



## Désignation des juges par tirage au sort qualifié

### Exposé d'Adrian Gasser

Expert-comptable avec brevet fédéral et entrepreneur

Présenté le 12 mars 2021 dans le cadre de la première conférence judiciaire de Bâle, Université de Bâle

### Introduction

Si l'on me confiait la mission de créer un nouvel ordre étatique à partir d'une page blanche, l'ordre que je créerais ne serait pas très différent de notre système actuel. Ce qui me tiendrait à cœur serait que la séparation des pouvoirs fonctionne et que le pouvoir judiciaire soit réellement indépendant. Or la Suisse souffre actuellement d'un défaut fondamental à cet égard : le pouvoir judiciaire est rattaché aux pouvoirs législatif et exécutif, ainsi qu'aux autorités, par de nombreux liens, et les problèmes qui en découlent sont patents. N'ayant aucune confiance dans l'équité du pouvoir judiciaire, le justiciable est critique et méfiant à l'égard des jugements prononcés et considère ce pouvoir comme le bras armé du monde politique et des autorités. Dans le système actuel, le justiciable ne peut donc pas accorder sa confiance aux jugements, alors qu'il s'agit là d'une nécessité absolue dans une démocratie. Aujourd'hui, les partis décident seuls de qui accédera aux plus hautes fonctions de la magistrature. Nous bénéficions toutefois aussi de jugements que les justiciables respectent pleinement, car ils correspondent à la fois à la loi et à leur perception du droit. Toutefois, il en va ainsi non pas grâce au système, mais en dépit du système !

Le malaise engendré par les liens et la dépendance qui unissent les juges de la Cour suprême aux partis et au monde politique constitue l'une des raisons pour lesquelles il a été possible de recueillir en un temps record 130 000 signatures en faveur du tirage au sort qualifié.

### Rappel historique : retour sur 1848

Permettez-moi de vous expliquer brièvement d'où vient le système actuel et en quoi il ne répond pas aux besoins des justiciables : ses racines remontent à la fondation de notre État fédéral en 1848. À l'époque, le Tribunal fédéral dépendait du Département fédéral de justice et police. Ses tâches se cantonnaient au secteur des assurances et aux différends entre les cantons. C'était le temps où les cantons fonctionnaient encore à presque tous les égards comme des États indépendants et souverains.



### **Évolution hier, aujourd’hui, demain**

À l’heure actuelle, un nombre croissant d’aspects relèvent toutefois du pouvoir de l’administration fédérale. L’étendue des tâches du Tribunal fédéral, jadis limitée, a connu une évolution radicale. Les tribunaux de la Confédération se sont transformés discrètement en un instrument des partis. Lorsqu’un juge ne suit pas la ligne du parti dans ses jugements, il s’agit alors de lui refuser la réélection. Les anomalies inhérentes à ce système engendrent une perte croissante de confiance. Le succès de l’initiative sur la justice témoigne certainement de cette perte de confiance.

### **Effet de l’acceptation de l’initiative sur la justice**

L’acceptation de l’initiative sur la justice permettra de remédier à des défauts et à des dysfonctionnements qui se sont accrus au fil des décennies. Car au terme de l’initiative, les juristes qui s’estiment qualifiés sur les plans professionnel et personnel pour accéder à la magistrature déposent leur candidature, comme le propose l’initiative sur la justice, auprès d’une commission spécialisée indépendante et hautement compétente. Cette commission évalue leur aptitude professionnelle et personnelle à exercer la fonction de juge à la plus haute juridiction, de sorte que toute personne considérée comme qualifiée par cette commission spécialisée participe au tirage au sort. Dans la mesure où ces postes sont particulièrement prisés pour diverses raisons, le nombre de candidats qualifiés sera généralement supérieur au nombre de postes à pourvoir.

Cette procédure de qualification présente des avantages tout à fait déterminants par rapport au système actuel, dans lequel les partis désignent les juges selon un mécanisme opaque. Une commission spécialisée indépendante des autorités et des organisations politiques pourra établir les qualifications des candidats en fonction d’une liste de critères, et déterminer, à l’aide d’un système de points intégrant des critères d’exclusion (comme un âge minimum par exemple), les candidats qui seront admis au tirage au sort qualifié. Il est évident qu’un tirage au sort ne permet pas non plus d’exclure toute erreur de choix, et que personne ne peut prévoir comment un candidat évoluera au fil de ses nombreuses années de carrière ni dans quelle mesure il fera ses preuves. Ceux qui décrochent leur diplôme avec les meilleures notes ne font toujours les plus belles carrières, et on ne peut jamais exclure une dégringolade ou un dérapage. Telles sont justement les raisons pour lesquelles l’initiative sur la justice prévoit une procédure de révocation, qui fait défaut dans le système actuel.

### **Tirage au sort qualifié**



Le tirage au sort qualifié repose sur des bases scientifiques ; il a fait l'objet de nombreuses études, validations et analyses empiriques.<sup>1</sup> Il n'offre que des avantages par rapport au système actuel de désignation des juges par les partis, car il garantit des chances égales à tous ceux qui souhaitent décrocher un poste de juge, le critère déterminant pour l'admission au tirage au sort étant la qualification.

**Kommentiert [sg1]:** Cher Monsieur Gasser, j'ai indiqué la référence bibliographique selon l'usage universitaire, en pied de page.

### **Une corruption qui porte aujourd'hui atteinte à la séparation des pouvoirs**

Aujourd'hui, des personnes qualifiées n'ont pas accès à la fonction de juge pour le simple fait qu'elles ne sont pas affiliées au bon parti, ou qu'elles ne sont affiliées à aucun parti ; autrement dit, parce qu'elles ne sont pas disposées à se plier au soi-disant respect des valeurs d'un parti – faut-il le préciser, tous ensemble, les partis ne parviennent pas à gagner à la cause de ces soi-disant valeurs 5 % des 8,5 millions d'habitants du pays. Donc, les représentants et représentantes de partis élisent *pro forma*, selon les indications du comité de leur parti, des juges suprêmes, qui s'engagent à devenir membres de leur parti ou qui le sont devenus entre-temps. Notons au passage qu'en tant que parlementaires, ces représentants et représentantes de partis réalisent au Parlement et dans 87 commissions un travail de lobby au service d'intérêts contradictoires, et le plus souvent pour des raisons mercantiles, en reléguant à l'arrière-plan ces valeurs brandies, que l'on peine toutefois à discerner, comme si argent et pouvoir étaient à eux seuls des valeurs suffisantes. On pourrait admettre cette situation, si ce n'est que ces parlementaires eux aussi justiciables choisissent leurs propres juges suprêmes.

Des aspirants juges nettement moins qualifiés, ou dont le dossier serait recalé dès son examen dans le cadre d'un tirage au sort qualifié, deviennent aujourd'hui des juges suprêmes pour la simple raison qu'ils conviennent à un parti qui demande à faire valoir son droit à un poste de juge dans le système de particratie à l'œuvre.

### **Autres avantages du tirage au sort qualifié**

Un avantage pour les candidats et candidates qui ne sont pas désignés et de ne pas avoir à craindre de perdre la face.

Ils ou elles pourront se représenter ultérieurement sans restrictions si le premier tirage au sort ne leur est pas favorable. Et ce système incitera aussi d'autres personnes à se présenter, des personnes, surtout des femmes, qui n'auraient pas osé dans d'autres circonstances. En effet, le ratio actuel entre le nombre total de femmes juristes en Suisse et la représentation féminine au Tribunal fédéral est fortement déséquilibré. Les femmes notamment, tout comme de nombreux

<sup>1</sup> Voir notamment : *Katja Rost / Malte Doehne / Margit Osterloh, Richter\*in per Los, in: Richterzeitung*



autres juristes éminents, ne sont pas prêtes à s'affilier à un parti politique, car elles entendent rester indépendantes. Aussi les juristes chevronnés hors parti sont-ils sous-représentés dans les tribunaux.

De plus, le tirage au sort qualifié permet aux candidats de se présenter plusieurs fois. Les candidats dont les qualifications sont reconnues restent en lice, le pool grossit, et le tirage au sort qualifié accroît la probabilité de trouver des personnes ayant les compétences requises. Cette approche peut aussi demander, le cas échéant, qu'il soit renoncé aux quatre greffiers par juge fédéral qui décident des arrêts, ou à tout le moins qui sont fortement impliqués dans les décisions concernant ces arrêts, et qui ne sont soumis à aucune élection. Est-ce légitime ? Où est la légitimité démocratique dont les autorités affirment qu'elle ferait défaut dans l'initiative sur la justice ? Ceux et celles qui ne sont pas tirés au sort n'ont pas à craindre d'être désavantagés s'ils se représentent, puisqu'on ne peut leur opposer qu'ils ne sont pas capables d'assumer les plus hautes fonctions de la magistrature.

De plus, le tirage au sort qualifié réduira les risques d'arrogance et de fatuité. Dans un contexte de hasard à haut niveau, les juges désignés par tirage au sort seront moins prompts à se surestimer et à abuser de leur pouvoir. Enfin, cette procédure brisera les anciennes coteries, jugulera la corruption et détendra les relations entre les groupes rivaux puisque tous les candidats auront les mêmes chances. Si le peuple accepte le nouvel ordre proposé par l'initiative sur la justice, nos juges fédéraux pourront bien entendu continuer d'être membres d'un parti politique. Une différence essentielle par rapport au système actuel tient au fait qu'un juriste ne serait plus obligé d'être affilié à un parti pour avoir la moindre chance de siéger à la plus haute juridiction. Une autre conséquence tient au fait qu'un candidat ne serait plus obligé de changer rapidement de parti – et donc de soi-disant système de valeurs qu'il aurait défendu au préalable – dans le seul but de décrocher un poste de juge mis en vente. Moins de 7 % des électeurs que sont les quelque 5,5 millions de Suisses et de Suissesses sont membres d'un parti. L'argument souvent avancé qui voudrait que l'attribution des postes de juges en fonction de la taille des partis prenne en considération les valeurs qui sont celles de la population, ne tient donc pas. Les juges ne devront plus non plus commencer par acheter leur poste à un parti politique dès leur entrée en fonctions. Car aujourd'hui, les partis vendent des postes qui ne leur appartiennent pas. Pour accéder aux postes de la Cour suprême, les juges doivent fondamentalement commettre un acte illégal, que l'on pourrait qualifier, en exagérant un peu, de recel. Compte tenu de l'obligation de se faire réélire tous les six ans, le système actuel s'apparente à une « opération de leasing » (la formule est de Mark M.



Livschitz). Et le fait qu'elle perdure depuis des décennies ne légitime pas cette tradition pour autant.

Le tirage au sort qualifié permet également d'éviter que les partis n'organisent les candidatures pour promouvoir « des proches » avec une quasi-garantie de succès. Les partis désignent aujourd'hui leurs propres juges de cette manière, ces derniers en venant à être leur bras armé dans les pouvoirs exécutif et législatif et dans l'administration. Le tirage au sort qualifié évite que les candidats qui accèdent au Tribunal fédéral ne soient ceux qui sont les plus zélés à s'engager pour leur parti ou à réseauter, et que ces postes ne soient attribués, à l'occasion, en récompense de services rendus au parti, généralement au détriment des compétences professionnelles, ce qui porte préjudice aux candidats réellement qualifiés.

Le tirage au sort qualifié évite aussi que les juges fédéraux ne se réfèrent mentalement au cadre référentiel du parti avant qu'un arrêt ne soit rendu, ou que les partis politiques n'évaluent leurs juges en fonction de la conformité des arrêts rendus avec leur ligne politique et leurs intérêts. Et il est tout aussi inadmissible – et le tirage au sort qualifié permet de l'éviter – que des juges fédéraux soient appelés au rapport devant des comités de parti. En caricaturant quelque peu, on pourrait presque assimiler cette pratique à des entretiens d'évaluation. Le tirage au sort qualifié empêche également les égards, par loyauté et par camaraderie, vis-à-vis de juges de la même orientation politique, ou la collégialité s'accompagnant d'une influence sur les décisions, vis-à-vis d'instances cantonales ou fédérales inférieures.

### **Juges fédéraux suppléants**

Dans un État de droit, les juges fédéraux suppléants posent aussi question : ils ne sont nullement admis par la Constitution fédérale et, sans disposer des qualifications correspondantes, dans leurs études d'avocat, en échange d'une obole versée à leur parti, ils profitent des avantages que leur procure leur titre de juge fédéral. Même s'ils rendent des services à leur parti, rien ne justifie cette distorsion du marché et cette publicité pour leur propre étude. Quel juriste suisse âgé ou âgée de 27 ans ne souhaiterait pas décrocher un poste de juge fédéral en échange de 20 000 francs par an ? Les mandats que cette fonction permet d'obtenir auprès de tiers ainsi que le réseau de relations qu'elle garantit compensent largement ce montant.

### **La Berne fédérale, les partis et l'initiative sur la justice**

Il n'est pas surprenant que les partis politiques n'aient pas grand-chose à gagner de l'initiative sur la justice. Qui céderait de plein gré de son influence et de son pouvoir ? Qui renoncerait de son propre chef à une source de revenus constants ?



Il n'est dès lors pas étonnant que le Département fédéral de justice et police ait qualifié l'initiative sur la justice de mécanisme « qui ne correspond pas à la tradition suisse », en indiquant que le système avait fait ses preuves. Mais pour qui ?

Dans les instances fédérales bernoises, certains n'ont manifestement pas encore compris que tout ce qui existe depuis longtemps n'est pas forcément bon ou approprié. Ni les partis politiques ni le Département de justice et police ne sont en mesure de démontrer les avantages du système actuel par rapport au tirage au sort qualifié.

Il n'en reste pas moins que l'argument invoqué par Berne, selon lequel on ne veut pas de jugements aléatoires, m'a quelque peu surpris, car il revient implicitement à dire que l'on souhaite continuer à influencer les jugements de manière à ce qu'ils ne soient pas contraires aux intérêts de l'exécutif ou des autorités. Or le simple fait d'évoquer le risque d'avoir des jugements aléatoires montre combien notre système est devenu décomplexé et déliquescent, et dans quelle mesure l'exécutif et les autorités jouissent aujourd'hui d'un pouvoir inattaquable face aux citoyens et citoyennes et aux habitants et habitantes de notre pays.

Le message du Conseil fédéral du 19 août 2020 sur l'initiative populaire concernant l'initiative sur la justice critique le manque présumé de légitimité démocratique de cette initiative. Les motifs évoqués sont fallacieux. De manière générale, si cette initiative ne jouissait d'aucune légitimité démocratique, les instances fédérales n'auraient même pas dû accepter son lancement. Autoriser cette initiative pour l'« étouffer » ensuite au motif fallacieux qu'elle ne jouirait d'aucune légitimité démocratique est malhonnête et indigne d'un État de droit. Mais surtout, ce motif est inexact : si le sujet de la légitimité démocratique nous importe véritablement et que l'on ne se contente pas de le brandir comme d'un argument massue et définitif, on ne saurait faire l'économie de parcourir la thèse d'habilitation du professeur bernois Axel Tschentscher.<sup>2</sup> Il y a quelques années déjà, cet ouvrage a mis en évidence le fait que la légitimité démocratique n'est pas assurée par les votes ou élections du Parlement. La légitimité démocratique des juges passe par une légalité qui repose sur la constitution et par une prérogative octroyée au législatif, celle d'édicter des règles. À la différence du système actuel, cette légitimité démocratique est renforcée dans le système du tirage au sort qualifié. Ce dernier prévoit en effet que les juges puissent être révoqués en cas de violation grave des devoirs que leur impose leur charge.

<sup>2</sup> Axel Tschentscher, *Demokratische Legitimation der dritten Gewalt. Habilitationsschrift*. Jus Publicum Band 147, 2006, Mohr Siebeck.

**Kommentiert [sg2]:** Hier dürfte auch in allen drei Sprachen als Fussnote auf das Buch hingewiesen werden.



### Remarques conclusives

Aristote, Platon et d'autres philosophes de l'ère préchrétienne ont déjà démontré les avantages manifestes du tirage au sort qualifié. Et aujourd'hui aussi, je pourrais citer plusieurs spécialistes parmi les plus renommés et les plus compétents, qui ont attesté par des méthodes scientifiques et empiriques de dernière génération la supériorité sans appel et à tous les égards du tirage au sort qualifié par rapport aux autres méthodes courantes. Il n'y a que celui qui veut préserver son ascendant en élargissant son emprise et qui voit dès lors la séparation des pouvoirs et l'indépendance des juges comme l'ennemi juré de sa puissance, qui pourrait s'y opposer.

Il faut donc que la Constitution fédérale soit adaptée d'urgence dans le sens demandé par l'initiative sur la justice, pour que la désignation des juges à la plus haute juridiction soit soumise à un tirage au sort qualifié assorti d'une possibilité de révocation. Il sera ainsi également mis un terme aux dysfonctionnements illégaux fort répandus dans le système actuel. Ce mécanisme est plus avantageux que le système actuel sur tous les aspects importants car il évite des dysfonctionnements et permet l'indépendance du pouvoir judiciaire. En instaurant pour tous les justiciables un cadre propice à la confiance vis-à-vis de la justice et des juges suprêmes, l'initiative sur la justice répond au besoin fondamental d'équité de l'être humain. Je vous remercie de votre attention.

*Adrian Gasser*

[www.justiz-initiative.ch/fr](http://www.justiz-initiative.ch/fr)