs et d'avoir des contacts avec autrui<sup>44</sup>, le droit à la dignité et à l'honneur<sup>45</sup>, le droit au libre choix du médecin pour la femme qui souhaite interrompre sa grossesse<sup>46</sup>, le consentement éclairé du patient<sup>47</sup>, le désir d'avoir des enfants<sup>48</sup>, le droit de connaître son ascendance<sup>49</sup>, le droit de faire de la recherche dans un but d'approfondir et d'accroître les connaissances<sup>50</sup>, le droit au nom<sup>51</sup>, l'exercice des droits civils, dont le droit d'ester en justice<sup>52</sup>, le droit d'avoir des relations personnelles avec ses proches, notamment le droit de visite<sup>53</sup>, ainsi que plusieurs aspects du régime de détention.

En revanche, les juges ont estimé que ne comptent pas parmi ces manifestations élémentaires de la personne humaine le droit d'installer des appareils de jeux automatiques avec mise d'argent<sup>54</sup>, le droit de détenir des poules et plus de cinq chats dans un immeuble d'habitation<sup>55</sup>, le droit de naviguer et de faire du surf à n'importe quel endroit de n'importe quel lac de Suisse<sup>56</sup>, le droit d'utiliser une motocyclette pour se rendre à l'école<sup>57</sup>, le droit de fréquenter, dans sa commune de domicile, l'école primaire de son choix<sup>58</sup>.

48. Si l'on compare le comportement litigieux – la consommation de tabac – avec la liste des manifestations élémentaires de la personne humaine résultant de cette casuistique, on serait tenté de le considérer comme étant compris dans « *le droit de choisir son mode de vie, d'organiser ses loisirs et d'avoir des contacts avec autrui* »<sup>59</sup>. D'autre part, si l'on met en relation la consommation de tabac avec les différents comportements considérés par la jurisprudence comme étant non élémentaires, et donc non protégés par la composante psychique de la liberté personnelle, on ne peut que constater qu'une telle assimilation paraît difficile, sinon impossible. Fumer ne peut guère être considéré comme un simple « besoin quotidien » (*Alltagsbedürfnis*) dont les limitations ne touchent en principe pas la liberté personnelle<sup>60</sup>. Chacun sent que fumer entretient avec la personnalité un lien bien plus étroit que surfer sur un lac, rouler en motocyclette ou avoir trois poules.

49. La conclusion irait donc plutôt dans le sens de classer le fait de fumer dans la catégorie des comportements qui sont protégés par la liberté personnelle. Mais il est vrai que, faute de précédent, cette conclusion ne s'impose pas de façon évidente.

<sup>43</sup> ATF 117 Ia 341 *M. B.*; 102 Ia 516, 521 *X.* = JT 1978 IV 128, 129.

<sup>44</sup> ATF 103 Ia 293, 295 *Bonzi*.

<sup>45</sup> ATF 107 Ia 52, 57 *Z.* = JT 1983 II 11, 16.

<sup>46</sup> ATF 101 Ia 575, 577 *S.*; 114 Ia 452, 458 *Schweizerische Vereinigung für Strafflosigkeit des Schwangerschaftsabbruches* = JT 1990 IV 49, 52.

<sup>47</sup> ATF 114 Ia 350, 359 *X.*

<sup>48</sup> ATF 115 Ia 234, 247 *K.* = JT 1991 I 194, 197; ATF 119 Ia 460, 475 *L.* = JT 1995 I 586, 591.

<sup>49</sup> ATF 128 I 63, 68 *A.A.* = RDAF 2003 I 399, 401; SJ 2000 I 489, 491 *X.* Comp. ACEDH *Odièvre* du 13 février 2003, Rec. 2003-III 1: l'impossibilité, en droit français, pour l'enfant adopté, d'obtenir des informations quant à ses origines, ne contrevient pas à l'art. 8 CEDH.

<sup>50</sup> ATF 115 Ia 234, 269 *K.* = JT 1991 I 194, 209; ATF 119 Ia 460, 501 *L.* = JT 1995 I 586, 598.

<sup>51</sup> ATF 117 Ia 107, 115–116 *Monika Coste-Brandenberg* = JT 1994 I 542, 549–550.

<sup>52</sup> ATF 124 I 336, 338 *Michailov*.

<sup>53</sup> ATF 118 Ia 473, 483 *F.* = JT 1995 I 523, 533.

<sup>54</sup> ATF 120 Ia 126, 145 *VUB* = JT 1996 I 146, 153; ATF 101 Ia 336 *Verband der schweizerischen Automatenbranche* = JT 1977 I 381.

<sup>55</sup> ZBl. 1978, 34 *Ehaleute R.* Comp. ZBl. 2003, 607, 612 *X.*, au sujet du droit de promener un léopard.

<sup>56</sup> ATF 108 Ia 59, 61 *Schweizerische Veretnigung für den Wassersport* = JT 1984 I 162, 164.

<sup>57</sup> ZBl. 1986, 460 *X.*; voir cependant TOBIAS JAAG, *Das Mofaverbot auf dem Schulweg aus rechtlicher Sicht*, ZBl. 1987, 410.

<sup>58</sup> ZBl. 2004, 276, 281 *X.*; ATF 117 Ia 27, 31 *S.* = JT 1992 I 180, 183.

<sup>59</sup> ATF 103 Ia 293, 295 *Bonzi*.

<sup>60</sup> RAINER SCHWEIZER, *Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz*, in THÜRER/AUBERT/MÜLLER (note 14) § 43 no 20.

b) *Le droit à la protection de la sphère privée*

50. La protection de la sphère privée qu'énonce l'art. 13 Cst. confère à toute personne le droit d'organiser sa vie et d'entretenir des rapports avec autrui, sans intervention des pouvoirs publics<sup>61</sup>. Depuis 1981, ce droit s'est présenté, selon la jurisprudence, comme l'une des manifestations élémentaires de la personne humaine qui, à l'époque, tombaient sous la protection de la liberté personnelle (supra no 47)<sup>62</sup>. L'art. 13 Cst. a érigé cette protection en quelque sorte détournée en une garantie, qui est à la fois autonome et complémentaire par rapport à la liberté personnelle qu'énonce l'art. 10 Cst. La vie privée est également protégée par les art. 8 CEDH et 17 Pacte II.

51. La protection de la sphère privée s'étend à toute attitude, tout comportement, toute manifestation de ce que le particulier considère comme formant son monde. Cela va de certains aspects propres à l'intégrité physique aux comportements sexuels, en passant par les loisirs, la communication avec autrui, l'autodétermination, l'accès à et la sauvegarde des données personnelles<sup>63</sup>. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, la garantie de la sphère privée vise à «*assurer le développement, sans ingérences extérieures, de la personnalité de chaque individu dans les relations avec ses semblables*»<sup>64</sup>. D'une façon générale, le droit au respect de la vie privée protège donc l'identité, la réputation, les relations sociales et les comportements intimes de chaque personne physique.

52. Il n'est pas inutile rappeler que la consommation de tabac est une activité humaine, d'abord curative, ensuite de loisir, qui est fort ancienne, remontant, dans nos sociétés occidentales, au 16<sup>e</sup> siècle environ et qui est exercée librement, c'est-à-dire sans contrainte extérieure, privée ou publique, par une fraction importante de la population.

La culture du tabac a son origine en Amérique, il y a plus de 3000 ans. Les indiens commencent à rouler les feuilles de tabac jusqu'à obtenir une sorte de grand cigare qu'ils appellent "tabaco". En 1492, Christophe Colomb découvre le tabac à Cuba et l'importe pour la première fois en Europe. Dès 1560, le tabac triomphe en France grâce à Jean Nicot. Celui-ci, croyant à l'effet curatif de la plante, envoie de la poudre à la Reine Catherine de Médicis afin de traiter les terribles migraines de son fils François II. Le traitement a du succès et le tabac devient ainsi "l'herbe à la Reine" dont la vente sous forme de poudre est réservée aux apothicaires. En l'honneur de Jean Nicot on appelle le tabac "Nicotiana Tabacum". Sous Louis XIII, le tabac est toujours consommé comme médicament en poudre. Mais de plus en plus, on le fume dans la pipe par plaisir<sup>65</sup>. La culture du tabac se répand ainsi dans toute l'Europe à partir du 16<sup>e</sup> siècle.

53. En Suisse, on estime qu'environ un tiers de la population fume plus ou moins régulièrement. Selon une enquête effectuée en juin 2003 sur mandat de l'Office fédéral de la santé publique, «*un tiers des personnes entre 14 et 65 ans qui sont domiciliées en Suisse fument (32%). 23% fument quotidiennement, 9% sont des fumeurs occasionnels et 19% ont arrêté de fumer (ex-fumeurs). Près de la moitié (49%) n'ont encore jamais fumé et n'ont pas consommé plus de 100 cigarettes dans leur vie (jamais-fumeurs). Les hommes fument dans l'ensemble davantage que les femmes (37% contre 29%). Par contre chez les jeunes, la*

<sup>61</sup> FF 1997 I 154.

<sup>62</sup> ATF 107 Ia 148, 150 X. = JT 1982 IV 86; ATF 109 Ia 146, 155 *Comité contre la loi sur la police*; 113 Ia 257, 265 P.; ZBl. 1991, 543; SJ 1992, 162; ATF 122 I 360, 362 B. = JT 1998 I 203, 204.

<sup>63</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 34) 307-311.

<sup>64</sup> ACEDH *Botta* du 24 février 1998, Rec. 1998-I 412, § 32; *Niemitz* du 16 décembre 1992 Série A, n° 251-B, § 29; STEPHAN BREITENMOSER, *Die neuere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 8 EMRK*, in DANIEL THÜRER (éd.), *EMRK: Neuere Entwicklungen*, Zurich 2005, 121-153.

<sup>65</sup> [http://www.tabacs-a-vendre.com/fr/infos\\_histo.htm](http://www.tabacs-a-vendre.com/fr/infos_histo.htm).

*différence entre les femmes (27%) et les hommes (30%) est statistiquement négligeable. Cette différence commence de s'esquisser à partir de 20 ans: tandis que la part des fumeurs continue d'augmenter chez les hommes de 25 à 34 ans (45%), elle reste plus ou moins constante chez les femmes à partir de 25 ans »<sup>66</sup>.*

54. Si l'on complète la perspective historique et démographique par le point de vue subjectif – et la sphère privée l'est nécessairement – la consommation de tabac constitue sans doute un aspect en quelque sorte collatéral de la sphère privée, qui peut procurer, selon le cas, de la satisfaction personnelle sur le plan à la fois physique et psychique, qui – composant l'image vis-à-vis de l'extérieur – fait partie de la personnalité, qui facilite souvent le contact social et constitue dans l'ensemble une habitude non seulement individuelle, mais également sociale, souvent rassurante, parfois gênante. De même, le fait de ne pas fumer constitue un élément de la vie privée, qui relève de la libre appréciation de chacun.

55. Je ne partage donc pas l'opinion exprimée par le juge Victor Marrero de la Cour fédérale du district de Sud de New York, dans un arrêt du 7 avril 2004: « *The First Amendment guarantees the fundamental rights it enumerates, but not necessarily every purpose or form that exercise of the specific rights may take. Nothing in the Constitution engrafts upon First Amendment protections any other collateral social interaction, whether eating, drinking, dancing, gambling, fighting, or smoking – the list may be endless. While in some circles and events these social enhancements, by custom or by practice, may be associated with and perhaps even augment the enjoyment of protected endeavors, it does not follow that they are indispensable conditions to the exercise of particular constitutional rights*<sup>67</sup>. Au contraire, il me paraît que si l'Etat se mettait à proscrire, dans les lieux publics, les repas, les boissons, la danse et autres paris, le droit à la protection de la sphère privée serait à coup sûr atteint.

56. On peut donc conclure que la décision de fumer ou de ne pas fumer, et le fait de se comporter en fonction de cette décision, constituent bel et bien un attribut de la personnalité, qui est protégé par la garantie constitutionnelle et conventionnelle de la vie privée.

57. Cela ne signifie pas pour autant que toute limitation de la possibilité de fumer constitue *ipso facto* une restriction à ce droit. Tel serait sans doute le cas si l'Etat, recourant à la méthode de la prohibition qu'il n'avait pas hésité à employer jadis, se mettait à interdire à toute personne de fumer du tabac, et ceci en quelque lieu que ce soit. Même les partisans les plus actifs de la lutte contre le tabagisme n'envisagent pas une telle intervention radicale, jugée « *peu utile et contreproductive* »<sup>68</sup>.

58. Or, du moment que le fumeur exerce sa passion, ou s'adonne à son vice, en dehors de la sphère privée proprement dite, c'est-à-dire sur le domaine public ou dans des bâtiments ou locaux accessibles au public, sa prétention à la protection de sa sphère privée diminue en intensité, voire s'efface purement et simplement. Pour la doctrine, la publicité (*Öffentlichkeit*) constitue en effet un critère négatif classique de délimitation de la sphère privée protégée par le droit<sup>69</sup>.

<sup>66</sup> RAINER HORNING/ROGER KELLER/HANS KREBS, Enquête sur la consommation de tabac en Suisse (monitoring tabac), Zurich 2003.

<sup>67</sup> NYC C.L.A.S.H. v. City of New York, [www.nysd.uscourts.gov/rulings](http://www.nysd.uscourts.gov/rulings).

<sup>68</sup> PRO AERE (note 29) ch. 6.1.

<sup>69</sup> STEPHAN BREITENMOSE/RAINER J. SCHWEIZER, in St-Galler Kommentar (note 14) Art. 13 no 12.

59. Il serait cependant trop simple d'en tirer la conclusion que l'interdiction de fumer dans les lieux accessibles au public ne constitue pas une restriction du droit à la protection de la sphère privée. C'est ici que le lien entre le droit protégé par l'art. 13 Cst. et la composante psychique de la liberté personnelle prend toute son importance. En effet, les comportements qui apparaissent comme des « *manifestations élémentaires de la personne humaine* » tombent dans le champ de protection de la sphère privée même lorsqu'ils sont observés en public ou en présence de tiers<sup>70</sup>. Tel semble bien être le cas de l'activité des fumeurs, et des non-fumeurs d'ailleurs, tant elle est répandue dans la population et liée à un aspect de la personnalité qui, pour les uns et pour les autres, est jugé essentiel.

60. On retiendra donc que l'interdiction de fumer dans les lieux publics et accessibles au public, consacrée par l'initiative, constitue une atteinte à la sphère privée des fumeurs. Cette atteinte doit être considérée comme relativement grave dans des situations où la présence des fumeurs dans un lieu frappé par l'interdiction est entièrement involontaire, comme par exemple dans les hôpitaux (infra no 113), dans celles où la consommation de tabac a lieu dans des locaux fermés utilisés par les seuls fumeurs (infra no 114), ainsi que dans des lieux publics spacieux et bien aérés, comme les supermarchés (infra no 115). Elle est relativement grave aussi dans les restaurants, les bars et autres hôtels où la présence de tiers, qui ne désirent pas entrer en contact avec la fumée, est en quelque sorte volontaire. L'atteinte peut en revanche être considérée comme légère lorsque la mesure prohibe de fumer dans des lieux publics où la présence de tiers est inévitable, c'est-à-dire indépendante de leur volonté, comme par exemple dans les gares, les transports publics, les halles d'entrée ou les couloirs des bâtiments publics (infra no 112).

61. Cependant, on sait que le droit à la protection de la sphère privée n'intervient pas seulement, en matière de protection contre la fumée passive, dans la perspective des consommateurs de tabac. Il est souvent invoqué aussi dans la perspective des non-fumeurs, qui sont exposés à la fumée des autres. Les art. 8 CEDH et 13 Cst. n'obligent en effet pas seulement l'Etat à s'abstenir de violer la vie privée des particuliers. Selon la jurisprudence, ces dispositions imposent parfois à l'Etat une obligation positive de prendre des mesures raisonnables et adéquates pour protéger ce droit, notamment quand des nuisances d'une installation polluante diminuent aux alentours la qualité de la vie privée, notamment pour la protection des particuliers contre des immissions nocives qui comportent un danger pour la santé<sup>71</sup>. Il faut cependant qu'il existe un lien direct et immédiat entre, d'une part, les mesures demandées par le requérant et sa vie privée, d'autre part<sup>72</sup>.

62. Prenant appui sur cette jurisprudence, certains auteurs évoquent ainsi la possibilité d'en déduire une obligation, pour l'Etat, de garantir une protection accrue contre la fumée passive dans des lieux publics fortement fréquentés et peu spacieux<sup>73</sup>. Dans un arrêt du 2 décembre 2004, la Cour de Strasbourg en a cependant jugé autrement, estimant que l'absence d'une interdiction générale de fumer dans les endroits ouverts au public ne s'analysait pas en

<sup>70</sup> Ibid. no 14.

<sup>71</sup> ACEDH *Powell et Rayner* du 21 février 1990, Série A, vol. 172 § 41 ; *Lopez-Ostra* du 9 décembre 1994, Série A no 303C § 51 ; *Guerra* du 19 février 1998, Rec. 1998-I 227, § 60 ; ATF 129 II 420 A.

<sup>72</sup> ACEDH M. du 4 décembre 2003, Rec. 2003-XII, 79, § 150.

<sup>73</sup> BREITENMOSER/SCHWEIZER, (note 69) no 7 ; WILDHABER/BREITENMOSER, *Kommentierung zu Art. 8 ERMK*, in KARL WOLFRAM (éd.), *Internationaler Kommentar zur EMRK*, Cologne 1994 no 256.

un défaut de protection de la part de l'Etat concerné des droits du requérant au regard des art. 2 et 8 CEDH, à tout le moins lorsque l'Etat a pris certaines mesures en la matière<sup>74</sup>.

63. Quoi qu'il en soit, dans cette perspective, l'initiative apparaît donc en même temps comme une mesure qui restreint la sphère privée des fumeurs, et comme une mesure qui protège la sphère privée des non-fumeurs. On reviendra sur les conséquences de ce rapport dialectique dans le chapitre examinant l'existence d'un intérêt public à la restriction du droit à la protection de la sphère privée des consommateurs de tabac (infra no 80/81).

c) *La liberté économique*

64. Aux termes de l'art. 27 al. 1 Cst., «*la liberté économique est garantie*». En vertu de l'art. 27 al. 2 Cst., cette liberté «*comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice*». De façon générale, cette disposition constitutionnelle a pour but de protéger toute activité économique privée tendant à la production d'un gain, soit toute activité exercée par une personne dans un but lucratif. Après le libre choix et le libre accès, la liberté économique garantit le libre exercice de l'activité économique. Exercer librement une profession signifie notamment choisir le moment, le lieu, les moyens de production, la forme juridique, les partenaires, les clients, les conditions de travail, les prix, les coûts, bref tous les éléments qui organisent et structurent le processus social qui conduit à la production d'un gain<sup>75</sup>.

65. Interdire la fumée dans les lieux privés ouverts au public, soit principalement dans les restaurants, les bars et les hôtels, n'affecte en général qu'indirectement la liberté économique des propriétaires et des gérants de ces établissements. Ce sont en effet les clients de ces établissements, ainsi que leur personnel, qui sont directement concernés par cette interdiction, qui limite leur liberté personnelle. Mais la production économique elle-même, soit la restauration, le débit de boissons et l'hébergement, peut s'exercer librement, malgré cette interdiction. En principe donc, on ne voit pas comment les opérateurs seraient directement atteints dans le libre exercice de leur activité professionnelle. Dans ce sens, l'interdiction de fumer se distingue de l'interdiction de la publicité pour le tabac qui, elle, constitue une restriction de la liberté économique<sup>76</sup>.

66. Les opérateurs pourraient en revanche se plaindre d'une atteinte indirecte à leur liberté économique s'il devait s'avérer que l'interdiction de fumer dans les établissements concernés se traduit par une baisse sensible de leur chiffre d'affaires, donc de leur bénéfice. Une telle influence ne peut cependant être établie de façon purement abstraite, c'est-à-dire sur le plan des seuls principes. Les études menées dans des pays qui ont pris des mesures analogues à celle préconisée par l'initiative semblent indiquer que le secteur de la restauration «*n'a pas à craindre des conséquences négatives ni un manque à gagner suite à la protection contre le tabagisme passif*»<sup>77</sup>. Mais le comportement des consommateurs n'étant pas nécessairement

<sup>74</sup> ACEDH *Andrea Botti* du 2 décembre 2004; l'arrêt se rapporte à la législation italienne de 2003, entrée en vigueur le 15 janvier 2005. Voir aussi une décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 16 avril 1998 *Frank Wöckel*.

<sup>75</sup> ATF 130 II 87 *Zürcher Anwaltsverband und X*; 130 II 425 *X. SA*; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 34) no 653.

<sup>76</sup> ATF 128 I 295, 304 *Association suisse des annonceurs*; 123 I 201, 209 *Pharmacie Victoria SA*; SJ 1998, 116 C. SA.

<sup>77</sup> PRO AERE (note 29) ch. 9.1.

identique dans les différents pays, voire régions, ces études ne sont pas non plus, à elles seules, déterminantes. La question doit donc, en l'état, rester ouverte.

67. La mesure d'interdiction préconisée par l'initiative pour les établissements publics au sens de la législation sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement (art. 178B al. 3 let. c) constitue cependant une atteinte directe à la liberté économique pour celui qui voudrait ouvrir et exploiter un fumoir, un bar à cigares, un local pour fumeurs de pipes ou autres narghileh, ou celle qui désirerait offrir une possibilité d'hébergement à des clients fumeurs. Ces activités économiques seraient en effet d'emblée proscrites.

68. Il s'avère donc que l'initiative comporte en tout cas une restriction à la liberté économique pour les opérateurs qui souhaitent exploiter des établissements publics s'adressant spécifiquement aux fumeurs. Etant absolue, car non assortie d'exceptions, la restriction doit être considérée comme grave, même si l'on peut admettre que le nombre d'opérateurs concernés est relativement restreint.

## B Les conditions de restrictions aux libertés

69. Pour déterminer si les atteintes à la liberté personnelle, au droit à la protection de la sphère privée et à la liberté économique que comporte l'initiative sont conformes à la Constitution et à la CEDH, il convient d'examiner si elles respectent les conditions de la base légale, de l'intérêt public et de la proportionnalité (art. 36 Cst. ; 8 par. 2 CEDH).

### a) *La base légale*

70. La règle selon laquelle les restrictions aux libertés ne sont admissibles que si elles se fondent sur la loi comporte une importante finalité démocratique : la liberté ne doit céder qu'à la volonté de la majorité. Que la loi soit seule à pouvoir limiter la portée des libertés signifie concrètement que le pouvoir exécutif et l'administration ne peuvent le faire à eux seuls, mais seulement avec l'assentiment du législateur, à savoir, en Suisse, avec l'accord au moins implicite du peuple, qui participe à l'adoption de la loi.

71. L'exigence de la base légale trouve toute son importance dans le domaine de la lutte contre le tabagisme, qui est souvent portée et promue par des agences gouvernementales sur la base de directives et d'autres règles relevant du *soft law*, dépourvues de légitimité démocratique. Ainsi par exemple, si l'initiative parlementaire Gutzwiller, qui vise à protéger de façon générale la population et l'économie contre les effets nocifs du tabagisme passif, devait se traduire par la seule modification de l'OTR 3 (supra no 35), on peut se demander si l'exigence de la base légale sera satisfaite.

72. En l'espèce, ce problème n'existe pas, dans la mesure où l'initiative tend principalement à interdire la fumée dans les lieux publics intérieurs ou fermés par le biais d'une révision formelle de la Constitution genevoise. Soumise au référendum obligatoire (art. 179 Cst/GE), la Constitution jouit manifestement de cette légitimité démocratique qui sous-tend le principe de la légalité.

73. On ne peut pas non plus reprocher à l'art. 178B al. 2 et 3 proposé de manquer de densité normative. Certes, plusieurs de ses dispositions prêteront à interprétation, notamment

la notion de « *lieux publics intérieurs ou fermés* ». Mais, comme le Tribunal fédéral l'a rappelé dans son arrêt portant sur l'interdiction de l'affichage de publicité en faveur de l'alcool et du tabac, le seul fait que la norme doit être interprétée n'autorise pas à l'invalidier, dans le cadre d'un contrôle abstrait, en raison de sa prétendue imprécision<sup>78</sup>.

74. L'art. 178G al. 1 proposé par l'initiative charge le Conseil d'Etat de « *prendre des mesures contre les atteintes à l'hygiène et à la santé de la population résultant de l'exposition à la fumée de tabac* ». Si l'on interprète cette disposition comme habilitant le gouvernement à prendre des mesures qui vont plus loin que l'interdiction générale de fumer dans les lieux publics consacrée par les al. 2 et 3, l'exigence de la base légale n'est manifestement pas satisfaite. L'entorse est même double. La délégation au Conseil d'Etat prive en effet le parlement et le peuple de toute possibilité de se prononcer sur ces mesures, dont le contenu possible n'est point spécifié. Une telle mise à l'écart du législateur démocratique n'est pas conforme au principe de la légalité, même si elle figure dans la Constitution. En plus, la formule est tellement vague et indéterminée que l'exigence de la densité normative n'est manifestement pas remplie. Le Tribunal fédéral n'accepte pas, en effet, que la délégation législative confère un blanc-seing au pouvoir exécutif, surtout lorsque les droits fondamentaux sont en jeu<sup>79</sup>. Il convient donc d'interpréter cette disposition de façon restrictive, comme visant uniquement des mesures incitatives non contraignantes, comme par exemple des recommandations, des avertissements ou des directives internes, qui ne restreignent pas directement les libertés en cause. A cette condition, l'exigence de la base légale est remplie.

75. On retiendra donc que si les dispositions principales de l'initiative, à savoir les alinéas 2 et 3 de l'art. 178B proposé, remplissent sans autre l'exigence de la base légale, il n'en va pas de même de son alinéa 1<sup>er</sup>, qui n'y est conforme que s'il est interprété de façon restrictive.

#### b) *L'intérêt public*

76. Aux termes de l'art. 36 al. 2 Cst., « toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou la protection d'un droit fondamental d'autrui ».

77. Alors que l'exigence de la base légale est de nature purement formelle, en ce sens qu'elle doit et peut être réalisée indépendamment du contenu de la restriction qui est en cause, la condition de l'intérêt public se rapporte exclusivement au contenu et, plus encore, à la finalité de la mesure restrictive. L'Etat ne peut restreindre les libertés qu'afin de réaliser un but qui est reconnu d'intérêt public, donc légitime, étant entendu que la protection des droits fondamentaux d'autrui constitue un tel but<sup>80</sup>.

78. La doctrine et la jurisprudence retiennent que la protection de l'ordre public, à savoir la sécurité, la tranquillité, la santé et la moralité publiques, ainsi que la bonne foi dans les affaires, constitue une justification qui peut être valablement opposée à toutes les libertés<sup>81</sup>. Il

<sup>78</sup> ATF 128 I 295, 309 *Association suisse des annonceurs*.

<sup>79</sup> ATF 128 I 113, 122 *Verein des Bündner Staatspersonals*; 118 Ia 305, 310 X.

<sup>80</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 34) no 204-206.

<sup>81</sup> FF 1997 I 179 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 34) no 209-214; ATF 127 I 164, 170 *Partei der Arbeit*.

s'agit de ce qu'un auteur averti a qualifié de « *minimum indispensable à la coexistence des habitants du pays* »<sup>82</sup> ou de ce qu'il est convenu d'appeler « les mesures de police ».

79. Le titre même de l'initiative, ainsi que sa lettre claire, indiquent que la finalité de l'interdiction de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés est la protection de l'hygiène et de la santé publiques. Il s'agit en effet de prévenir des « *atteintes à l'hygiène et à la santé de la population contre l'exposition à la fumée de tabac* » (art. 178B al. 1). Or, il est incontesté que la protection de la santé de la population compte parmi les objectifs d'intérêt public qui justifient une limitation de droits fondamentaux<sup>83</sup>, notamment de la liberté personnelle<sup>84</sup> et de la liberté économique<sup>85</sup>.

80. Il convient encore d'examiner si l'initiative se justifie, outre par la sauvegarde de la santé publique, par la protection de droits fondamentaux des non fumeurs. La jurisprudence exige qu'il faut établir, dans ce cas, « *dans quelle mesure les droits fondamentaux de tiers sont effectivement atteints* » et relève que « *de simples incommodités (Unannehmlichkeiten) pour des tierces personnes ne parviennent pas à justifier des restrictions de droits constitutionnels* »<sup>86</sup>. Il s'agirait donc vérifier si et dans quelle mesure la fumée passive porte atteinte non seulement à la santé, mais à des droits fondamentaux des non-fumeurs, ou si elle ne crée qu'une « *simple incommodité* » avec laquelle ils doivent composer.

81. Ce sont à nouveau la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.) et le droit à la protection de la sphère privée (art. 13 Cst. ; art 8 CEDH) qui entrent en considération, mais cette fois dans la perspective des non-fumeurs. Certes, le simple fait qu'une personne fume n'est pas en soi susceptible de porter directement atteinte à la sphère privée d'une autre personne qui se trouve dans son voisinage immédiat, car il est bien connu que les libertés sont dirigées contre l'Etat, et non contre des tiers<sup>87</sup>. Dans le cas particulier cependant, c'est une autre question qui se pose, à savoir si l'Etat peut justifier une interdiction générale de fumer par le souci de protéger les libertés des non-fumeurs. Pour y répondre, il n'est pas même nécessaire de déterminer si les libertés des non-fumeurs sont effectivement « *atteintes* » par leur exposition à la fumée du tabac. Car il saute aux yeux que, dans le cas d'espèce, le motif de la « *protection d'un droit fondamental d'autrui* » est le même que le motif d' « *intérêt public* » dont l'Etat peut valablement se prévaloir. La santé publique que l'initiative entend protéger en interdisant de fumer dans les lieux publics comprend et englobe en effet la santé des non-fumeurs. Autrement dit, le droit à la protection de la sphère privée des non-fumeurs est nécessairement inclus dans la notion de « *santé publique* », qui relève de l'intérêt public<sup>88</sup>.

82. Il s'ensuit que la restriction à la liberté personnelle, au droit à la protection de la sphère privée et à la liberté personnelle que comporte l'interdiction de fumer consacrée par l'initiative peut valablement se justifier par la protection de la santé publique de la population. Quant à la question de savoir si la fumée passive crée effectivement un danger direct pour la santé de la population, elle relève de la problématique du principe de la proportionnalité (infra no 86-97).

<sup>82</sup> JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Les droits fondamentaux dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, essai de synthèse, in *Mélanges Werner Kägi*, Zurich 1979 22.

<sup>83</sup> ATF 128 I 295, 309 *Association suisse des annonceurs* ; art. 118 Cst.

<sup>84</sup> ATF 118 Ia 427 C. = JT 1994 I 566.

<sup>85</sup> ATF 128 I 295, 309 *Association suisse des annonceurs* ; 118 Ia 175 X. = JT 1994 643.

<sup>86</sup> ATF 130 I 16, 21 X.

<sup>87</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 34) no 112-116.

<sup>88</sup> AUBERT/MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, art. 36 no 12.

c) *La proportionnalité*

83. L'exigence de la proportionnalité des mesures restrictives de libertés (art. 36 al. 3 Cst.) ajoute un élément essentiel à la protection constitutionnelle de celles-ci. Elle requiert de façon générale un rapport raisonnable entre le but d'intérêt public visé, le moyen choisi pour l'atteindre et la liberté impliquée. Selon la terminologie de la Cour, les ingérences dans les libertés doivent être « *nécessaires dans une société démocratique* », c'est-à-dire répondre à un « *besoin social impérieux* »<sup>89</sup>. L'Etat, en d'autres termes, ne peut pas se fonder sur la loi et se prévaloir d'un intérêt public pour restreindre les libertés de n'importe quelle manière.

84. Selon la formule jurisprudentielle la plus récente, le principe de la proportionnalité signifie qu'une « *restriction aux droits constitutionnels doit être limitée à ce qui est nécessaire pour atteindre le but poursuivi, adéquate et supportable pour la personne visée ; la mesure est disproportionnée s'il est possible d'atteindre le même résultat par un moyen moins incisif* »<sup>90</sup>. La doctrine a pris l'habitude de subdiviser ce principe en trois règles distinctes et complémentaires, à savoir celle de l'aptitude ou de l'adéquation, celle de la nécessité et celle de la proportionnalité au sens restreint<sup>91</sup>. En l'espèce, cette distinction s'avère utile pour évaluer les différents aspects de la proportionnalité que soulève l'initiative en cause.

ca) L'aptitude

85. La règle de l'aptitude ou de l'adéquation (*Geetgnetheit*) veut que la mesure restrictive prise par l'Etat soit propre à atteindre le but visé. Il faut donc que le moyen choisi par l'autorité puisse effectivement permettre de réaliser l'objectif d'intérêt public qu'elle s'est fixée.

86. Dans le cas d'espèce, la question posée est donc celle de savoir si et dans quelle mesure il est établi par des études scientifiques que la fumée passive crée un danger concret pour la santé de la population, de telle sorte que l'interdiction de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés permette effectivement de mieux protéger cette santé. On conviendra de deux choses : que la question est fort délicate et que le juriste et son droit sont mal placés pour y apporter une réponse définitive.

87. L'on ne saurait en tout cas se contenter de certaines affirmations relatives à la nocivité de la fumée passive qui commencent peu à peu à faire leur entrée dans des normes juridiques. Il en va ainsi en particulier de l'art. 8 de la convention-cadre de l'OMS du 21 mai 2003, proclamant solennellement « *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* » (supra no 27). L'initiative va dans le même sens, avec une petite nuance il est vrai, en postulant « *qu'il est démontré scientifiquement (que l'exposition à la fumée du tabac) entraîne la maladie, l'invalidité et la mort* » (art. 178B al. 1). Le droit étant une science normative et non exacte, de pareilles règles n'ont pas d'effets de droit et ne peuvent prétendre clore le débat scientifique.

<sup>89</sup> ACEDH *Handyside* du 7 décembre 1976, Série A no 24 § 48 et jurisprudence constante.

<sup>90</sup> ATF 130 I 65, 69 X. ; 129 I 12, 24 ; 129 V 267, 271 ; 128 I 92, 95.

<sup>91</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 34) no 220-228.

88. Il faut donc se tourner vers les études et les enquêtes scientifiques en la matière. Or, force est de constater qu'elles sont fort nombreuses, mais qu'elles ne parviennent, et de loin, pas toujours aux mêmes résultats. Il convient de garder à l'esprit aussi que la science éprouve considérablement de la peine à garder son indépendance et son objectivité, tant il est vrai qu'elle est partie prenante dans l'affrontement idéologique que se livrent les partisans et des adversaires des mesures de lutte contre le tabagisme (supra no 8/9). Il est difficile dès lors de faire la part des choses.

89. A première vue, la réponse semble ne pas faire de doute. Si l'on s'en tient aux conclusions de l'Enquête suisse sur le tabagisme effectuée en 2003, « *le tabagisme est responsable en Suisse chaque année du décès prématuré de plus de 8'000 personnes. Ceci représente plus de 20 décès prématurés par jour. Les maladies cardio-vasculaires provoquées par le tabagisme sont responsables de 45% de ces décès. Le cancer du poumon suit avec 25% des décès, alors que les autres cancers et les maladies des voies respiratoires y contribuent à raison de 12% et 18%* »<sup>92</sup>. Le résumé du rapport sur le tabagisme passif issu de cette enquête indique en détail le pourcentage de la population qui est exposé à la fumée passive, et ceci par secteurs tels que le lieu de travail, l'école, les restaurants, les manifestations, les transports publics et la maison<sup>93</sup>.

90. Pour sa part, le rapport précité de la Fondation *pro aere* du 21 août 2005 relève que « *chaque jour, une personne décède en Suisse des suites du tabagisme, sans avoir jamais fumé de sa vie. Des milliers de nos compatriotes tombent malades chaque année du fait du tabac. Tous les âges sont touchés. De ce fait, le tabagisme passif fait plus de victimes que les crimes, le sida et les drogues illégales. Le nombre de décès consécutifs au tabagisme passif est calculé d'après le risque que font apparaître les études épidémiologiques. Cette estimation est inférieure à la réalité. Les non fumeurs exposés au tabagisme passif sont frappés des mêmes cancers que les fumeurs, notamment les cancers du poumon, du larynx, de l'œsophage et de la vessie. Les maladies cardiaques et les troubles circulatoires tels que l'angine de poitrine, l'infarctus et l'apoplexie sont encore plus fréquentes...* »<sup>94</sup>. Malheureusement, ce rapport ne cite pas les « études épidémiologiques » auxquelles non seulement il se réfère, mais dont il affirme un peu péremptoirement que les résultats sont inférieurs à la réalité.

91. Il existe de très nombreuses études et publications scientifiques établissant un rapport direct entre l'exposition à la fumée de tabac et le développement de maladies cancéreuses et autres de l'organisme humain. Ainsi par exemple, en 1986 déjà, le Médecin général (*Surgeon General*) des Etats-Unis a publié un rapport substantiel, qui conclut à ce que la fumée passive constitue un facteur significatif de risque pour le développement du cancer des poumons et d'autres maladies<sup>95</sup>. L'Agence américaine pour la protection de l'environnement en a fait de même en 1992<sup>96</sup>. Le site web de l'Organisation mondiale de la santé contient de nombreuses

<sup>92</sup> [http://www.suchtundaids.bag.admin.ch/themen/sucht/tabak/zahlen\\_fakten/](http://www.suchtundaids.bag.admin.ch/themen/sucht/tabak/zahlen_fakten/)

<sup>93</sup> <http://www.suchtundaids.bag.admin.ch/imperia/md/content/tabak/tabakmonitoring/8.pdf>

<sup>94</sup> PRO AERE (note 29) ch. 1.2.

<sup>95</sup> UNITED STATES DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, *The Health Consequences of Involuntary Smoking, A Report of the Surgeon General*, (1986).

<sup>96</sup> UNITED STATES ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY, *Respiratory Health Effects of Passive Smoking: Lung Cancer and Other Disorders*, 1992; en 1998, une Cour fédérale de district a pourtant jugé que les conclusions de ce rapport avaient été établies en violation de règles essentielles de procédure et contenaient une réglementation de fait, destinée à influencer l'opinion publique, *Flue-Cured Tobacco Cooperative Stabilization Corp. v. EPA*, 4 F. Supp. 2d 435 (M.D.N.C. 1998), vacated and remanded, 313 F.3d 852 (4<sup>th</sup> Cir. 2002).

93. Il existe de très nombreuses études et publications scientifiques établissant un rapport direct entre l'exposition à la fumée de tabac et le développement de maladies cancéreuses et autres de l'organisme humain. Ainsi par exemple, en 1986 déjà, le Médecin général (*Surgeon General*) des Etats-Unis a publié un rapport substantiel, qui conclut à ce que la fumée passive constitue un facteur significatif de risque pour le développement du cancer des poumons et d'autres maladies<sup>95</sup>. L'Agence américaine pour la protection de l'environnement en a fait de même en 1992<sup>96</sup>. Le site web de l'Organisation mondiale de la santé contient de nombreuses références à des études allant dans le même sens<sup>97</sup>, tout comme des revues scientifiques qui font indéniablement autorité en la matière, comme le *British Medical Journal* (BMJ)<sup>98</sup>. Des études plus récentes parues sur le continent européen confirment cette conclusion<sup>99</sup>.

94. Le doute est pourtant permis. Un article publié en mai 2003 par James E. Enstrom et Geoffrey C. Kabat dans le BMJ tire les conclusions d'une « étude prospective de cohortes » couvrant 39 ans, soit de 1959 à 1998, et portant sur quelque 120'000 personnes adultes. Elles sont surprenantes : « *For participants followed from 1960 until 1998, the age adjusted relative risk (95% confidence interval) for never smokers married to ever smokers compared with never smokers married to never smokers was 0.94 (0.85 to 1.05) for coronary heart disease, 0.75 (0.42 to 1.35) for lung cancer, and 1.27 (0.78 to 2.08 for chronic obstructive pulmonary disease among 9'619 men, and 1.01 (0.94 to 1.58), 0.99 (0.72 to 1.37) and 1.13 (0.80 to 1.58), respectively, among 25'942 women. No significant associations were found for current or former exposure to environmental tobacco smoke before or after adjusting for seven confounders and before or after excluding participants with pre-existing disease* ». Voici la conclusion des auteurs : « *The results do not support a casual relation between environmental tobacco smoke and tobacco related mortality, although they do not rule out a small effect. The association between exposure to environmental tobacco smoke and coronary heart disease and lung cancer may be considerably weaker than generally believed* ». Et encore : « *it seems premature to conclude that environmental tobacco smoke causes death from coronary heart disease and lung cancer* »<sup>100</sup>. La page de garde du volume de la revue où l'article a été publié titrait tout simplement « *passive smoking may not kill* ».

<sup>95</sup> UNITED STATES DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, *The Health Consequences of Involuntary Smoking. A Report of the Surgeon General*, 1986.

<sup>96</sup> UNITED STATES ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY, *Respiratory Health Effects of Passive Smoking: Lung Cancer and Other Disorders*, 1992; en 1998, une Cour fédérale de district a pourtant jugé que les conclusions de ce rapport avaient été établies en violation de règles essentielles de procédure et contenaient une réglementation de fait, destinée à influencer l'opinion publique, *Flue-Cured Tobacco Cooperative Stabilization Corp. v. EPA*, 4 F. Supp. 2d 435 (M.D.N.C. 1998), vacated and remanded, 313 F.3d 852 (4<sup>th</sup> Cir. 2002).

<sup>97</sup> [www.who.int/tobacco/resources/publications/general/](http://www.who.int/tobacco/resources/publications/general/).

<sup>98</sup> Par exemple HACKSHAW/LAW/WALD, *The accumulated evidence on lung cancer and environmental tobacco smoke*, BMJ 1997, 315, 980-988; LAW/MORRIS/WALD, *Environmental tobacco exposure and ischaemic heart disease: an evaluation of the evidence*, BMJ 1997, 315, 973-980; PECHACEK/BABB, *Commentary: How acute and reversible are the cardiovascular risks of secondhand smoke?*, BMJ 2004, 328, 980-983.

<sup>99</sup> IARD WORKING GROUP ON THE EVALUATION OF CARCINOGENIC RISKS TO HUMANS, *Tobacco Smoke and Involuntary Smoking*, Lyon, France 2002.

<sup>100</sup> JAMES E. ENSTROM/GEOFFREY C. KABAT, *Environmental tobacco smoke and tobacco related mortality in a prospective study of Californians, 1960-98*, BMJ 2003; 326; 1057-1061; voir le site [www.bmj.com](http://www.bmj.com); comp. cette conclusion d'une étude antérieure : "The marginal relative risks of lung cancer and other diseases attributed to environmental tobacco smoke in some epidemiologic studies are likely to be statistical artefacts, derived from unaccounted confounders and unavoidable bias", GIO BATTA GORI/NATHAN MANTEL, *Mainstream and Environmental Tobacco Smoke*, *Regulatory Toxicology and Pharmacology* 14, 88-105 (1991).

divulguer massivement sur leurs sites web les résultats de l'enquête, pourtant favorables à sa cause. Conclusion : la réception de l'article Enstrom/Kabat par les milieux scientifiques, le public et les médias constituerait un exemple-type d'une tentative de « faire taire la science » (*silencing science*)<sup>102</sup>.

94. Dans le commentaire de l'étude Enstrom/Kabat qu'il a publié dans le BMJ du 17 mai 2003, George Davey Smith a relevé que les erreurs de classification (*misclassification*) étaient le problème central des recherches sur la fumée passive. L'étude Enstrom/Kabat se baserait sur le fait, pour un non-fumeur, de vivre ensemble soit avec un conjoint fumeur, soit avec un conjoint non-fumeur. Or, ce n'est pas ce fait qui causerait un risque pour la santé, mais bien l'exposition à la fumée passive. Les auteurs de l'article auraient ainsi peut-être surestimé les résultats négatifs de leur recherche. Dans l'ensemble, Smith rappelle l'importance des facteurs de confusion tels que la position socio-économique et le comportement relatif à la santé, pour conclure que d'autres pistes devraient être explorées pour que nous puissions savoir si la fumée passive augmente effectivement le risque d'être atteint par des maladies cardiovasculaires<sup>103</sup>.

95. Il n'est pas nécessaire de choisir entre l'une et l'autre de ces deux positions contradictoires. Il suffit de relever que la preuve scientifique de l'importance considérable, sinon de l'existence du dommage causé par la fumée passive à la santé de la population est pour le moins soumise à caution. L'importance quantitative des études, rapports et programmes officiels et officieux affirmant que ce dommage est grave et sérieux plaide sans doute en faveur de l'utilité, voire de la nécessité de mesures étatiques combattant la fumée passive. Mais l'existence d'autres études, tout aussi sérieuses, comme celle de Enstrom/Kabat, relativisant l'existence d'une relation directe entre la fumée passive et les maladies coronaires, et l'ambiguïté partisane des réactions qu'elle a provoquée, questionnent sérieusement l'adéquation de pareilles mesures. Il existe donc un doute profond à ce sujet.

96. Or, en cas de doute sérieux sur l'efficacité de l'interdiction de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés préconisée par l'initiative pour protéger concrètement la santé de la population, il n'est pas possible d'affirmer péremptoirement que la règle de l'aptitude est respectée<sup>104</sup>. En principe, l'Etat ne peut pas restreindre les libertés sans être certain que les restrictions qu'il envisage permettent effectivement d'atteindre le but d'intérêt public qu'il poursuit. Une simple probabilité, fut-elle grande, ne suffit pas.

97. On peut certes se demander si le principe dit de précaution peut suppléer au non respect de la règle de l'aptitude. Consacré en droit de l'environnement international et national, le principe de précaution exige qu'en cas de risque de dommages graves irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne serve pas de prétexte pour différer l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement<sup>105</sup>. Il est cependant fort douteux que ce principe, extrêmement vague, ait valeur constitutionnelle<sup>106</sup>. Dans le domaine des libertés, son application risquerait d'être fatale, car elle ouvrirait la porte

<sup>102</sup> UNGAR/BRAY (note 2) 14-20.

<sup>103</sup> GEORGE DAVEY SMITH, Effect of passive smoking on health, BMJ 2003 ; 326, 1048-1049.

<sup>104</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 34) no 221.

<sup>105</sup> ALEXANDRE FLUECKIGER, La preuve juridique à l'épreuve du principe de précaution, Revue européenne des sciences sociales 2003, no 128 107, 114/115 ; rapport suisse in MICHEL PRIEUR (éd.), Vers un nouveau droit de l'environnement ? Linoges 2003, 595, 597 ; ATF 125 I 182, 185 LATA ; 119 Ia 197, 200.

<sup>106</sup> Dans sa décision no 2001-446, du 27 juin 2001, le Conseil constitutionnel français a jugé que le principe de précaution ne constitue pas un objectif de valeur constitutionnelle (consid. 6).

à n'importe quelle restriction aux droits fondamentaux, pourvu que celle-ci serve à écarter un danger futur possible, nullement établi, pour l'Etat ou la société. L'adage « prévenir vaut mieux que guérir », qui peut se justifier en droit de l'environnement, n'a pas de place en matière de libertés. Il se situe aux antipodes de la doctrine du « *clear and present danger* » qui a permis à la Cour Suprême des Etats-Unis, au début du 20<sup>e</sup> siècle, de jeter les bases pour une protection constitutionnelle des libertés garanties par le 1<sup>er</sup> amendement<sup>107</sup>.

#### cb) La nécessité

98. La règle de la nécessité (*Erforderlichkeit*) exprime ce qui constitue sans doute l'essence même du principe de la proportionnalité dans le domaine des libertés. Non-seulement la mesure restrictive doit-elle être apte à produire le résultat escompté, mais encore faut-il qu'elle soit seule à même de le faire. En d'autres termes, s'il existe un autre moyen que celui retenu par l'autorité qui, tout en respectant la règle de l'aptitude, permettrait d'éviter l'atteinte à la liberté, ou d'en diminuer l'intensité, le principe de la proportionnalité est violé. Le Tribunal fédéral considère qu'une « *mesure est disproportionnée s'il est possible d'atteindre le même résultat par un moyen moins incisif* »<sup>108</sup>.

99. La nécessité des mesures restrictives envisagées par l'initiative me paraît devoir être examinée dans deux perspectives. La première met ces mesures en relation avec les normes de comportement sociétales prévalant dans le domaine de la lutte contre le tabac; la seconde les compare à d'autres mesures étatiques concevables en la matière.

100. En premier lieu, on peut se demander si l'Etat ne peut ou ne doit pas s'abstenir d'intervenir dans un domaine où la pression sociétale est devenue si forte et si efficace qu'elle rend toute action similaire de l'Etat inutile, voire contre-productive. L'idée est que le principe de la nécessité s'applique aussi dans le rapport entre les normes étatiques, qui doivent respecter les libertés, et les normes sociétales, qui échappent largement à l'emprise de celles-ci. Or, il est manifeste que, dans les sociétés occidentales, la pression sociétale contre la fumée et les fumeurs s'est considérablement renforcée ces dix dernières années, et qu'elle a modifié de manière significative le comportement de ceux-ci. Partout où, il y a quelques années encore, la fumée était acceptée, voire considérée comme un atout – les restaurants, les hôtels et les bars, les écoles et les universités<sup>109</sup>, les cinémas et les théâtres, les banques et les assurances, les trains, les avions<sup>110</sup> et les bus, les magasins et les supermarchés, les hôpitaux et les cliniques, les salons de coiffeurs et les bureaux – elle est bannie aujourd'hui, sans même que l'Etat ait dû intervenir, sous l'effet conjugué des campagnes officielles, des règlements internes, des avertissements relatifs aux dangers que cause la fumée, des habitudes sociales changeantes et, plus généralement, de la *political correctness* dont nos sociétés se sont laissé saisir peu à peu. L'efficacité de ces pressions sociales est redoutable. Les fumeurs eux-mêmes ont, sauf exception, largement intériorisé un sentiment de culpabilité à l'égard de leur vice ou passion, à tel point que, souvent, il suffit d'une remarque incisive, plus ou moins polie, ou d'un regard percutant d'un tiers, pour qu'ils s'abstiennent de fumer, ou quittent les lieux. Tout indique par ailleurs que ce mouvement ne s'arrête pas à l'interdiction générale de fumer dans

<sup>107</sup> *Schenk v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

<sup>108</sup> ATF 130 I 65, 69 X ; 129 I 12, 24 ; 129 V 267, 271 ; 128 I 92, 95.

<sup>109</sup> Petit souvenir personnel: lorsque j'ai commencé à enseigner à l'Université de Genève au début des années 1970, tant les enseignants que les étudiants fumaient librement, même pendant les cours; la fumée était considérée comme tellement « normale » que personne ne daignait en parler.

<sup>110</sup> Petit souvenir bis: en classe affaire, les cigares étaient généralement offerts...

des lieux publics : sur les plages australiennes et californiennes, il est d'ores et déjà interdit de fumer, la vente de tabac est interdite au Bhoutan, et en Californie, la fumée est proscrite y compris dans un rayon de six mètres autour des bâtiments publics<sup>111</sup>.

101. Or, tant qu'elle reste sociétale, c'est-à-dire portée par des tiers, même bien organisés, cette douce pression sur les fumeurs limite certes, et même considérablement, leur liberté sociale, car ils sont obligés de tenir compte des effets qu'exerce la fumée sur des tierces personnes. Mais elle ne constitue pas pour autant une restriction à leurs libertés constitutionnelles, car ces libertés, encore une fois (supra no 81), ont cette particularité d'être dirigées exclusivement contre l'Etat.

102. A partir du moment cependant où l'Etat se joint au mouvement sociétal pour réprimer la fumée par des normes dotées de sanctions juridiques, les libertés constitutionnelles des fumeurs sont touchées (supra no 44-67). Sachant cela, l'Etat doit se poser sérieusement la question s'il ne veut ou ne doit pas laisser faire la société, dont l'action concertée a largement fait la preuve de son efficacité, et s'abstenir de légiférer en la matière, car sa législation, dont l'efficacité reste à prouver, devra pouvoir se justifier au regard de la protection constitutionnelle des libertés. L'adoption de normes étatiques dirigées contre la fumée passive pourrait même s'avérer contre-productive, en ce sens que fumer devient un acte de résistance et de rébellion pour ceux qui, pour toutes sortes de raisons, en veulent à l'autorité<sup>112</sup>.

103. Dans ces conditions, les exigences de la règle de la nécessité commandent que l'Etat s'abstienne d'édicter des mesures d'interdiction à large échelle, dirigées contre la fumée passive, tant et aussi longtemps que la fumée passive fait l'objet de normes restrictives de nature sociétale qui ont d'ores et déjà produit des effets indéniables sur cette activité et qui ont sans doute tendance à se renforcer encore. L'opprobre que représentent les fumeurs pour la société est suffisamment fort et décourageant pour que l'Etat, qui doit veiller à sauvegarder les libertés, transforme les fumeurs en victimes d'une contrainte officielle.

104. En second lieu et surtout, le principe de la nécessité exige que la mesure restrictive de libertés envisagée par l'Etat ne puisse pas être remplacée par une autre mesure étatique, moins restrictive, qui permet d'atteindre le même résultat. En l'espèce, il faut donc se demander si l'interdiction générale de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés est le seul moyen que l'Etat peut prendre pour combattre la fumée passive. La réponse est clairement négative.

105. L'initiative interdit de fumer dans les lieux publics intérieurs et fermés, tout particulièrement dans ceux qui sont soumis à une autorisation d'exploitation (art. 178B al. 2). Elle énumère en détail les « lieux publics dont les locaux intérieurs ou fermés sont concernés » : tous les bâtiments dépendant de l'Etat et des communes ; tous les locaux ouverts au public et affectés à des activités médicales, hospitalières, culturelles, récréatives, sportives, de formation, de loisirs, de rencontres, d'exposition ; tous les restaurants, débits de boisson, auberges et hôtels ; tous les transports publics et transports professionnels de personnes (art. 178B al. 3 let. a-d). L'énumération est si complète que l'on a de la peine à imaginer ce que la notion des « autres lieux ouverts au public définis par la loi » (art. 178B al. 3 let. e) peut bien recouvrir. Si l'initiative est acceptée par le peuple, les fumeurs en seront

<sup>111</sup> Smoking curbs: The global picture, <http://news.bbc.co.uk/1/hi/world>.

<sup>112</sup> « A force de prendre continuellement pour cible les mêmes personnes, on finira par arriver au but opposé à celui recherché, c'est-à-dire que fumer deviendra un acte de résistance et de rébellion et que les mégots jancheront bientôt les belles allées, débarrassées de leurs cendriers ! », lettre de lecteur dans Le Temps du 30 août 2005.

donc réduits, de par la Constitution, à s'adonner à leur passion – ou à succomber à leur vice – à leur domicile ou à leur lieu de travail privé, ou encore à l'extérieur, soit sur le domaine public ou le domaine privé ouverts.

106. L'interdiction générale de fumer dans les lieux publics et ouverts au public s'inspire ouvertement du postulat selon lequel la fumée passive est tellement nocive et pernicieuse qu'il n'est pas possible de la combattre par des mesures moins radicales, telle une ventilation appropriée, ou l'installation d'espaces fumeurs. On lit ainsi dans l'exposé des motifs de l'initiative que *« la ventilation n'offre qu'une protection illusoire, coûteuse et très souvent défailante contre la pollution de l'air par la fumée de tabac. Pour obtenir une diminution de cette pollution qui soit tolérable, il faudrait des taux de renouvellement de l'air comparables à ceux d'une soufflerie. Combiné avec la nécessité de chauffer l'air en hiver – ou de le refroidir par grande chaleur – un tel renouvellement représenterait un énorme gaspillage d'énergie. La seule façon valable de supprimer la pollution de l'air ambiant par la fumée de tabac est de traiter le problème à la source, en interdisant de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés »*<sup>113</sup>.

107. Au vu des doutes qui persistent sur la question principale de savoir si la fumée passive représente effectivement un danger sérieux pour la santé publique (supra no 95/96), de telles affirmations de principe portant sur la question subsidiaire de savoir par quelles mesures la fumée passive peut être combattue sont à prendre pour ce qu'elles sont, c'est-à-dire des affirmations de principe. En l'absence de toute preuve scientifique établissant, ou rendant hautement vraisemblable, l'impossibilité de combattre la fumée passive autrement que par une interdiction générale de fumer dans les lieux publics et ouverts au public, l'Etat ne peut pas se contenter de pareils « oukases » pour jeter par-dessus bord le principe constitutionnel de la nécessité. Si *« traiter le problème à la source »* revient, comme dit le proverbe, à *« tirer sur des moineaux avec un canon »*, parce que le moineau serait en réalité un dinosaure, le principe de la proportionnalité est violé.

108. Il n'est pas nécessaire, et il ne m'appartient pas d'indiquer en détail quelles mesures moins restrictives pourraient être prises, par l'Etat, pour combattre la fumée passive. On peut penser à l'obligation de réserver, dans les bâtiments et les établissements publics, des espaces séparés à des fumeurs, avec un système d'aération approprié ; on pourrait opérer une distinction entre les grands espaces couverts – comme les gares, les halles de bâtiments publics ou les supermarchés – et les petits lieux publics fermés – comme les commerces, les couloirs et les chambres d'hôtel ; il serait possible aussi de distinguer les lieux où la présence de tiers non-fumeurs est volontaire et ceux où elle est inévitable, etc. Il suffit de constater que différentes mesures moins incisives sont possibles et que leur efficacité n'est *a priori* pas moindre que celle que les initiants prêtent un peu rapidement à leur proposition radicale.

109. On peut relever enfin que même la loi italienne du 29 décembre 2003, entrée en vigueur le 14 janvier 2005, pourtant citée en exemple par les auteurs de l'initiative, est moins restrictive que celle-ci, dans la mesure où elle admet qu'il est permis de fumer dans des

113

*« La fumée d'une cigarette pollue 19'000 m<sup>3</sup> d'air, ce qui équivaut à l'espace occupé par 19 maisons familiales confortables... des analyses techniques démontrent que seule une aération possédant la force d'un ouragan serait en mesure d'éliminer en permanence la fumée de tabac... dans bien des cas, même une courte inspiration d'un peu de fumée de tabac entraîne des troubles durables... il est techniquement impossible de combattre la fumée de tabac par des systèmes de ventilation... la seule solution pour empêcher efficacement et économiquement le tabagisme passif réside dans des espaces et des locaux non-fumeurs »*, PRO AERE (note 29) ch. 2.4. et 6.3.

locaux fermés prévus dans les bars et les restaurants, à condition qu'il existe un système de ventilation et de changement de l'air conforme aux caractéristiques techniques indiquées dans un règlement ministériel. Rappelons aussi que la Cour de Strasbourg a jugé récemment que l'absence d'interdiction générale de fumer dans les endroits ouverts au public n'était pas contraire aux droits garantis par la CEDH<sup>114</sup>.

cc) La proportionnalité au sens restreint

110. La troisième règle déduite du principe de la proportionnalité commande que le juge procède à une pesée des intérêts en présence (*Interessenabwägung*) pour évaluer si, dans le cas particulier, l'intérêt public poursuivi par la restriction à la liberté pèse plus lourd que le respect de celle-ci. Il s'agit donc de déterminer concrètement la gravité et l'ampleur de la restriction et de l'opposer à la charge effective que celle-ci impose aux titulaires de la liberté qui sont en cause. L'approche qualitative l'emporte donc, dans cet examen, sur la comparaison simplement quantitative<sup>115</sup>.

111. L'interdiction de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés prônée par l'initiative frappe d'emblée les fumeurs dans une série de situations qui sont fort diverses et donc, en raison de cette diversité, avec une intensité variée. Il faut donc, à titre d'exemple, tenter d'isoler certaines de ces situations et de comparer les intérêts concrets en présence.

112. Ainsi, si l'on prend le cas de ceux qui souhaitent fumer dans les transports publics, il apparaît d'emblée que leur intérêt doit céder face à celui des non-fumeurs, qui n'ont en général pas d'autre choix que d'emprunter au même moment le même moyen de transport, à tout le moins lorsque la durée du trajet est relativement courte. Le sacrifice qui leur est ainsi imposé paraît supportable et peut être assimilé à ce que le Tribunal fédéral considère comme une « simple incommodité » avec laquelle ils doivent composer<sup>116</sup> : ils se rattraperont en quelque sorte avant et après le trajet. La même remarque vaut pour les lieux publics ou ouverts au public qui sont particulièrement étroits ou exigus, comme les salles d'attente, les commerces de détail, les salles de cours, les salons de coiffeurs, etc.

113. A l'opposé, on peut penser à certaines situations où la présence des fumeurs est involontaire, ou commandée par les circonstances, de sorte que l'interdiction générale de fumer frappe les personnes concernées de façon particulièrement incisive. Il en va ainsi par exemple des patients dans les institutions hospitalières ou para-hospitalières. Si, comme c'est le cas en l'espèce, la loi interdit à la direction de ces établissements de mettre à leur disposition des locaux séparés, même bien aérés, où ils peuvent s'adonner à leur habitude, ils sont obligés de sortir dans la cour ou sur le trottoir pour fumer, quelle que soient les conditions météorologiques ou climatiques, ou alors de s'imposer un sevrage dont les conséquences viennent s'ajouter aux pathologies qui expliquent leur présence dans les établissements en cause. Dans ce cas de figure, qui concerne un nombre important de personnes qui sont dans un rapport involontaire et spécial avec l'Etat, il apparaît que l'intérêt public au maintien d'une interdiction absolue de fumer, non assortie d'exceptions, doit céder le pas face au prix que représente, pour les patients fumeurs concernés, le respect de leur liberté.

<sup>114</sup> ACEDH *Andrea Botti* du 2 décembre 2004, requête no 77360/01.

<sup>115</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 34) no 225.

<sup>116</sup> ATF 130 I 16, 21 X.

114. Un cas semblable est celui du chercheur dans un bâtiment ou institut public qui travaille seul dans un bureau ou un laboratoire et qui s'est habitué à fournir ses prestations en consommant du tabac. L'intérêt public à ce que l'interdiction de fumer soit appliquée avec rigueur même dans ce cas particulier doit même être considéré comme inexistant. Que des relents de fumée parviennent à s'infiltrer à travers les portes ou les fenêtres fermées de ces locaux, pour être ressentis, le cas échéant, par des tiers non fumeurs se trouvant à l'extérieur, constitue, pour ceux-ci, une simple incommodité, qui ne parvient pas à justifier la mesure restrictive.

115. Dans les centres commerciaux, qui disposent en général de larges espaces et d'allées bien aérées, on peut admettre que la gêne engendrée par la fumée n'est guère plus incommodante que dans la rue ou dans d'autres endroits ouverts relevant du domaine public. Outre que d'obliger les fumeurs désireux « d'en griller une » à abrégier leurs achats pour sortir dans la rue soit difficilement compatible avec l'objectif commercial, qui est d'inciter les consommateurs à rester le plus longtemps possible dans le centre<sup>117</sup>, l'intérêt public à bannir la fumée dans l'ensemble du complexe paraît bien faible, par rapport à la nécessité de respecter la liberté des clients fumeurs, qui constitue également un intérêt public.

116. Entre ces deux pôles, où les conséquences juridiques de l'interdiction générale de fumer vont dans un sens radicalement opposé, se situe toute une gamme de situations intermédiaires où l'on peut admettre que les deux intérêts en présence se tiennent à peu près la balance. Il en va ainsi notamment dans les gares, les halles d'entrée des bâtiments publics ou des grands hôtels, les aéroports et autres restaurants.

117. Il n'est pas nécessaire de poursuivre cet examen. Sous l'angle de la proportionnalité au sens restreint, le caractère général et absolu de l'interdiction de fumer postulée par l'initiative pose assurément problème. Selon la doctrine et la jurisprudence, une obligation générale, prévue par un acte normatif autre que la Constitution fédérale, qui ne soit assortie d'aucune exception, ne résiste pas, en principe, au grief de la violation de la proportionnalité<sup>118</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme, appelée à évaluer si l'ingérence à la liberté est « *nécessaire dans une société démocratique* », attache également, depuis quelques années, une importance accrue à la portée radicale de cette ingérence et au caractère absolu d'une obligation imposée<sup>119</sup>.

118. Il apparaît ainsi que les situations concrètes dans lesquelles les particuliers sont amenés à faire usage de la liberté personnelle, du droit à la protection de la sphère privée et de la liberté économique, en rapport avec leur habitude ou envie de fumer, sont trop diverses pour que l'Etat puisse se satisfaire d'une interdiction générale et absolue de fumer dans tous les lieux publics intérieurs ou fermés. Que cette interdiction soit dans l'air du temps et qu'elle soit portée, sinon provoquée par la vague montante de la *political correctness* ne la rend pas plus conforme à la Constitution. Il faut bien plutôt admettre que la persistance et le renforcement continu de cette pression sociétale, qui menace toutes les libertés, doivent

<sup>117</sup> Lettre de lecteur (note 112).

<sup>118</sup> ATF 125 I 335, 335 I; 113 Ia 126 *Giovanna Armengol*; 113 Ia 325 *Dame T.*; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 34) no 226; Les juges et les auteurs américains reprocheraient probablement à cette norme d'être « *overbroad* », c'est-à-dire trop vague et indéterminée, et donc contraire à l'exigence de *Due Process of Law* prescrite par le 14<sup>e</sup> amendement, ANDREAS AUER, *The Supreme Law of the Land*, Bâle 1990 76.

<sup>119</sup> ACEDH *Open Door* du 29 octobre 1992, Série A no 246-A § 73-74.

amener l'Etat à veiller d'autant plus scrupuleusement à ce que, lorsqu'il édicte des normes restrictives allant dans le même sens, ces libertés soient scrupuleusement respectées.

## Conclusion

119. En résumé, il appert que l'initiative ne satisfait pas à toutes les exigences constitutionnelles en matière de restrictions aux libertés. Il est vrai qu'elle peut valablement se prévaloir du motif d'ordre public que constitue la protection de la santé publique (supra no 82). En revanche, son alinéa 1<sup>er</sup> ne respecte les conditions élémentaires de la base légale que s'il est interprété dans un sens restrictif (supra no 74). Il est tout sauf établi que l'interdiction générale de fumer dans les lieux publics soit effectivement apte à protéger efficacement la santé de la population (supra no 93/94). Sous l'angle de la nécessité, l'initiative souffre de deux défauts, celui de ne pas tenir compte de l'efficacité redoutable des contraintes sociétales qui limitent la fumée dans tous les lieux publics, voire privés (supra no 103), et celui d'ignorer que des mesures moins restrictives peuvent parfaitement suffire pour atteindre le but poursuivi (supra no 108). Enfin, en imposant une obligation générale valable dans un ensemble de situations fort diverses, elle ne respecte pas, dans plusieurs de ces situations, la proportionnalité au sens restreint (supra no 118).

120. Une dernière question, grave, attend réponse : le droit peut-il vraiment servir à enrayer la vague montante de la *political correctness* ? Il est permis d'en douter. Pour les acteurs politiques, naviguer sur cette vague apporte sans doute plus suffrages que de lui résister. Il est donc peu probable que le Grand Conseil du canton de Genève, chargé de garantir la conformité au droit des initiatives populaires, osera prononcer la nullité de l'initiative « Fumée passive et santé », parce qu'un expert a conclu à ce qu'elle soit inconstitutionnelle. Quant au Tribunal fédéral, qui aura le dernier mot, il a certes prouvé à maintes reprises qu'il sait rester fidèle à son rôle de gardien principal des droits fondamentaux en Suisse, mais on sait aussi qu'il ne s'écarte qu'avec réticence des décisions parlementaires portant sur la validité des initiatives populaires. S'il devait donner son feu vert à un vote populaire sur cette initiative, la démocratie directe serait donc le dernier rempart. Même s'il est notoire et compréhensible que, dans un débat référendaire, les arguments de droit comptent peu, il reste l'espoir, mince mais néanmoins réel, que le peuple, qui est souvent plus sage que ses représentants, refusera la recette simpliste que l'initiative entend apporter à un problème délicat. Dans la négative, les juristes trouveront peut-être une petite consolation dans le fait que la preuve aura été fournie, une nouvelle fois, que ce n'est pas le droit qui crée la société, mais bien l'inverse.