Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}
1P.487/2003 /col

Arrêt du 27 janvier 2004
Ire Cour de droit public

Composition
MM. les Juges Aemisegger, Président de la Cour et Président du Tribunal fédéral, Nay, Vice-président du Tribunal fédéral, Reeb, Féraud et Fonjallaz.
Greffier: M. Kurz.

Parties
Olivier Dobler,
recourant,

contre

Grand Conseil du canton de Genève, Chancellerie d'Etat, rue de l'Hôtel-de-Ville 2, case postale 3964,
1211 Genève 3.

Objet
Election de seize juges assesseurs au Tribunal cantonal des assurances sociales du canton de Genève,

recours de droit public contre l'élection du Grand Conseil du canton de Genève du 26 juin 2003.

Faits:

A.
Le 14 novembre 2002, le Grand Conseil genevois a modifié la loi d'organisation judiciaire (OJ/GE) en lui ajoutant un titre XIV consacré au Tribunal cantonal des assurances sociales (ci-après: TCAS), juridiction destinée à reprendre les compétences exercées jusque-là par le Tribunal administratif et différentes commissions de recours. Le nouvel art. 56T OJ/GE définit la composition de cette juridiction dans les termes suivants:
Le Tribunal cantonal des assurances sociales se compose de:
a) 5 juges, dont un président et un vice-président;
b) 5 suppléants;
c) 16 juges assesseurs désignés par le Grand Conseil à raison de 8 sur proposition des associations représentatives des employeurs et de 8 sur proposition des associations représentatives des salariés. Ceux-ci doivent bénéficier d'une formation spécifique sur les questions juridiques et d'assurances sociales dont les modalités sont fixées par le règlement.
En l'absence de référendum, cette loi a été promulguée le 8 janvier 2003, et sa date d'entrée en vigueur a été fixée au 1er août 2003.
L'élection populaire des cinq juges et cinq suppléants au TCAS a été fixée au 15 juin 2003. Toutefois, constatant que le nombre de candidats valablement présentés ne dépassait pas celui des postes à pourvoir, les candidats ont été déclarés élus sans scrutin par arrêté du Conseil d'Etat du 30 avril 2003.
Par publication des 4, 11 et 18 juin 2003, l'élection par le Grand Conseil des seize juges assesseurs au TCAS a été fixée aux 26 et 27 juin suivants. Le résultat de l'élection a été publié le 4 juillet 2003. Le TCAS est entré en fonction le 1er août 2003.

B.
Par acte du 22 août 2003, Olivier Dobler a formé un recours de droit public contre l'élection des juges as-

sesseurs. Il se plaint d'une violation des droits politiques en relevant que, selon l'art. 132 al. 1 de la constitution genevoise (Cst./GE), les magistrats de l'ordre judiciaire sont élus par le Conseil général, soit le peuple. L'exception prévue à l'art. 132 al. 4 Cst./GE, pour les postes devenus vacants dans l'intervalle des élections générales, ne s'appliquerait pas dans le cas de la création d'un nouveau tribunal. Le Grand Conseil aurait dû constater préjudiciellement l'inconstitutionnalité de l'art. 56T OJ/GE.
Le Grand Conseil conclut principalement à l'irrecevabilité du recours en raison de son objet (une élection indirecte), de son auteur (qui ne démontrerait pas sa qualité de citoyen actif), de l'existence d'une voie de recours auprès du Tribunal administratif cantonal, et d'une motivation insuffisante. Il conclut subsidiairement au rejet du recours en soutenant que les juges assesseurs ne seraient pas des magistrats de l'ordre judiciaire au sens de l'art. 132 al. 1 Cst./GE: le TCAS serait une institution sui generis, comme la juridiction des prud'hommes; le statut des juges assesseurs (juges non professionnels ayant des compétences réduites) serait totalement distinct de celui des juges professionnels, et leur élection aux différentes commissions était déjà faite par le Grand Conseil. Au cas où l'art. 132 al. 1 Cst./GE serait applicable à l'élection des assesseurs, le Grand Conseil invoque l'application analogique de l'art. 132 al. 4 Cst./GE, admise par la jurisprudence dans des conditions similaires au cas d'espèce. En cas d'admission des griefs soulevés, le Grand Conseil demande au Tribunal fédéral de prendre une décision incitative, sans annuler l'élection, afin d'éviter que l'ensemble des jugements rendus par le TCAS depuis le
1er août 2003 ne soient soumis à révision.
Le recourant a répliqué, en relevant qu'un projet de loi a été déposé le 8 septembre 2003, modifiant l'art. 56T OJ/GE - suppression de l'élection des assesseurs par le Grand Conseil -, prévoyant à titre transitoire que le TCAS fonctionne avec trois juges, sans assesseurs, jusqu'à entrée en fonction de ces derniers, et comportant une clause d'urgence. La disposition transitoire et la clause d'urgence ont été supprimées, et la modification de l'art. 56T, adoptée le 14 novembre 2003, a été publiée le 21 novembre suivant. Le recourant persiste à requérir l'annulation de l'élection, avec éventuellement un effet ex nunc.

Le Tribunal fédéral considère en droit:

1.
Le Grand Conseil met en doute à plusieurs égards la recevabilité du recours de droit public.

1.1 Il relève que le recours est exclusivement formé pour violation du droit de vote des citoyens (art. 85 let. a OJ), et que cette voie de droit ne serait pas ouverte contre une élection indirecte.
Le recours prévu à l'art. 85 let. a OJ ne peut en principe être formé qu'à l'occasion d'une votation ou élection populaire; à l'encontre d'une élection indirecte, le droit des électeurs de participer au scrutin n'est pas en jeu, et seul est ouvert le recours de droit public pour violation des droits constitutionnels (art. 84 let. a OJ; ATF 112 Ia 174 consid. 2 p. 176-177). Cela est vrai, mais pour autant que la compétence de l'autorité qui a procédé à l'élection indirecte n'est pas contestée. Lorsque le citoyen prétend que l'élection aurait dû être soumise au peuple, et que le parlement s'est indûment arrogé une compétence des électeurs, la voie de l'art. 85 let. a OJ est ouverte (ATF 97 I 24 consid. 2 in fine p. 31).

1.2 Le recours pour violation des droits politiques est ouvert à toute personne à laquelle la législation cantonale reconnaît le droit de participer à la votation ou à l'élection en cause, même si elle n'a aucun intérêt juridique personnel à l'annulation de l'acte attaqué (ATF 128 I 190 consid. 1 p. 192).
Selon le Grand Conseil, le recourant se contenterait d'alléguer sa qualité d'électeur dans le canton de Genève, sans prouver son inscription dans les registres électoraux. Le recourant n'indiquerait pas non plus son lieu de résidence, puisque le recours ne mentionne qu'une case postale.
Au stade de la recevabilité, le recourant peut se contenter d'alléguer sa qualité d'électeur, sans avoir à la démontrer formellement. Le Grand Conseil est malvenu de formuler des doutes à cet égard, car il lui était facile de consulter le rôle des électeurs alors que, dans le canton de Genève, les citoyens actifs ne disposent pas d'une carte d'électeur, celle-ci n'étant remise qu'en vue de chaque opération électorale particulière (art. 6 de la loi genevoise sur l'exercice des droits politiques - LDP/GE). A la demande du Tribunal, le recourant a produit une attestation du Service cantonal des votations et élections selon lequel le recourant est enregistré comme électeur genevois. Sa qualité pour agir ne fait aucun doute.

1.3 Le 14 novembre 2003, le Grand Conseil a modifié l'art. 56T let. c OJ/GE, en supprimant la mention de l'élection des seize suppléants par le Grand Conseil. Le projet de loi, déposé le 8 septembre 2003 déjà, prévoyait également une clause d'urgence, ainsi qu'une disposition transitoire selon laquelle le TCAS siégerait au nombre de trois juges, sans assesseurs, jusqu'à l'entrée en fonction de ces derniers. Toutefois, dans son rapport du 5 novembre 2003, la commission législative expose que la disposition transitoire et la clause d'urgence ont été supprimées, car elles äuraient pu poser plus de problèmes qu'en résoudre. La modification législative a été adoptée le 14 novembre 2003 par le Grand Conseil. Le délai de référendum a expiré le 31 décembre 2003. Dans sa réponse, le Grand Conseil passe totalement sous silence cette modification législative, pourtant déjà en cours d'élaboration. On ignore au surplus si le nouvel art. 56T let. c OJ/GE est déjà entré en vigueur, et surtout si de nouvelles élections vont être organisées pour les assesseurs au TCAS. Dans la mesure où ce tribunal continue de fonctionner, pour une durée indéterminée, le recours conserve son objet.

1.4 Le Grand Conseil soutient également que le recourant n'aurait pas épuisé les voies de droit cantonales, un recours étant selon lui possible, contre l'élection litigieuse, auprès du Tribunal administratif cantonal.
1.4.1 Selon l'art. 86 al. 1 OJ, le recours est soumis à l'exigence de l'épuisement des instances cantonales, qui vaut aussi pour le recours fondé sur l'art. 85 let. a OJ (ATF 118 Ia 415 consid. 3 p. 418). Le Tribunal fédéral renonce toutefois à cette exigence lorsque la recevabilité du moyen de droit cantonal apparaît douteuse (ATF 125 I 412 consid. 1c p. 416 et les arrêts cités).
1.4.2 Selon l'art. 180 LDP/GE, les recours en matière de votations et d'élections sont régis par l'art. 56A OJ et par la loi sur la procédure administrative (LPA/GE). Selon l'art. 180 al. 2 LPD/GE, le recours au Tribunal administratif est ouvert contre les ÿiolations de la procédure des opérations électorales, indépendamment de l'existence d'une décision. Selon l'art. 58 LPA/GE, les décisions du Grand Conseil ne peuvent faire l'objet d'un recours que dans les cas prévus par la loi. Selon l'art. 56A OJ/GE, le Tribunal administratif est l'autorité supérieure cantonale compétente pour statuer sur les recours en matière administrative. Le Grand Conseil mentionne encore l'art. 63 al. 1 let. c LPA, selon lequel le délai de recours en matière de votations et d'élections est de six jours.
1.4.3 Contrairement à ce que soutient l'autorité intimée, la compétence du Tribunal administratif cantonal dans le cas d'espèce n'est pas évidente. Selon l'art. 56A OJ/GE, le recours au Tribunal administratif est ouvert contre les décisions des autorités et juridictions administratives, ainsi que dans les cas où la loi le prévoit expressément. Le Grand Conseil n'apparaît pas comme une autorité administrative (RDAF 1989 p. 191), et l'élection du 27 juin 2003 ne saurait sans autre être qualifiée de décision (cf. ATF 97 I 24 consid. 2c p. 30-31). Il y aurait lieu par conséquent de rechercher s'il existe une disposition expresse permettant le recours cantonal. L'art. 180 al. 2 LDP/GE permet le recours contre Ïes violations de la procédure des opérations électorales, mais, outre qu'elle ne s'applique pas forcément aux élections effectuées par le Grand Conseil, il est douteux que la soumission d'une élection au peuple plutôt qu'au parlement relève des opérations électorales (cf. arrêt 1P.227/1990 du 11 janvier 1991 dans la cause V.). Enfin, bien que cela puisse résulter d'une inadvertance, la publication de l'élection ne fait pas état de la possibilité d'un recours au Tribunal administratif. Pour sa part, le Grand Conseil ne mentionne
aucune jurisprudence selon laquelle le Tribunal administratif serait entré en matière sur un recours dirigé contre une élection indirecte; dans un arrêt du 24 novembre 1992 (cause 1P.349/1992), le Tribunal fédéral a considéré que le recours cantonal n'était pas ouvert contre ce type d'élection. En définitive, devant les incertitudes de la législation genevoise, déjà relevées à plusieurs occasions (arrêts 1P.733/2000 du 14 mai 2001 dans la cause B., 1P.7/2000 du 18 mai 2000 dans la cause F., 1P.227/1990 du 11 janvier 1991 dans la cause V. précité), il y a lieu de tenir l'exigence d'épuisement des instances cantonales pour satisfaite.

1.5 Le Grand Conseil estime enfin que le recours serait insuffisamment motivé. Le recourant n'expliquerait pas en quoi consisterait la violation de ses droits politiques.
1.5.1 L'exigence de motivation posée à l'art. 90 al. 1 let. b OJ vaut aussi en matière de recours pour violation du droit de vote. Le recourant doit ainsi indiquer en quoi consisterait la violation invoquée (ATF 129 I 185 consid. 1.6 p. 189 et les arrêts cités).
1.5.2 Dans son écriture initiale, le recourant se prévaut de l'art. 132 Cst./GE en relevant que l'exception prévue à l'al. 4 de cette disposition ne serait pas applicable, de sorte que l'art. 56T OJ/GE serait contraire à la con-

stitution genevoise, de même que l'élection elle-même. Cette dernière étant dépourvue de toute motivation, le recourant était autorisé à fournir une argumentation plus complète sur le vu de la réponse de l'autorité intimée (art. 93 al. 2 OJ). L'exigence de motivation est ainsi respectée, et il y a lieu d'entrer en matière.

1.6 Saisi d'un recours de droit public fondé sur l'art. 85 let. a OJ, le Tribunal fédéral revoit librement l'interprétation et l'application du droit constitutionnel, ainsi que des dispositions de rang inférieur qui règlent le contenu et l'étendue du droit de vote ou qui sont en relation étroite avec celui-ci (ATF 129 I 185 consid. 2 p. 190); il n'examine en revanche que sous l'angle restreint de l'arbitraire l'interprétation d'autres règles du droit cantonal (ATF 123 I 175 consid. 2d/aa p. 178; 121 I 1 consid. 2 p. 3, 357 consid. 3 p. 360 et les arrêts cités). En présence de deux interprétations également défendables, il s'en tient à celle retenue par la plus haute autorité cantonale (ATF 121 I 334 consid. 2c p. 339; sur l'évolution du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral, voir ATF 111 Ia 201).

2.
Le recourant se plaint d'une violation de l'art. 132 Cst./GE, dont la teneur est la suivante:
Art. 132 Pouvoir judiciaire
1 Les magistrats du pouvoir judiciaire, à l'exception des juges prud'hommes, sont élus par le Conseil général, en un seul collège, selon le système majoritaire.
2 L'élection a lieu tous les six ans.
3 Les magistrats sortant de charge sont immédiatement rééligibles.
4 La loi règle tout ce qui concerne l'exécution du présent article, ainsi que, même en dérogation au principe constitutionnel, le mode de pourvoir aux fonctions qui deviennent vacantes dans l'intervalle des élections générales.
-:-
Le recourant soutient que les seize postes d'assesseurs nouvellement créés ne seraient pas devenus vacants dans l'intervalle, puisque le TCAS serait un nouveau tribunal. L'art. 56T OJ/GE violerait ainsi la constitution cantonale, ce que le Grand Conseil aurait dû constater d'office.

2.1 Pour le Grand Conseil, les juges assesseurs au TCAS ne seraient pas des m̈agistrats de l'ordre judiciaireäu sens de l'art. 132 al. 1 Cst./GE. Dans la constitution cantonale de 1847, les élections judiciaires se faisaient par le Grand Conseil. L'élection directe par le peuple avait été introduite en 1904, avec une exception pour le Tribunal des prud'hommes. Cette exception était justifiée par le fait que la juridiction des prud'hommes était une institution sui generis, dont les juges étaient choisis dans des catégories professionnelles. Pour le Grand Conseil, le TCAS serait lui aussi une institution sui generis: il s'agirait d'une juridiction spécialisée; les assesseurs, qui ne sont pas des juges de carrière, représenteraient les partenaires sociaux, sur proposition des associations d'employeurs et de salariés, avec une activité lucrative annexe. Le Grand Conseil relève que les membres des commissions que le TCAS est appelé à remplacer, n'étaient jamais élus par le peuple. Le Grand Conseil insiste enfin sur les spécificités de la fonction d'assesseurs: ceux-ci siègent aux côtés d'un juge professionnel disposant d'une voix prépondérante; ils ne peuvent concilier; les conditions d'éligibilité, d'incompatibilités, de taux d'occupation et de rémunération seraient différentes; un assesseur ne pourrait pas remplacer un juge professionnel. Le Grand Conseil en conclut que l'exception applicable aux prud'hommes devrait s'étendre par analogie aux suppléants du TCAS.

2.2 L'argumentation du Grand Conseil se heurte toutefois à un élément essentiel, soit le texte constitutionnel lui-même. L'exception réservée à l'art. 132 al. 1 Cst./GE est expressément limitée à la seule juridiction prud'homale, et le parallèle avec cette dernière tombe à faux: le constituant genevois a cru nécessaire de préciser, tant à l'art. 132 qu'à l'art. 140 al. 2 Cst./GE, que les juges prud'hommes n'étaient pas soumis à l'élection populaire, partant manifestement du point de vue qu'il s'agissait de magistrats. Dans son arrêt du 17 février 1971 dans la cause Dumartheray (publié in SJ 1971 p. 572), le Tribunal fédéral a considéré comme évident que les seize assesseurs des Chambres des baux au Tribunal de première instance genevois, représentants des milieux immobiliers et des locataires appelés à statuer aux côtés d'un juge professionnel, devaient être considérés comme des magistrats de l'ordre judiciaire. Il n'est d'ailleurs pas contesté que les assesseurs fonctionnant dans les autres juridictions, soit en particulier le Tribunal de police (art. 27A OJ/GE), le Tribunal de la jeunesse (art.

12 OJ/GE), la Chambre d'accusation (art. 50 OJ/GE) et le Tribunal des baux et loyers (art. 56M OJ/GE) sont considérés comme des
magistrats et sont, à ce titre, élus par le peuple. L'exemple du Tribunal des baux et loyers est d'ailleurs significatif puisqu'il s'agit également d'une juridiction dont les chambres sont présidées par un juge au Tribunal de première instance, assisté d'un assesseur représentant les milieux immobiliers, et d'un assesseur représentant les locataires (art. 56N OJ/GE).
La fonction représentative des assesseurs n'est donc pas un obstacle à leur qualité de magistrat. Les autres règles concernant les autorités judiciaires assimilent généralement les assesseurs aux juges professionnels, sous réserve de prescriptions particulières concernant notamment l'éligibilité; ainsi, l'art. 60F OJ/GE fixe les conditions d'âge des magistrats du pouvoir judiciaireët mentionne, dans les cas particuliers, les juges assesseurs à côté notamment des juges de la Cour de cassation; l'interdiction d'exercer une activité professionnelle souffre également d'une exception en faveur des assesseurs et des juges à la Cour de cassation notamment.

2.3 Il découle de ce qui précède que, dans la conception prévalant en droit constitutionnel genevois, la notion de magistrat de l'ordre judiciaire doit s'entendre de manière très large, comprenant tous les membres des juridictions. Tel est d'ailleurs l'avis de la commission législative dans son rapport à l'appui du projet de loi modifiant l'art. 56T OJ/GE: il n'existe 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.

3.
Le Grand Conseil invoque l'exception de l'art. 132 al. 4 Cst./GE, applicable selon lui par analogie. Il se réfère aux deux arrêts rendus en 1971 par le Tribunal fédéral à propos des assesseurs aux Chambres des baux du Tribunal de première instance d'une part (arrêt du 17 février 1971 dans la cause Dumartheray, publié in SJ 1971 p. 572), et de l'élection des juges du Tribunal administratif genevois d'autre part (ATF 97 I 24).

3.1 Dans le premier arrêt, le Tribunal fédéral a considéré qu'il existait une analogie suffisante avec le cas visé à l'art. 132 al. 4 Cst./GE: les juges du Tribunal de première instance avaient été élus par le peuple; les assesseurs siégeaient à côté d'un juge professionnel dont le rôle était, en pratique, décisif, de sorte que les citoyens avaient en définitive la garantie d'être jugés par un magistrat élu par le peuple. Il s'agissait de juridictions de première instance dont les jugements étaient susceptibles d'appel devant des magistrats élus par le peuple. La restriction au droit des citoyens était moins grave. L'urgence pouvait aussi être invoquée, compte tenu du délai très bref pour mettre en place la nouvelle juridiction exigée par la législation fédérale. Les difficultés pratiques d'une élection par le peuple de juges représentatifs de divers milieux ont également été retenues.
En revanche, dans le second arrêt, le Tribunal fédéral a annulé l'élection des juges du Tribunal administratif. L'art. 132 al. 4 Cst./GE avait été adopté dans le seul but d'éviter de convoquer le corps électoral tout entier pour chaque vacance qui viendrait à se produire entre deux élections générales. La possibilité de déroger à l'élection populaire était ainsi limitée à la repourvue de postes déjà existants (ATF 97 I 24 consid. 4c p. 33-34). Toute interprétation extensive et par analogie n'était pas absolument exclue, mais il fallait que l'analogie existe réellement et que la dérogation ne heurte pas trop fortement le principe, ni ne lèse trop gravement les droits qui en découlent pour le citoyen (consid. 4d p. 34). L'élection complète d'un nouveau tribunal n'avait rien de comparable avec un cas de vacance, et devait être soumise au peuple.

3.2 En l'occurrence, le TCAS constitue une juridiction entièrement nouvelle. Les juges professionnels ont certes été élus avant les assesseurs, mais en vue d'une entrée en fonction simultanée. Il est évident que l'exception visée à l'art. 132 al. 4 Cst./GE ne s'applique pas directement: il n'y a pas de poste devenu vacant, même si le TCAS est appelé à succéder aux autorités de recours dont il reprend les compétences. Le cas précité des Chambres des baux était différent, car des assesseurs venaient s'adjoindre à une juridiction déjà existante. Par ailleurs, même si le magistrat de métier peut exercer une certaine influence, les cours du TCAS sont composées d'un juge et de deux assesseurs disposant d'une même voix délibérative, de sorte que pour toute décision (sous réserve des questions de principe ou des changements de jurisprudence, art. 56U al. 2 OJ/GE), la voix d'un assesseur est nécessaire. En outre, selon la loi elle-même, les assesseurs ne sont pas de simples laïcs, mais doivent bénéficier d'une formation spécifique sur les questions juridiques et d'assurances sociales (art. 56T let. c OJ). L'argument relatif à la possibilité d'un recours devant des magistrats élus par le peuple ne peut pas non

plus être retenu, le TCAS
statuant en instance unique (art. 56V OJ/GE).
Les arguments invoqués par le Grand Conseil, déjà considérés comme discutables dans l'arrêt du Tribunal fédéral relatif au Tribunal des baux, ne sauraient ainsi valoir dans la même mesure en l'espèce. En outre, l'argument de l'urgence n'est pas non plus déterminant: on ne voit pas ce qui empêchait de procéder à l'élection des assesseurs en même temps que des juges. Selon la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA; RS 830.1), les cantons sont certes tenus d'instituer un tribunal des assurances sociales (art. 57 LPGA), mais disposent pour ce faire d'un délai de cinq ans dès le 1er janvier 2003 (art. 82 al. 2 LPGA). Quant aux difficultés liées au facteur représentatif, elles ne paraissent pas insurmontables, puisqu'il suffit de proposer à l'élection deux listes distinctes de candidats.

3.3 Il n'existe dès lors manifestement pas d'analogie suffisante entre l'élection des assesseurs au TCAS et le remplacement de postes vacants au sens de l'art. 132 al. 4 Cst./GE permettant de renoncer - même provisoirement dès lors qu'une élection populaire devra en tout cas avoir lieu lors des prochaines élections générales - au vote du peuple. Le recours doit par conséquent être admis, et il reste à examiner les conséquences de cette admission.

4.
Le Grand Conseil demande au Tribunal fédéral de renoncer à annuler l'élection contestée en rendant une décision de constatation incitative qui permettrait d'éviter un chaos juridique, puisque les jugements rendus depuis le 1er août 2003 (plus de 90 à fin octobre 2003) seraient tous susceptibles de faire l'objet de demandes de révision.

4.1 Le Tribunal fédéral prend une décision incitative lorsque, pour éviter un vide juridique - qui aurait, en définitive, des conséquences plus néfastes que l'application d'une disposition viciée -, il renonce à annuler une disposition inconstitutionnelle. On parle de décision incitative (Äppellentscheid¨) car cette décision comporte un appel plus ou moins précis et directif à l'égard du législateur afin qu'il élabore une réglementation conforme à la Constitution (Walter Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, Berne 1994, 2e éd., p. 403). Une telle décision a ainsi pour conséquence, d'une part, de maintenir un acte vicié, le cas échéant en déboutant un recourant qui obtient gain de cause, et, d'autre part, de légitimer les autorités (à continuer) à appliquer, au moins temporairement, une norme reconnue comme n'étant pas conforme à la Constitution jusqu'à ce que le législateur adopte une nouvelle réglementation (cf. Andreas Auer, L'effet des décisions d'inconstitutionnalité du Tribunal fédéral, in PJA 5/92 p. 559 ss, n. 23, p. 564). Aussi une décision incitative ne peut-elle être admise qu'exceptionnellement et pour de justes motifs (ATF 112 Ia 311 consid. 2c p. 313; RDAF 1998 2 148 consid. 3b/aa p. 153/154).

4.2 Le recours pour violation des droits politiques n'a en principe, comme les autres recours de droit public, qu'une nature cassatoire (ATF 129 I 185 consid. 1.5 p. 189; 119 Ia 167 consid. 1f p. 173). Lorsqu'il constate qu'une votation ou une élection viole le droit constitutionnel, le Tribunal fédéral peut renoncer à l'annulation lorsque l'irrégularité constatée est de peu de gravité, lorsque celle-ci est sans influence sur le résultat du scrutin, ou pour des motifs tenant à la proportionnalité et à la sécurité juridique (ATF 129 I 185 consid. 8 p. 204). En l'occurrence, le vice constaté est fondamental, puisque le parlement s'est arrogé une compétence au détriment du peuple, et le Tribunal fédéral ne saurait dès lors adopter une sanction moins rigoureuse que l'annulation du scrutin. Il n'y aurait d'ailleurs pas de sens de se limiter à constater l'inconstitutionnalité de la disposition légale prévoyant l'élection des assesseurs par le Grand Conseil, cette dernière ayant déjà été modifiée. L'éventualité de demandes de révision, contre les jugements rendus depuis le mois d'août 2003, ne constitue pas non plus une circonstance exceptionnelle justifiant, pour des motifs de sécurité juridique, le maintien d'une élection contraire à
la Constitution. Cette situation ne serait d'ailleurs pas évitée par une décision incitative, car même si l'élection n'est pas formellement annulée, les justiciables n'en conserveraient pas moins le droit de contester la composition irrégulière du TCAS, le cas échéant par le biais de demandes de révision.
En réalité, l'inconvénient pratique, que le Grand Conseil n'évoque d'ailleurs pas, concerne l'activité du TCAS après l'annulation des élections de ses assesseurs. C'est à l'autorité cantonale qu'il appartiendra de décider de quelle manière le TCAS pourra continuer de fonctionner, et d'organiser des élections populaires dans un délai

le plus court possible.

4.3 Le recours de droit public doit par conséquent être admis, et l'élection des assesseurs au Tribunal cantonal des assurances sociales doit être annulée. Selon la pratique relative au recours pour violation des droits politiques, il n'est pas perçu d'émolument judiciaire, ni alloué de dépens.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le recours est admis et l'élection de seize assesseurs au Tribunal cantonal des assurances sociales, du 26 juin 2003, est annulée.

2.
Il n'est pas perçu d'émolument judiciaire, ni alloué de dépens.

3.
Le présent arrêt est communiqué en copie au recourant et au Grand Conseil du canton de Genève.
Lausanne, le 27 janvier 2004
Au nom de la Ire Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le président: Le greffier: