

Plaidoyer pour une perte de contrôle contrôlée

L'initiative pour la justice propose que les juges fédéraux soient désormais désignés par tirage au sort. Cet article explique en quoi cette procédure ouvrirait la voie vers une sélection des meilleures candidatures. Une tribune de Katja Rost et Margit Osterloh.



Les juges fédéraux pourraient bientôt être désignés par tirage au sort. Annick Ramp/NZZ

Au mois de novembre, la Suisse se prononcera sur l'initiative populaire concernant la « Désignation des juges fédéraux par tirage au sort (initiative sur la justice) », dont l'objectif est de renforcer l'indépendance de la justice par rapport aux partis politiques, et de mettre en place une sélection des meilleures candidatures. Les pierres angulaires de cette initiative sont la suppression de la réélection des juges fédéraux, et leur désignation par tirage au sort au sein d'une liste de candidats établie par une commission d'experts indépendante. Les candidats seraient retenus uniquement en fonction de leurs aptitudes professionnelles et personnelles, et non en raison de leur appartenance à un parti politique donné comme c'est le cas actuellement.

Le tirage au sort, une longue tradition

Chacun sait que la procédure actuelle de sélection puis de réélection des juges fédéraux après six ans engendre une dépendance politique marquée des autorités judiciaires, comme l'a démontré la réélection controversée du juge fédéral Yves Donzallaz, dont la candidature avait été soutenue initialement par l'UDC (NZZ, 23 septembre 2020). La modification proposée est donc réellement nécessaire. Il n'en reste pas moins que ce tirage au sort suscite peu d'enthousiasme au Conseil national comme au Conseil des États, ainsi que dans l'opinion publique, alors qu'il jouit d'une longue tradition dans les démocraties antiques et dans de nombreuses communes suisses. Un tirage au sort sera même mis en place prochainement au Fonds national suisse. S'il est qualifié d'« étranger à l'ordre juridique suisse » voire d'« irrationnel », c'est surtout parce que le tirage au sort compromet le *statu quo* auquel nous sommes habitués. On peut espérer au mieux que certaines réformes partielles de la procédure actuelle soient approuvées, dont une règle des 50/50 proposée récemment par Adrian Vatter, selon laquelle la moitié des juges fédéraux seraient affiliés à un parti et l'autre moitié ne le serait pas (NZZ, 31 juillet 2021).

Le tirage au sort est un outil formidable pour éviter la partialité et les réseaux de vieux copains, et pour promouvoir l'indépendance. Même les pourfendeurs de ce système ne le contestent pas. Quant au tirage au sort ciblé que propose l'initiative pour la justice, il prévoit en sus une présélection des candidatures à l'aune de critères d'aptitude purement professionnels et personnels, indépendamment de toute affiliation à un parti politique.

Les critiques émises lors des débats au sujet de l'initiative pour la justice au Conseil national et au Conseil des États s'articulent autour de trois arguments principaux : la désignation des juges fédéraux par tirage au sort affaiblirait leur légitimité démocratique ; cette procédure ne permettrait pas de retenir les « meilleures candidatures » ; et la commission spécialisée ne serait pas qualifiée pour présélectionner ces dernières. Autant d'objections qui peuvent être réfutées.

La procédure de sélection actuelle revendique sa légitimité démocratique en s'appuyant sur le fait que les juges fédéraux sont nommés par l'Assemblée fédérale sur proposition de la Commission judiciaire selon un système de représentation proportionnelle des partis, qui refléterait de manière équilibrée la composition de la société et la diversité des valeurs de la population.

On peut se permettre d'en douter, tant le déficit de représentation est manifeste. Seuls 7 % environ des Suisses disposant du droit de vote sont membres d'un parti politique, et seuls 30 % des Suisses au mieux s'identifient à un parti. Différents critères comme la répartition entre les populations citadine et rurale, et le nombre de personnes qui sont nées en Suisse ou non ne sont absolument pas pris en compte. Et si l'on ajoute le fait que de nombreux conseillers nationaux et aux États sont grassement rémunérés pour défendre des intérêts, que les Chambres fédérales affichent un taux d'universitaires presque deux fois supérieur à celui de la population globale, que le taux de participation aux élections reste notoirement sous la barre des 50 %, et que, de surcroît, les ouvriers votent nettement moins fréquemment que les universitaires, on a du mal à percevoir une légitimité démocratique induite par la représentativité dans le cadre de la procédure actuelle de nomination et de réélection des juges fédéraux.

Qui plus est, l'approche actuelle viole aussi le principe démocratique d'égalité entre tous ceux qui participent à une procédure puisqu'à ce jour, les juges fédéraux doivent *de facto* être membres d'un parti politique. Ils sont sélectionnés selon le système proportionnel et doivent verser une obole

annuelle à leur parti une fois nommés. Est-il légitime, sur le plan démocratique, que des candidats qui ne sont pas affiliés à un parti n'aient aucune chance d'être sélectionnés, simplement parce que leur candidature n'est pas soutenue par la minorité que constituent les membres des partis politiques ?

À l'inverse, il n'y a aucune procédure parmi toutes les procédures possibles de nomination – sélection, cooptation, affectation d'office, évaluation des aptitudes, rotation ou hasard – qui garantisse mieux que cette dernière l'indépendance vis-à-vis d'intérêts, qui reflète de manière plus représentative l'hétérogénéité de la société, et qui garantisse de manière plus fiable l'égalité de tous les participants à la procédure. Autant de critères de légitimité dont la procédure actuelle est très éloignée. Telle est la raison pour laquelle le tirage au sort rendra la désignation des juges fédéraux plus légitime sur le plan démocratique.

Il va de soi que les tirages au sort purs sans présélection ont toujours été rares et le sont encore, et que cette procédure est combinée la plupart du temps à une sélection des candidats et à une évaluation de leurs aptitudes (tirage au sort ciblé), comme le prévoit l'initiative pour la justice. Cette présélection vise à garantir que seules les candidatures qualifiées soient admises au tirage au sort. C'est ici qu'intervient la deuxième objection à l'initiative pour la justice : le tirage au sort laisserait les « meilleures candidatures » sur le carreau.

Précisons au passage que la procédure actuelle n'aboutit pas non plus au choix des « meilleurs candidats », et ce pour trois raisons. Premièrement, comme le démontre le Prix Nobel d'économie Daniel Kahneman dans « Noise », le dernier ouvrage qu'il a écrit avec Olivier Sibony et Cass R. Sunstein, les êtres humains – et surtout les spécialistes – déduisent des décisions radicalement différentes d'un même état de fait (NZZ, 19 juin 2021). Le résultat – notamment dans le domaine des ressources humaines – s'apparente souvent à une loterie, et cela se vérifie particulièrement lors des décisions collégiales. La procédure actuelle n'est donc pas meilleure qu'un tirage au sort dans la mesure où elle repose avant tout sur des décisions subjectives. À l'inverse, un tirage au sort ciblé objective la procédure et constitue simplement une perte de contrôle contrôlée, alors qu'aujourd'hui, l'on accepte une perte de contrôle incontrôlée.

Un réservoir plus large de meilleures candidatures

Deuxièmement, l'accès à la plus haute magistrature est explicitement limité par l'affiliation à un parti. Cette limitation empêche des candidats brillants qui ne sont pas affiliés à un parti – sans parler de ceux qui sont affiliés au « mauvais parti » à ce moment-là – d'être pris en considération. Raison pour laquelle la procédure actuelle ne permet justement pas de sélectionner les « meilleures candidatures ».

Troisièmement, les candidats sont confrontés à un obstacle implicite dont nous avons démontré l'existence dans nos recherches : les outsiders hautement qualifiés sont moins nombreux à participer à la procédure actuelle qu'à une sélection aléatoire ciblée. Au dix-huitième siècle, lorsque la Ville de Bâle eut recours à un tirage au sort ciblé pour constituer son Petit Conseil, la probabilité d'être sélectionné et de siéger dans cette instance politique importante a plus que triplé pour les candidats qui ne faisaient pas partie du « Basler Daig », l'élite bâloise.

Lors d'une expérience en laboratoire, nous avons démontré que dans la course aux postes de dirigeants, le tirage au sort ciblé permettait aussi de tripler le nombre de femmes hautement qualifiées. La raison ? Les outsiders et les personnes qui font partie de minorités ont plus confiance dans leurs chances de réussite lorsque la sélection est aléatoire. Et au final, les tirages au sort libèrent des viviers importants de candidats qui restent inexploités avec la procédure traditionnelle. Les lauréats de ces procédures présentent en outre un avantage majeur par rapport à ceux qui ont été sélectionnés dans le cadre de procédures de mise en concurrence pures : ils cèdent moins à la démesure et défendent surtout le bien commun. C'est là un autre enseignement que nous avons tiré d'une expérience en laboratoire. On peut donc conclure globalement que le tirage au sort agrandit le vivier des meilleurs candidats à partir duquel les postes seront pourvus.

La seule objection résiduelle est celle selon laquelle la commission spécialisée ne serait pas compétente pour sélectionner les candidatures. Il faudrait d'abord pouvoir démontrer que cette commission spécialisée serait moins qualifiée pour ce faire que la Commission judiciaire qui effectue actuellement les présélections avant de les présenter au Parlement. Cette commission est constituée selon le système proportionnel et veille dans les faits à la sélection des juges fédéraux par les partis. De prime abord, cette approche semble créer une certaine transparence quant aux valeurs des candidats.

Mais en l'occurrence, on assimile à tort l'affiliation à un parti à un ensemble de valeurs, alors que cette affiliation ne renseigne nullement sur certaines valeurs essentielles pour des magistrats comme l'image et le rôle du juge, son point de vue par rapport à ses attributions dans le cadre de la séparation des pouvoirs, et d'autres aspects similaires. Une procédure reposant sur une commission spécialisée composée d'experts en droit, en sciences politiques, économiques et sociales et en psychologie ne permet-elle pas mieux d'identifier les valeurs des candidats sans présenter les défauts susmentionnés que sont le manque de représentativité, le non-respect de l'égalité des chances entre les candidats affiliés à un parti et ceux qui ne le sont pas, et la limitation du vivier de candidats potentiels ?

Certes, les membres d'une commission spécialisée ne sont pas non plus dépolitisés par définition, mais la composition de cette commission et la définition de sa mission relègueraient à l'arrière-plan les considérations politiques – et surtout celles liées aux partis. L'initiative prévoit que le Parlement statue à propos de la composition de la commission spécialisée, et que le Conseil fédéral l'institue.

En résumé, le tirage au sort ciblé prend acte des nouvelles données scientifiques concernant les limites de la rationalité humaine et y remédie par une procédure de décision contrôlée axée sur le hasard mathématique, ouvrant ainsi la voie vers la sélection des meilleures candidatures. Les arguments pertinents qui plaident en faveur d'une acceptation de l'initiative pour la justice sont donc nombreux.

Katja Rost est Professeur de sociologie à l'Université de Zurich et spécialisée en sociologie économique et organisationnelle ; **Margit Osterloh** est Professeur invité permanent à l'Université de Bâle et dirige les travaux de recherche du « Center for Research in Economics, Management and the Arts » (Crema) à Zurich.