

du 30 mars 2004

dans la cause

Monsieur Olivier DOBLER

_____ contre

CONSEIL D'ETAT

EN FAIT

1. Le 14 novembre 2002, le Grand Conseil a modifié la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ - E 2 05) en lui ajoutant un titre XIV consacré au Tribunal cantonal des assurances sociales (ci-après : TCAS), juridiction destinée à reprendre certaines compétences exercées jusqu'alors par le Tribunal administratif et par différentes commissions de recours, notamment la commission de recours en matière de chômage, la commission AVS/AI, la commission de recours en matière d'allocations familiales, etc.

Le nouvel article 56T LOJ avait alors la teneur suivante : "Le Tribunal cantonal des assurances sociales se compose de ... c) seize juges assesseurs désignés par le Grand Conseil à raison de huit sur proposition des associations représentatives des employeurs et de huit sur proposition des associations représentatives des salariés. Ceux-ci doivent bénéficier d'une formation spécifique sur les questions juridiques et d'assurance sociale dont les modalités sont fixées par le règlement".

Cette loi a été promulguée le 8 janvier 2003 et sa date d'entrée en vigueur a été fixée au 1er août 2003.

2. Par arrêté du Conseil d'Etat du 30 avril 2003, les juges et les suppléants au TCAS ont été déclarés élus sans scrutin, le nombre de candidats n'ayant pas dépassé celui des postes à pourvoir.
3. S'agissant des seize juges assesseurs au TCAS, l'élection par le Grand Conseil a été fixée aux 26 et 27 juin 2003. Le résultat de l'élection a été publié le 4 juillet 2003.

Le TCAS est entré en fonction le 1er août 2003.

4. Estimant que la Constitution genevoise avait été violée, Monsieur Olivier Dobler a formé un recours de droit public par acte du 22 août 2003 contre l'élection des juges assesseurs. Ceux-ci auraient dû être élus par le Conseil général, soit par le peuple, et non pas par le pouvoir législatif.
5. Par arrêt du 27 janvier 2004 notifié le 6 février, le Tribunal fédéral a donné raison à M. Dobler (cause

1P.487/2003). Dans la conception prévalant en droit constitutionnel genevois, la notion de magistrat de l'ordre judiciaire devait s'entendre de manière très large, comprenant tous les membres des juridictions. Il n'existait pas fondamentalement de différence de statut entre les juges professionnels et les assesseurs, l'ensemble des juges, quelle que soit leur fonction, ayant toujours été élus par le peuple.

L'autorité cantonale était ainsi invitée à "organiser des élections populaires dans un délai le plus court possible".

6. Le législateur genevois n'a pas attendu le prononcé de l'arrêt du Tribunal fédéral précité. Le 14 novembre 2003, le Grand Conseil a supprimé les termes "désignés par le Grand Conseil", s'agissant des seize juges assesseurs, mentionnés à l'article 56T lettre c LOJ.

L'entrée en vigueur de cette modification a été fixée au 8 janvier 2004.

7. Par acte du 12 février 2004, M. Dobler a interjeté un recours auprès du Tribunal administratif pour déni de justice. Le recourant reprochait au Conseil d'Etat de tarder, ou de ne pas agir avec la célérité voulue, en vue d'organiser aussi rapidement que possible l'élection populaire des seize juges assesseurs, comme le lui enjoignait le Tribunal fédéral.

M. Dobler a toutefois retiré ledit recours par courrier du 18 février 2004.

8. Le 13 février 2004, le Grand Conseil a adopté un nouvel article 162 LOJ, assorti de la clause d'urgence, et destiné à permettre le fonctionnement du TCAS. Celui-ci pouvait siéger au nombre de trois juges, sans assesseurs, jusqu'à que soient entrés en fonction les seize juges assesseurs devant être élus conformément au nouvel article 56T LOJ. L'instruction des causes pouvait être conduite par un juge.

Dite loi a été publiée dans la Feuille d'avis officielle (FAO) du 18 février 2004. Elle était exécutoire dès le lendemain.

9. Par arrêté du 16 février 2004, publié dans la FAO du 18 février 2004, le Conseil d'Etat a fixé au dimanche

16 mai 2004 l'élection des seize juges assesseurs au TCAS.

Le délai de dépôt des listes de candidature auprès du service des votations et élections était fixé au lundi 19 avril 2004 avant midi.

10. M. Dobler a recouru auprès du Tribunal administratif contre cet arrêté par acte du 24 février 2004, mis à la poste le même jour et complété par une écriture du 17 mars 2004, accompagnée d'une "Annexe".

a. Le TCAS avait été constitué illégalement. L'article 131 de la Constitution de la République et canton de Genève du 24 mai 1847 (Cst. gen. - A 2 00) donnait au Grand Conseil la compétence de créer des tribunaux en matière civile et pénale. Elle ne lui en avait pas donné en matière administrative. Seul le Tribunal administratif actuel, directement prévu par la Constitution (art. 131 al. 2), pouvait connaître des recours en matière administrative. La disposition précitée n'avait pas été adoptée à la légère, mais afin que les recours administratifs soient de la compétence du seul Tribunal administratif, détaché des autres juridictions. Tout en admettant cependant que certains domaines de nature civile, comme le contentieux en matière d'assurances complémentaires ou celui ayant trait à la prévoyance professionnelle parce que non visé à l'article 57 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA - RS 830.1), soit du ressort du TCAS, le recourant a conclu à l'annulation de l'arrêté fixant l'élection des juges assesseurs à un tribunal qui n'existait pas.

b. L'obligation faite aux juges assesseurs de se porter candidats sur proposition d'associations représentatives violait l'interdiction d'imposer à un candidat d'être membre d'un parti politique. L'article 11 (sur la liberté de réunion) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101) avait été violé, de même que l'article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2 - Pacte ONU II). Selon cette disposition, tout citoyen devait avoir la possibilité de prendre part à la direction des affaires publiques - dont relevait l'exercice de la justice - sans discrimination, c'est-à-dire sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion

politique ou de toute autre opinion. Toute restriction au droit de se porter candidat devait reposer sur des critères objectifs et raisonnables. Le fait d'obliger un candidat à adhérer à un parti politique était une restriction inadmissible. L'élection des juges assesseurs par le truchement des associations représentatives équivalait à l'obligation d'être présenté sous l'étiquette d'un parti politique, car l'exigence d'appartenance à un syndicat ou à une association patronale ne différait pas de celle de l'appartenance à un parti.

L'exigence que le législateur avait voulue violait également le principe de l'égalité de traitement, en ce sens que la loi prévoyait que le tribunal siège au nombre d'un juge et de deux assesseurs, représentant chacun l'un des partenaires sociaux. Une telle composition ne possédait pas les qualités d'indépendance et de partialité que l'on était en droit d'attendre d'un tribunal, au sens de l'article 6 CEDH. Si encore le tribunal paritaire présentait l'avantage d'associer à la décision des personnes spécialisées dans le domaine en cours ! Or, tel n'était pas le cas. L'exigence d'un tribunal paritaire n'obéissait ainsi à aucun motif sérieux. Pas même celui d'assurer la qualité de la formation des assesseurs, puisque cette condition était fixée expressément à l'article 56T lettre c, dernière phrase LOJ. Le principe de l'égalité était également violé par le fait que le tribunal statuait avec une majorité de représentants des employeurs et des salariés, ce qui avait pour effet d'empêcher l'accès au pouvoir judiciaire des personnes indépendantes ou sans activité.

c. Le délai de quatorze semaines prévu à l'article 19 alinéa 1 de la loi sur l'exercice des droits politiques du 15 octobre 1982 (LEDP - A 5 05) n'avait pas été respecté. Ce délai avait été voulu non seulement pour laisser à l'administration le temps d'organiser une élection ou une votation, mais aussi pour permettre aux candidats et à leurs soutiens de faire campagne. Le fait de faire coïncider l'élection des juges assesseurs avec la votation fédérale prévue également le 16 mai 2004 ne constituait pas une circonstance impérieuse justifiant l'exception prévue à l'alinéa 3.

11. Le Conseil d'Etat a conclu à l'irrecevabilité du recours. L'arrêté fixant la date des élections ne constituait pas une décision susceptible de recours, n'étant pas une mesure individuelle et concrète. L'acte

était qualifié d'hybride, qui s'adressait à un nombre indéterminé de personnes. L'arrêté querellé ne tombait pas davantage sous le coup de l'article 180 LEDP, dût-on considérer qu'il faisait partie des opérations électorales. Devaient être qualifiés comme telles les actes de nature à influencer la libre formation de l'exercice du droit de vote des électeurs. Or, tel n'était pas le cas en l'espèce.

Si la recevabilité du recours devait être admise, le Conseil d'Etat a conclu à son rejet. Le recourant ne cessait pas d'introduire des recours visant à paralyser l'exercice normal de l'activité judiciaire. Il s'était répandu dans la presse afin de faire savoir qu'il se présenterait comme candidat à un tribunal qui ne lui "plaisait pas". En réalité, le recourant s'en prenait à la loi elle-même qui avait créé le TCAS, et non pas à la manière dont était organisée l'élection des assesseurs. Dans son recours, il s'en prenait à la légalité même de ce nouveau tribunal, alors que quelques jours plus tôt, il avait saisi le même Tribunal administratif en dénonçant l'absence de célérité du Conseil d'Etat en ne mettant pas immédiatement sur pied l'organisation des élections ! Aussi, le tribunal de céans ne devait pas entrer en matière sur les griefs de fond présentés par le recourant, la sanction prévue en cas de violation du principe de la bonne foi étant l'irrecevabilité.

S'agissant de la création du TCAS, le constituant n'avait eu aucune volonté de limiter les compétences en matière administrative au seul Tribunal administratif. Rien n'empêchait le Grand Conseil de créer d'autres juridictions compétentes dans la même matière. D'ailleurs le Tribunal administratif actuel n'était compétent que dans les cas où la loi le prévoyait, ce qui ressortait textuellement de l'article 131 alinéa 2 LOJ.

En ce qui concernait le mode d'élection des juges assesseurs, le Conseil d'Etat a estimé que le recourant n'avait pas d'intérêt actuel à s'opposer aux exigences prévues par la loi, car il n'avait pas déposé sa candidature et ne pouvait pas apporter la preuve que celle-ci avait été refusée. Quant à l'article 25 du Pacte ONU II, il ne s'appliquait pas en principe au pouvoir judiciaire. Mais surtout, tel qu'il était formulé, l'article 56T lettre c LOJ n'imposait nullement aux candidats d'être membres d'un quelconque parti ou d'une association déterminée. Rien n'empêchait ces associations de proposer des personnes qui n'étaient pas membres de

leur association et qui n'étaient membres d'aucun parti. Pour autant qu'un candidat remplisse les conditions légales (âge, bagage scientifique, etc.) il pouvait être présenté même s'il n'était membre d'aucun parti, ni d'aucune association. Dans la mesure enfin où le recourant s'en prenait au principe même d'une juridiction de type paritaire, pareille composition ne heurtait en rien l'indépendance du tribunal.

L'article 19 alinéa 1 LEDP avait été modifié en même temps que l'article 22 alinéa 1. En réalité, le délai de quatorze semaines ne concernait que les votations et non les élections, comme le démontraient les travaux préparatoires. Il était destiné à s'assurer que lors des votations, les électeurs et électrices puissent avoir connaissance des prises de position à temps. Par ailleurs, en réduisant de quelques jours le délai de quatorze semaines séparant le scrutin de la date de la fixation des opérations électorales, le Conseil d'Etat avait fait application de l'exception contenue à l'alinéa 3 de l'article 19 LEDP. Au vu du caractère tout à fait exceptionnel de l'annulation d'une élection de juges pour un tribunal ayant d'ores et déjà commencé à fonctionner, il était parfaitement légitime de ne pas respecter le délai ordinaire, d'autant plus que le Tribunal fédéral lui avait fait injonction d'organiser des élections dans un délai aussi court que possible.

EN DROIT

1. a. Le Tribunal administratif examine d'office sa compétence.
- b. L'arrêté par lequel le Conseil d'Etat a fixé la date de l'élection des juges assesseurs entre-t-il dans la définition des opérations électorales ouvrant la voie du recours au Tribunal administratif selon l'article 180 alinéa 2 LEDP, et cela, selon cette disposition, indépendamment de l'existence d'une décision au sens de l'article 56A alinéa 2 LOJ ?
- c. Si, d'un point de vue historique, les opérations électorales étaient uniquement celles qui se déroulaient dans l'enceinte du bureau de vote, selon l'ancienne loi genevoise sur les votations et élections du 23 juin 1961 (LVE), la loi actuelle et la jurisprudence ont élargi cette notion. La compétence du tribunal de céans posée à l'article 180 LEDP vise l'ensemble de la procédure des

opérations électorales, que celle-ci relève du titre I (dispositions générales) ou du titre II (règles relatives aux votations et élections) (ATA H. du 16 avril 1986).

L'extension des garanties juridictionnelles des citoyens qui ont à se plaindre de l'atteinte à leurs droits politiques résulte également de la volonté du législateur, telle qu'exprimée au cours des travaux préparatoires à l'adoption de la LEDP en 1982 (cf. Mémorial des séances du Grand Conseil 1979, p. 615 ss et 658; 1982 p. 3662 ss).

d. L'interprétation téléologique conduit au même résultat. La procédure des opérations électorales ne concerne plus seulement ce qui se passe à l'intérieur des bureaux de vote (Sem. jud. 1992 p. 494). Les mesures préparatoires au vote lui-même peuvent affecter l'exercice du droit de vote bien avant que le citoyen ne se rende sur les lieux du scrutin. Le Tribunal administratif a déjà eu l'occasion de considérer que les messages et rapports explicatifs distribués par les autorités avant les votations constituaient des actes susceptibles de recours sous l'angle de la violation des droits politiques (ATA J. du 5 février 2002 et jurisprudence citée; F. du 15 janvier 2002). Plus récemment, des annonces insérées dans la presse ont été considérées comme faisant partie de la procédure des opérations électorales (ATA F. du 12 novembre 2002).

e. Il ressort de la LEDP qu'à plusieurs occasions, le Conseil d'Etat est tenu d'obéir à un certain calendrier. Par exemple, il doit convoquer les électeurs au moins onze jours avant le dernier jour du scrutin, s'agissant de l'affichage de la convocation des électeurs (art. 20 LEDP). De même, l'autorité doit adresser à tous les électeurs au plus tôt quinze jours avant le jour de la votation, mais au plus tard dix jours avant cette date, les textes soumis à la votation ainsi que le message d'accompagnement (art. 53 al. 1 LEDP). Les prises de position des partis politiques et des auteurs d'un référendum ou d'une initiative doivent aussi être déposées dans un certain délai (art. 22 al. 1 LEDP) de même, les emplacements d'affichage doivent être mis à la disposition des parties ou des groupements à partir du 28e jour précédent le dernier jour du scrutin (art. 30 al. 1 LEDP). A supposer que ces délais ne soient pas respectés, il pourrait en découler une modification de la date du scrutin. C'est pourquoi, le contrôle juridictionnel doit porter, indirectement, sur la

fixation de la date d'une votation.

f. Le Tribunal administratif estimera ainsi que la fixation par le Conseil d'Etat de la date d'un scrutin entre dans la définition des opérations électorales et peut faire l'objet d'un contrôle. Le recours est recevable à cet égard.

2. Enregistré au registre des électeurs du canton de Genève, M. Dobler a le droit de vote cantonal et fédéral depuis le 10 janvier 2001, selon attestation du service des votations et élections du 11 novembre 2003. A ce titre, il a qualité pour recourir en matière de votations et d'élections.

3. Mis à la poste le 24 février 2004, soit dans le délai de six jours à compter de la publication, le 18 février 2004, dans la FAO, le recours est également recevable de ce point de vue (art. 63 al. 1 litt. c de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

4. Le recourant a saisi l'occasion de l'élection des juges assesseurs au TCAS pour contester la validité de cette juridiction. Dès sa création, le Tribunal administratif a admis sa compétence pour contrôler la constitutionnalité de la légalité des lois et règlements. Son pouvoir s'exerce aussi bien par rapport au droit fédéral que par rapport à la constitution cantonale (R. ZIMMERMAN, L'évolution récente du contrôle préjudiciel de la constitutionnalité des lois en droit genevois in RDAF 1988 p. 13). Le Tribunal administratif entrera donc en matière.

5. Le recourant s'en prend d'une part au fait que le TCAS siège au nombre d'un juge et de deux assesseurs, ceux-ci formant ainsi une majorité en son sein, et d'autre part que ces assesseurs doivent être présentés sur proposition des associations représentatives des employeurs et des salariés.

a. L'institution de tribunaux spéciaux n'est pas en soi contraire à l'article 6 paragraphe 1 CEDH, pour autant que leur compétence et leur organisation soient régies par un arrêté de portée générale et que des motifs objectifs justifient leur mise en oeuvre et leur composition (ATF 119 Ia p. 89). De même, que le tribunal compte en son sein des assesseurs spécialisés ou des échevins n'est en soi, pas de nature à remettre en cause

son indépendance (ATF précité p. 84). La présence de juges assesseurs dans une juridiction, même s'ils sont en majorité, n'est pas contraire à l'ordre juridique Suisse. A Genève, le Tribunal des baux et loyers fonctionne avec un juge et deux assesseurs (art. 56N LOJ). Le Tribunal de police également (art. 27A LOJ). La légalité de ces juridictions n'a jamais été mise en cause. Le Tribunal fédéral a jugé admissible la composition d'une commission d'arbitrage formée d'un président, juriste de formation, d'un assesseur patronal et d'un assesseur ouvrier (ATF précité p. 85). Dans une autre espèce, le Tribunal fédéral a estimé que l'indépendance du Tribunal des baux du canton de Vaud n'était pas affectée par la présence d'un juge assesseur issu de l'Asloca, dans une affaire où un autre employé de cette association assistait l'une des parties (ATF 126 I 235). Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il n'y a pas de violation du principe de l'indépendance et de l'impartialité dans l'existence de ce qu'elle appelle des tribunaux mixtes, comprenant des juges issus de groupements d'intérêts, pour autant que la composition d'ensemble du tribunal soit équilibrée (ATF précité, consid. 2 d cité in RDAF 2000 I p. 577 ss).

La présence de juges assesseurs formant le TCAS n'est ainsi contraire ni à l'article 6 paragraphe 1 CEDH, ni au droit supérieur.

b. Toute autre est la question de la manière dont les juges assesseurs sont choisis. Selon l'article 56T lettre c LOJ, huit d'entre-eux sont proposés par des associations représentatives des employeurs et huit sur proposition des associations représentatives des salariés. Le recourant estime que l'article 25 du Pacte ONU II a été violé. Cette disposition est ainsi libellée :

"Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables :

a) De prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis;

b) De voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin assurant l'expression libre de la volonté des électeurs;

c) D'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays".

Contrairement à ce que soutient le Conseil d'Etat, la lettre b de la disposition précitée s'applique au pouvoir judiciaire. Il vise non seulement le choix démocratique des membres du corps législatif, mais aussi celui des magistrats de l'ordre exécutif et de l'ordre judiciaire (C. ROUILLER, Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, RDS 1992 I p. 126). De même, la garantie inscrite à l'article 25 litt. c du Pacte ONU II a une portée extrêmement large et concerne également les mandats judiciaires (V. MARTENET, L'autonomie constitutionnelle des cantons, thèse Genève 1999, p. 397). Le fait que les deux auteurs précités se réfèrent l'un à la lettre b et l'autre à la lettre c de l'article 25 du Pacte ONU II n'a aucune conséquence sur l'application au pouvoir judiciaire des principes dégagés ci-avant. Nul ne conteste que tout citoyen doit pouvoir accéder à des fonctions judiciaires sans restrictions déraisonnables et dans des conditions générales d'égalité.

Selon l'interprétation que fait de l'article 25 le Comité des droits de l'homme institué à l'article 28 Pacte ONU II, le droit de se présenter à des élections ne devrait pas être limité de manière déraisonnable en obligeant les candidats à appartenir à des partis ou à un parti déterminé (Observation générale 25 - 1996 -, ch. 17). Tout système adopté par un état partie doit être compatible avec les droits protégés par l'article 25 et doit garantir effectivement la libre expression du choix des électeurs (op. cit. ch. 21). L'alinéa c de l'article 25 traite du droit et de la possibilité des citoyens d'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques. Pour garantir l'accès à ces charges publiques dans des conditions générales d'égalité, tant les critères que les procédures de nomination, de promotion, de suspension et de révocation doivent être objectifs et raisonnables (op. cit. ch. 23).

Dans le cas d'espèce, l'obligation pour un candidat d'être proposé par une association représentative des employeurs ou par une association représentative des salariés constitue une restriction qui doit être qualifiée de déraisonnable pour deux motifs. Premièrement, sous réserve des compétences professionnelles ou de la formation spécifique d'un candidat, l'obligation qu'a celui-ci d'être proposé par une association représente une forte entrave à sa liberté et constitue une restriction inacceptable de son droit de se porter candidat. On imagine mal une association

représentative des employeurs ou des salariés proposer comme candidates à la fonction de juges assesseurs des personnes qui leur sont étrangères. L'obligation faite à un candidat d'adhérer à un groupement d'intérêts est assimilable à celle d'être représenté par un parti politique. Cette contrainte est difficilement compatible avec l'interdiction de toute discrimination, en ce sens que l'accès aux mandats judiciaires ne saurait être limité pour des motifs tirés de la race, de la religion, du sexe, des idées politiques, de l'origine sociale ou de la situation économique d'une personne (V. MARTENET, op. cit. p. 397). Deuxièmement, compte tenu du très large spectre des compétences attribuées au TCAS, contenues à l'article 56V LOJ, visant essentiellement les assurances sociales, accidents, maladie, maternité, chômage, militaire, etc., le recours aux seules associations représentatives des employeurs et des salariés, ne trouve aucune justification objective. Il n'y a pas de corrélation entre les connaissances que sont supposées avoir les personnes émanant d'associations d'employeurs et d'employés avec les matières dont le TCAS a à connaître. L'obligation faite à un candidat de se faire représenter par une association professionnelle est une exigence déraisonnable. De plus, la composition d'ensemble du tribunal, dès lors qu'elle comprend des assesseurs issus des seules associations d'employeurs et d'employés, n'est pas équilibrée. Enfin, le fait que ces associations participent à la gestion de certaines branches d'assurance pourrait faire douter de leur impartialité objective et de leur indépendance. Dans une cause similaire, la Cour européenne a jugé que la présence de deux assesseurs recommandés par des associations avec lesquelles ils entretenaient des liens étroits était contraire à l'article 6 paragraphe 1 CEDH (arrêt Langborger c/ Suède, cause no 20/1987/143/197).

Le grief sur ce point doit donc être reçu, en ce sens que les juges assesseurs du TCAS doivent être élus comme tous les autres magistrats du pouvoir judiciaire, sans limitation des milieux pouvant les présenter (ATF du 27 janvier 2004 précité).

6. a. L'article 131 Cst. gen. a pour objet les tribunaux permanents. Il est ainsi libellé :

"1. La loi établit des tribunaux permanents pour juger toutes les causes civiles et pénales; elle en règle le nombre, l'organisation, la juridiction et la compétence.

2. Un Tribunal administratif est institué pour statuer sur les recours de droit administratif dans les cas où la loi le prévoit.

3. Un Tribunal des conflits est institué pour trancher les questions de compétence entre une juridiction administrative d'une part et une juridiction civile ou pénale d'autre part.

4. Il ne peut être établi, en aucun cas, des tribunaux temporaires exceptionnels".

b. Entré en fonction le 21 juin 1971, le nouveau Tribunal administratif s'est vu doter de compétences d'attributions, en ce sens qu'il ne pouvait statuer que dans des cas où la loi le prévoyait expressément. Historiquement, la juridiction administrative nouvellement créée avait pour mission de décharger le Conseil d'Etat d'une partie de ses tâches juridictionnelles administratives devenues trop importantes.

c. Il avait été question à l'origine de modifier l'alinéa 1 de l'article 131 Cst. gen. en ajoutant simplement après les termes causes civiles et pénales, les causes administratives (Mémorial des séances du Grand Conseil 1970 p. 537). La commission chargée d'examiner le projet de loi a cependant estimé qu'il fallait proposer une modification constitutionnelle par un alinéa distinct, afin de mieux marquer l'indépendance de la juridiction administrative à l'égard de celles existantes (MGC 1970 I p. 538). Le même raisonnement a prévalu, s'agissant du Tribunal des conflits dont la création a fait l'objet d'un alinéa séparé dès l'instant où il était une juridiction distincte du Tribunal administratif (cf. *ibid.*).

d. A partir de 1993, le contentieux en matière d'assurances sociales a été transféré de la Cour de justice au Tribunal administratif.

Dès le 1er janvier 2000, le Tribunal administratif est devenu l'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative. Il n'en a pas reçu pour autant une plénitude totale de compétences en matière de droit administratif, puisqu'il subsiste plusieurs compétences résiduelles de type juridictionnel laissées au Conseil d'Etat lui-même et à quelques commissions de recours. Le système ainsi mis en place est conforme à l'article 131 alinéa 2 Cst. gen. puisqu'il ne statue que sur les cas où la loi le prévoit.

e. Lorsqu'il s'est agi d'instituer un tribunal des assurances qui statue en instance unique sur les recours dans le domaine des assurances sociales, conformément à l'article 57 LPGA, il a été question d'élargir les compétences du Tribunal administratif existant et de lui donner les moyens de faire face à l'accroissement des affaires provenant des commissions existantes. Selon un avant-projet de loi modifiant la loi sur l'organisation judiciaire, le Tribunal administratif devait comprendre des chambres de droit administratif et une chambre des assurances sociales. Le nombre des juges passait de cinq à sept et celui des suppléants également. Le Tribunal administratif ainsi élargi devait aussi compter avec la présence de huit juges assesseurs (avant-projet de loi modifiant la loi sur l'organisation judiciaire; Chambre des assurances sociales, état au 2 avril 2001 et exposé des motifs y relatif). Cet avant-projet a fait l'objet de nouvelles discussions qui ont débouché sur le projet de loi modifiant la loi sur l'organisation judiciaire (PL 8636) selon lequel le Tribunal administratif se composait des chambres de droit administratif et des chambres des assurances sociales. Le Tribunal administratif était composé de neuf juges, de neuf suppléants et de huit juges assesseurs (PL 8636 et exposé des motifs y relatif).

La commission judiciaire du Grand Conseil a toutefois décidé, par un vote de principe pris à l'unanimité, de créer un tribunal cantonal des assurances séparé du Tribunal administratif existant (PL 8636-A).

Cette solution a finalement été retenue par le Grand Conseil qui a procédé en conséquence à la modification de l'article 1 de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ E 2 05) en y ajoutant une lettre "r" prévoyant un Tribunal cantonal des assurances sociales. Cette modification législative votée le 14 novembre 2002 est entrée en vigueur le 1er août 2003. La constitution n'a pas été modifiée.

7. Le principe du contrôle préjudiciel est indiscuté à Genève et fortement encré dans la jurisprudence, notamment celle élaborée par le Tribunal administratif dès son entrée en fonction (R. ZIMMERMAN, Le contrôle préjudiciel en droit fédéral et dans des cantons Suisses, 1987, p. 252).

L'examen par voie d'exception de la conformité

d'une norme par rapport à la constitution cantonale est certes rare, mais pratiqué depuis le XIXème siècle par les tribunaux genevois (ATA H. du 4 septembre 1985 in RDAF 1985 p. 474 et 476).

8. La question est de savoir si le libellé actuel de l'article 131 Cst. gen. permet la création d'un nouveau tribunal par la seule modification de la LOJ.

a. Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre. Toutefois, si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, il faut alors rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose. Le sens qu'elle prend dans son contexte est également important. En outre, si plusieurs interprétations sont admissibles, il faut choisir celle qui est conforme à la Constitution (ATF 119 Ia 248, 117 Ia 331 et les arrêts cités.).

b. En l'espèce, le texte constitutionnel est parfaitement clair. S'agissant des causes civiles et pénales, la formulation générale de l'alinéa 1 n'en fixe ni le nombre, ni l'organisation, ni la juridiction, ni la compétence, toutes ces questions étant réglées par une loi.

S'agissant du contentieux administratif, la constitution prévoit un tribunal doté de compétences fixées par la loi. Sauf à faire dire à ce texte ce qu'il ne dit pas, il n'y a pas d'espace pour d'autres tribunaux statuant sur les recours de droit administratif. Le texte prévoit un tribunal. On retrouve d'ailleurs ce même type de formulation à l'article 70 Cst. gen. qui précise que le pouvoir législatif est exercé par un Grand Conseil (...) ou encore à l'article 101 Cst. gen., aux termes duquel le pouvoir exécutif et l'administration générale du canton sont confiés à un Conseil d'Etat (...).

S'agissant de l'autorité judiciaire en particulier, l'article 131 alinéa 3 Cst. gen. prévoit également la création d'un Tribunal des conflits, et cela, comme on vient de le voir, dès l'instant où cette juridiction devait être séparée du Tribunal administratif.

Le TCAS est une juridiction entièrement nouvelle, ce qui a notamment été admis par les juges fédéraux dans leur arrêt du 27 janvier 2004 (ATF D. du 27 janvier 2004 IP. 487/2003). Il en résulte que sa création ne peut trouver son fondement dans la seule modification d'une loi sans être au préalable formellement consacrée par la Constitution cantonale. En omettant ce passage obligé, le Grand Conseil a bafoué le principe de la primauté de la Constitution cantonale sur les autres actes cantonaux résultant de l'article 6 de la Cst. féd. (V. MARTENET, op. cit., p. 245 ss).

En conséquence, le Tribunal administratif constate d'office la nullité de l'article 1 lettre r LOJ, édicté en l'absence de base constitutionnelle. A cet égard, le grief visant l'inconstitutionnalité de la création du TCAS sera reçu.

9. Le recourant critique enfin le fait que le délai de quatorze semaines n'a pas été respecté.

a. L'article 19 LEDP figure au chapitre 4 intitulé "Date des scrutins". Il est ainsi libellé :

"1. Le Conseil d'Etat fixe la date des opérations électorales cantonales et communales 14 semaines avant le dernier jour du scrutin.

2. Dans la mesure du possible, les votations cantonales ont lieu à la même date que les votations fédérales.

3. Le Conseil d'Etat est autorisé, si des circonstances impérieuses le nécessitent et à titre exceptionnel, à avancer ou à retarder de 3 mois au maximum les dates des élections cantonales et communales".

b. Contrairement aux explications du Conseil d'Etat, le délai de quatorze semaines vise toutes les opérations électorales cantonales et communales, et pas seulement les votations. Si telle avait été la volonté du législateur, il l'aurait mentionné en toutes lettres. Ce délai a été introduit par une novelle du 25 avril 1997, en même temps que la modification de l'article 22 alinéa 1 LEDP. Tandis que l'alinéa 1 de l'article 19 ne mentionnait auparavant aucun délai, celui applicable au dépôt des prises de position était fixé au lundi avant midi, trois semaines avant le dernier jour du scrutin. Celui-ci a été porté à sept semaines. L'introduction de ces deux délais a été voulue en raison de l'ampleur

qu'avaient pris les votes par correspondance. La modification de ces délais devait permettre à "l'Etat d'imprimer et d'expédier les prises de position des partis politiques, d'autres associations ou groupements à tous les électeurs, simultanément avec le reste du matériel électoral" (MGC 1995 p. 1632).

c. On ne voit pas pourquoi ce délai devrait être considéré comme un simple délai d'ordre, sauf à ouvrir une brèche dans l'application des nombreux délais figurant dans la LEDP (cf. ci-avant consid. 1 litt. e). La doctrine insiste sur le respect du formalisme des délais en matière de votations et d'élections. Ceux-ci doivent être observés strictement (P. TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Berne 2004, p. 666; Y. HANGARTNER et A. KLEY, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zurich 2000, p. 1010). Il en résulte que ce délai de quatorze semaines doit être observé strictement. La solution contraire créerait une insécurité non seulement chez l'électeur, mais aussi chez les autorités chargées d'appliquer la LEDP : en effet, dans quelle mesure le Conseil d'Etat pourrait-il abréger le délai de quatorze semaines pour que cette réduction reste admissible ? De plus, si le délai prévu à l'article 19 alinéa 1 LEDP était extensible, les autres devraient l'être également, ce qui contribuerait à créer une fâcheuse confusion.

d. Certes, la loi prévoit une exception à l'alinéa 3 de l'article 19 LEDP. Celle-ci existait avant la nouvelle du 25 avril 1997, c'est-à-dire avant que l'alinéa 1 du même article ne prévoit un délai de quatorze semaines. C'est dire que cette exemption ne se rapporte pas au délai introduit en 1997, mais vise plus particulièrement les élections prévues à une période déterminée de l'année, comme l'élection du Grand Conseil fixée entre le 1er et le 31 octobre (art. 168 LEDP) ou celle des conseils municipaux, prévue entre le 1er mars et le 30 avril (art. 107 LEDP).

Le recours sera admis sur ce point également.

Vu l'issue du présent litige, aucun émolument ne sera perçu. Le recourant agissant en personne, aucune indemnité ne lui sera allouée.

PAR CES MOTIFS

le Tribunal administratif
à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 24 février 2004 par Monsieur Olivier Dobler contre l'arrêté du Conseil d'Etat du 16 février 2004 fixant au dimanche 16 mai 2004 la date de l'élection de seize juges assesseurs au Tribunal cantonal des assurances sociales publié dans la Feuille d'avis officielle du 18 février 2004;

au fond :

l'admet;

annule l'arrêté du Conseil d'Etat du 16 février 2004;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument, ni alloué d'indemnité;

communique le présent arrêt à Monsieur Olivier Dobler ainsi qu'au Conseil d'Etat par lettre-signature et par télécopie.

Siégeants : M. Paychère, président, M. Thélin, M. Schucani, Mmes Hurni et Bovy, juges.

Au nom du Tribunal administratif :
la greffière-juriste adj. : le vice-président :

M. Tonossi

F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été notifiée aux parties.

Genève, le

la greffière :

Mme N. Mega