



Monsieur A_____

Conseil Supérieur de la magistrature
Rue du Bourg-de-Four 1
1204 Genève

Partie appelante

Partie intimée

Arrêt du 2 mai 2012

M. Pierre-Yves Demeule, Président

Mme Ursula Cassani, Juge

M. Philippe Preti, Juge suppléant

Mme Alexandra Favre, Greffière

EN FAIT

- A. Dans l'affaire dite de la Banque X_____, B_____, C_____, D_____, E_____ et F_____ ont été renvoyés en jugement devant la Cour correctionnelle avec jury du canton de Genève, pour faux dans les titres.

Les débats ont été fixés du 4 octobre au 26 novembre 2010, sous la présidence de A_____, juge à la Cour de justice.

Le 25 mai 2010, A_____ et son greffier, G_____, ont procédé au tirage au sort de 35 jurés pour cette audience.

- B. En date du 11 août 2010, D_____ et E_____ ont demandé la récusation de A_____, au motif que le tirage au sort des jurés du 25 mai 2010 avait conduit à une proportion anormalement élevée de fonctionnaires par rapport à la liste initiale servant de base à l'opération.

Réunie en plenum le 31 août 2010, la Cour de justice a déclaré la requête en récusation recevable, mais infondée. La décision sur récusation souligne en particulier : « *Il apparaît toutefois que le Juge en question a suivi une pratique en usage depuis plusieurs législatures pour le tirage au sort des jurys de Cour correctionnelle et de Cour d'assises. Dans de telles circonstances, il ne saurait être retenu ni de violation lourde de ses devoirs ni une apparence de prévention résultant de ce motif* ».

Il ressort des pièces du dossier que Mes J_____ et K_____, conseils de E_____, avaient produit dans ce cadre un premier avis émanant d'H_____ et I_____, respectivement professeur de mathématique et chargé d'enseignement à la Faculté des sciences de l'Université de Genève. Ce document, daté apparemment du 26 août 2010, n'a pas été versé au dossier du Conseil Supérieur de la Magistrature (ci-après : CSM). D'après la décision du plenum de la Cour de justice du 31 août 2010, il en ressort que « la probabilité d'un tirage au sort régulier pouvait être exclue à 99,99997 % ».

- C. Le 3 septembre 2010, une nouvelle expertise, intitulée « Rapport relatif au tirage au sort du Jury de la Cour correctionnelle du 4 octobre 2010 », a été établie par le Prof. H_____ et le Dr. I_____. Ce document très succinct précise que sur la base de la liste initiale de 1334 jurés, il y a « *plus de 99,6% de chance d'obtenir au plus 6 fonctionnaires cantonaux parmi les 35 jurés* » et « *plus de 99.96% de chance d'obtenir au plus 3 fonctionnaires fédéraux* ». Sur cette base, le rapport aboutit à la conclusion qu'« *au vu des résultats précédents, on peut rejeter l'hypothèse d'un tirage avec un risque de se tromper inférieur à 0,00000015%, soit 2 sur 1 milliard* ». Il est précisé que ce document a apparemment été rédigé en réponse à un courrier du même jour émanant de Me J_____, dans lequel le conseil de E_____ avait établi un décompte des personnes revêtant selon lui la qualité de « *fonctionnaires d'Etat* » et de « *fonctionnaires fédéraux* » dans la liste initiale de 1334 personnes et dans celle résultant du tirage au sort effectué le 25 mai 2010.
- D. Un nouveau tirage au sort des jurés a été organisé le 8 septembre 2010 pour le procès Banque X_____, en présence des parties et en utilisant l'urne en usage jusqu'en 1993/1994. A ce moment, le nombre de fiches à disposition avait été réduit de 220

unités par de nouvelles constitutions de jurys. Sur les 35 fiches tirées, sept concernaient des fonctionnaires.

- E. Par arrêt du 25 octobre 2010, la 1^{ère} Cour de droit public du Tribunal fédéral a admis le recours interjeté par B_____, C_____, D_____ et E_____, annulé la décision sur récusation du 31 août 2010 et renvoyé l'affaire à la Cour de justice, afin qu'elle procédât aux mesures d'instruction nécessaires pour élucider les circonstances dans lesquelles le jury avait été désigné. Le Tribunal fédéral observa en particulier ceci : « *S'il devait être établi, le fait d'orienter le tirage au sort en ne conservant dans la liste des jurés que les personnes susceptibles d'assumer les contraintes liées à un procès de longue durée pourrait être une circonstance propre à créer une apparence légitime de suspicion à l'égard du magistrat concerné, quand bien même cela serait le fruit d'une volonté de faciliter l'organisation des débats et non pas d'une intention délibérée de la part de ce magistrat de nuire aux parties* ».
- F. Le 3 novembre 2010, la Cour de Justice, réunie en plenum, a entendu A_____. Il ressort des déclarations de ce magistrat que l'opération de tirage au sort des jurés prévue à l'art. 249 du Code de procédure pénale genevoise du 29 septembre 1977 (aCPP) s'est déroulée le 25 mai 2010 au greffe pénal, dans le bureau de G_____ et en présence de deux autres personnes travaillant au greffe. Les déclarations suivantes du magistrat ont été consignées dans le procès-verbal de son audition :

« Pour le tirage proprement dit le greffier est assis en face de moi et il ne voit pas le contenu du carton qui se trouve devant moi. Personnellement, je vois les fiches qui sont dans le carton et qui sont lisibles. Il y a dans ce carton deux colonnes et je vois en principe une fiche de chaque colonne. Je mets le doigt sur une fiche que je sors du carton et je donne à mon greffier cette fiche afin qu'il note uniquement le numéro figurant sur la fiche et l'identité de la personne désignée. »

Le 25 mai 2010, je n'ai pas tiré de fiche hors du carton pour ensuite la remettre dans le carton. Mais par contre, il m'est arrivé de lire une fiche et de ne pas la retenir. Je me souviens notamment d'avoir lu le nom d'un médecin dentiste que je n'ai pas pris, car j'ai considéré que d'un point de vue économique cela serait trop onéreux. Dans ce cas là, j'ai pris la fiche qui se trouvait immédiatement devant et qui était une fiche sur laquelle je ne pouvais lire quoi que ce soit. J'estime à trois ou quatre le nombre de cas de ce genre qui s'est produit lors du tirage du 25 mai 2010. C'était en présence de professions libérales. Je précise qu'il y a parmi les jurés très peu de professions libérales pour le motif que le tri se fait en amont par les communes. Les professions libérales sont sous représentées et de surcroît leurs représentants sollicitent souvent en début d'année d'être écartés de la liste des jurés. Dans le tirage du 25 mai j'ai remis une seule fiche dans le carton. Il s'agissait d'un cas d'homonymie et dans ces circonstances la pratique est de systématiquement les refuser pour éviter des causes de récusation, de nombreux couples figurant dans la liste des jurés.

Je précise aussi que les indications figurant sur les fiches sont très souvent fausses s'agissant de la profession, on y trouve encore beaucoup d'étudiants qui sont pourtant actifs dans la vie civile depuis longtemps.

J'ai peut-être aussi écarté une ou deux fiches pour des raisons de disponibilités ».

Entendu le même jour, G_____, greffier à la Cour de justice, a déclaré qu'il y avait eu quatre tirages au sort le 25 mai 2010, pour deux sessions correctionnelles et deux d'assises, qu'il y a eu des problèmes d'homonymies mais qu'il ne se souvenait plus quel tirage ils concernaient. Pour le surplus, le greffier a confirmé que l'intérieur du carton contenant les fiches n'était pas visible pour lui pendant l'opération. Dès lors, il n'était pas à même de confirmer ni d'infirmer les dires du magistrat au sujet de cartes non extraites du carton en raison d'une disponibilité supposée moindre.

Par décision du 3 novembre 2010, le plenum de la Cour de justice, relevant que le tirage au sort n'avait pas respecté la loi du hasard et contrevenait dès lors au texte strict de la loi, constatait qu'il en résultait une apparence de prévention, de sorte que la requête en récusation était fondée. Selon le plenum de la Cour, « *[p]eu importe la nature des motifs qui l'ont animé, et sa bonne foi et sa probité n'y changent rien* » ; la manière dont A_____ avait procédé était « *en soi propre à créer une apparence légitime de suspicion à l'égard, laquelle suffit à justifier la récusation* ».

- G. Le 26 novembre 2010, Me J_____ adressait au Secrétaire général du pouvoir judiciaire une demande d'indemnisation pour les frais en relation avec la préparation et la participation à trois semaines d'audiences avant que n'intervienne la décision de récusation.

Le 22 décembre 2010, Me J_____ écrivait à nouveau au Secrétaire général du pouvoir judiciaire, réitérant la demande d'indemnisation en raison de la « *fraude [...] massive et avérée* », ainsi que d'une nouvelle expertise H_____ et I_____ du 22 décembre 2010, établissant, selon l'avocat, que « *[d]ans le meilleurs des cas, la probabilité que le « tirage au sort » effectué le 25 mai 2010 par le Président A_____ ne se soit pas réalisé comme indiqué par ce dernier lors de son audition du 3 novembre dernier, est d'au moins de 99'999931% et, dans l'hypothèse la plus réaliste, de 99,999969%* ». Ce conseil qualifiait l'action du juge d'acte illicite engageant la responsabilité de l'Etat

Le même jour, le conseil précité a fait parvenir au Président de la Cour de Justice, en sa qualité de président du Conseil supérieur de la magistrature, copie de ce courrier, en alléguant que les déclarations émises par A_____ devant le plenum de la Cour étaient « *incompatibles avec la loi de la statistique* » et qu'il en découlait que « *de nouveaux mensonges* » avaient été dits par A_____ devant ses pairs.

Le Président du CSM a donné suite à cette dénonciation. Un délai a été octroyé à A_____ pour se déterminer et faire valoir d'éventuels motifs de récusation. Le 14 mars 2011, A_____ s'est déterminé. Entendu en comparution personnelle par une délégation du CSM le 15 juin 2011, A_____ a déclaré : « *J'ai [...] écarté quelques fiches. Il est mentionné dans le procès-verbal du 3 novembre 2010 qu'il s'agit de 3 ou 4 mais cela peut être un peu plus car je ne les ai pas comptées. Il s'agit d'une estimation* ». Par ailleurs, A_____ a rappelé qu'il était chargé du tirage au sort des jurés depuis 2008, et qu'il avait toujours procédé de la même manière, soit celle utilisée à sa connaissance depuis le début des années 1990.

Le 14 juillet 2011, J_____ a fait parvenir au CSM la liste des personnes considérées par lui comme fonctionnaires dans le décompte qui a servi de base au rapport H_____ et I_____.

- H. Par décision du 12 décembre 2011, le CSM a infligé un blâme à A_____, au motif qu'il avait menti lors de son audition par le plenum de la Cour de justice, en déclarant n'avoir écarté que trois ou quatre fiches. La faute commise par A_____ est considérée par le CSM comme objectivement grave. Le CSM explique à cet égard : « *Le fait de ne pas déclarer toute la vérité lors d'une audition devant le plénum du tribunal auquel un magistrat appartient, dans le cadre d'une affaire aussi sensible que celle qui occupait alors la cour correctionnelle, n'est pas admissible et est propre à porter gravement atteinte à la dignité de la magistrature* ». Subjectivement toutefois, le CSM estime que la faute doit être relativisée : « *même s'il est vrai que l'intéressé a déclaré avoir volontairement écarté certaines fiches, ce qui, à la lecture de l'arrêt du Tribunal fédéral du 25 octobre 2010, était suffisant pour que le plénum de la Cour de justice prononce sa récusation, le CSM a acquis la conviction que les mensonges de l'intéressé portaient sur des éléments qui tendaient à assurer le bon déroulement du procès qu'il devait présider, sans désir de favoriser l'une ou l'autre des parties. De plus, les dispositions légales alors en vigueur l'autorisaient, si le nombre de jurés était insuffisant lors de l'ouverture du procès, à désigner d'office ces derniers (art. 273 al. 2 du Code de procédure pénale du 29 septembre 1997)* ».
- I. Par courrier recommandé du 18 janvier 2012, A_____ a recouru à la Cour d'appel du pouvoir judiciaire contre cette décision, que son conseil avait reçue le 19 décembre 2011. En substance, il nie avoir menti à ses pairs lors de l'audition par le plenum de la Cour de justice. Par ailleurs, il nie la validité des conclusions de l'expertise privée présentée par le dénonciateur et met en doute les suppositions factuelles et statistiques à la base de l'expertise, de même que celles à la base de la décision du CSM.

EN DROIT

1. Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi par la personne faisant l'objet de la décision du CSM, le recours est recevable (art. 138, let. A loi sur l'organisation judiciaire (LOJ) du 26 septembre, art. 62, al. 1, let. A, 64, al. 1 et 65, al. 1 loi sur la procédure administrative (LPA) du 12 septembre 1985).
2. Conformément aux principes retenus dans l'affaire Z. c. Conseil supérieur de la magistrature (CAM 3_2010, consid. 3), la CAPJ est une autorité de recours de dernière instance cantonale, qui statue conformément à la LPA suite à une décision de première instance cantonale de nature administrative (art. 11 B aLCSM, 139 nLOJ). Le recours contre la décision du CSM - autorité qui dispose d'un large pouvoir d'appréciation - peut être formé « *pour violation du droit y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation* » (art. 61, al. 1, litt. a LPA) et « *pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents* » (article 61, al. 1, litt. b LPA). Cela ne signifie pas pour autant que la marge d'appréciation de la CAPJ se limite à l'arbitraire. En effet, cette instance a été voulue par le législateur afin de garantir un contrôle judiciaire de dernière instance cantonale aux plaideurs directement touchés par une décision du Conseil supérieur de la magistrature, et qui ont un intérêt personnel digne de protection à ce contrôle (PL 10253 - Exposé des motifs du Conseil d'Etat à l'appui du projet de loi modifiant la LOJ (E 2 05, p. 70/80)).

Il en résulte que, pour pouvoir exercer son contrôle judiciaire en sa qualité de Tribunal supérieur, la CAPJ examine librement les faits et applique d'office le droit (cf. art. 110 LTF ; Y. Donzallaz, Loi sur le Tribunal fédéral, Berne 2008, p. 1593), sans être limitée au contrôle de l'arbitraire.

3. En l'occurrence, le CSM fonde sa décision d'infliger un blâme à A_____ sur l'art. 20 al. 1 et al. 2 LOJ, soit sur la nouvelle loi entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011.

La non-rétroactivité, assortie du principe de la *lex mitior* (art. 2 al. 2 CP), est applicable par analogie aux sanctions disciplinaires (ATF 130 II 270, 273 s. ; U. Marti / R. Petry, La jurisprudence en matière disciplinaire rendue par les juridictions administratives genevoises, RDAF 3/2007, 227 ss, p. 232 s. ; T. Tanquerel, Manuel de droit administratif, Zurich, 2011, N 1226). Le principe de la *lex mitior* suppose que l'on compare de manière concrète les résultats auxquels aboutit l'application de l'ancien et du nouveau droit, afin de retenir la solution la plus clémente.

Le droit en vigueur au moment des faits était la loi instituant un conseil supérieur de la magistrature et une Cour d'appel de la magistrature (LCSM) du 25 septembre 1997 (E 2 20, abrogée avec effet au 1^{er} janvier 2011). L'art. 6 régissait les sanctions disciplinaires :

Art. 6 Sanctions et mesures

¹Le conseil est compétent pour :

- a) infliger un avertissement ou un blâme à tout magistrat qui s'est rendu coupable d'une faute dans l'exercice de sa charge, ou dont le comportement porte atteinte à la dignité de la magistrature ;
- b) priver de son traitement pour une période qui n'excède pas 6 mois tout magistrat coupable d'une faute grave dans l'exercice de sa charge ou dont le comportement porte gravement atteinte à la dignité de la magistrature ;
- c) prononcer la destitution de tout magistrat ne remplissant pas les conditions d'éligibilité prévues aux articles 60, 60A et 60 B de la loi sur l'organisation judiciaire, ou indigne d'exercer sa charge, ou ne respectant pas les décisions du conseil ;
- d) [...]

² Les sanctions prévues sous lettres b et c peuvent être assorties de la suppression ou de la réduction de l'indemnité prévue à l'article 15, alinéa 1, de la loi concernant le traitement et la retraite des magistrats du pouvoir judiciaire, du 26 novembre 1919, si le magistrat s'est rendu coupable d'une faute grave dans l'exercice de sa charge, ou s'il a, par son comportement, porté gravement atteinte à la dignité de la magistrature.

Depuis le 1^{er} janvier 2011, c'est l'art. 20 de la loi sur l'organisation judiciaire (LOJ) du 26 septembre 2010 (E 2 05) qui régit la matière :

Art. 20 Sanctions disciplinaire

¹ Le magistrat qui, intentionnellement ou par négligence, viole les devoirs de sa charge, adopte un comportement portant atteinte à la dignité de la magistrature ou ne respecte pas les décisions du conseil est passible des sanctions disciplinaires suivantes :

- a) l'avertissement;
- b) le blâme;
- c) l'amende jusqu'à 40 000 F;
- d) la destitution.

² Ces sanctions peuvent être combinées.

³ La poursuite et la sanction disciplinaires se prescrivent par 7 ans.

⁴ Le conseil prononce les sanctions précitées et pourvoit à leur exécution.

La sanction prononcée dans le cas d'espèce est un blâme. La définition de cette sanction n'a pas été modifiée. Les motifs pour lesquels elle peut être prononcée ont toutefois été retouchés, dans le sens que l'ancien droit prévoyait un blâme en cas de faute dans l'exercice de la charge ou de comportement portant atteinte à la dignité de la magistrature, alors que le nouveau droit mentionne « *le magistrat qui, intentionnellement ou par négligence, viole les devoirs de sa charge, adopte un comportement portant atteinte à la dignité de la magistrature [...]* ». Le CSM considère que le nouveau droit s'applique comme *lex mitior* au regard du fait que l'ancien droit reconnaissait au CSM la compétence de « *priver de son traitement pour une période qui n'excède pas 6 mois tout magistrat coupable d'une faute grave dans l'exercice de sa charge ou dont le comportement porte gravement atteinte à la dignité de la magistrature* » (décision attaquée, p. 13).

Ainsi, c'est parce qu'il estime que A_____ a porté gravement atteinte à la dignité de la magistrature et que la faute est objectivement grave, que le CSM retient le nouveau droit comme *lex mitior*. *A contrario*, l'ancien droit serait applicable si le caractère grave de la faute ou de l'atteinte à la dignité de la magistrature devait être nié.

En l'espèce, la question peut rester ouverte, car la sanction infligée doit être annulée tant au regard de l'ancien que du nouveau droit.

4. Le reproche retenu par le CSM s'avère, en effet, infondé.
- 4.1. Le CSM ne sanctionne pas A_____ pour avoir influencé le résultat du tirage au sort du jury. En cela, il mérite d'être suivi. Certes, au regard de l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral en date du 25 octobre 2010, cette circonstance était propre à faire naître une apparence de prévention justifiant la récusation de ce magistrat. Un motif de récusation n'équivaut cependant pas à une faute disciplinaire.

Il ne fait aucun doute qu'au regard de l'art. 249 al. 1 aCPPGe, l'opération précise qui devait se dérouler le 25 mai 2010 était un tirage au sort, par quoi on entend un processus de désignation « à l'aveugle », et que l'opération effective ne satisfaisait pas à ce critère. Il ressort cependant de la première décision sur récusation de la Cour de justice du 31 août 2010 que cette manière de faire était conforme à la pratique « *en usage depuis plusieurs législatures pour le tirage au sort des jurys de Cour correctionnelle et de Cour d'assises* ». Cette pratique s'était donc instaurée sous la responsabilité des prédécesseurs de A_____ déjà, au regard du fait que certaines catégories professionnelles se révélaient régulièrement d'une disponibilité très limitée pour accomplir ce devoir civique. On relèvera d'ailleurs que, selon le système légal genevois, le jury n'était pas issu d'un processus entièrement aléatoire et encore moins représentatif de la composition de la population genevoise. D'une part, le tirage au sort se faisait sur la base de listes qui ne représentaient nullement une image sociologiquement fidèle de la population genevoise et de la répartition statistique des professions exercées. D'autre part, la loi elle-même prévoyait une exception à la désignation des jurés par le tirage au sort, chargeant, à l'art. 271 al. 2 aCPPGe, le président de compléter la liste en désignant d'office des jurés lorsque le nombre des jurés tirés au sort était devenu insuffisant du fait que trop de noms avaient dû être rayés pour les causes énumérées à l'art. 270 aCPPGe.

En procédant comme il l'a fait, A_____ avait donc adhéré à une pratique courante, certes contestable au regard de l'exigence légale d'un tirage au sort en audience

publique, mais compréhensible au regard d'une longue expérience démontrant l'extrême difficulté de réunir des jurys, surtout pour des procès d'une certaine durée. Le plenum de la Cour de justice n'a rien trouvé à redire à cette pratique avant que celle-ci ne soit critiquée par le Tribunal fédéral dans son arrêt du 25 octobre 2010 (décision du 31 août 2010, ch. 2.2., p. 4). Comme le relève le CSM, le but poursuivi par A_____ n'était pas de favoriser l'une ou l'autre des parties mais de permettre le déroulement régulier du procès qu'il était chargé de présider.

- 4.2. Le reproche sur lequel se fonde le blâme infligé par le CSM à A_____ est d'avoir prononcé un mensonge devant ses pairs, après avoir été exhorté à dire la vérité. Il faut entendre par là que le CSM estime que A_____ a délibérément fait une déclaration contraire à la vérité, lors de son audition sur le déroulement du processus de sélection du jury, conduite par le plenum de la Cour le 10 novembre 2010.

Cette affirmation est insoutenable au regard du dossier. Lors de l'audition du 10 novembre 2010, le point décisif, au regard de l'arrêt du Tribunal fédéral, était de savoir si des fiches avaient ou non été écartées en raison de la disponibilité supposée moindre de certaines personnes du fait de leurs occupations professionnelles. Les dires du magistrat étaient parfaitement véridiques sur ce point, puisqu'il a admis sans détour avoir renoncé à sortir certaines fiches du carton, leur préférant une autre se trouvant immédiatement devant.

Sur le reproche de mensonge, le raisonnement du CSM se révèle difficilement compréhensible. C'est ainsi que l'on peut lire (à la page 12 de la décision attaquée) que « *même s'il est vrai que l'intéressé a déclaré avoir volontairement écarté certaines fiches, ce qui, à la lecture de l'arrêt du Tribunal fédéral du 25 octobre 2010, était suffisant pour que le plenum de la Cour de justice prononce sa récusation, le CSM a acquis la conviction que les mensonges de l'intéressé portaient sur des éléments qui tendaient à assurer le bon déroulement du procès...* ». Le CSM accuse donc A_____ de « *mensonge* », tout en lui reprochant d'avoir « *déclaré avoir volontairement écarté certaines fiches* », ce qui suffisait pour que la Cour de justice prononce la récusation. Sur ce point à lui seul déterminant, le CSM n'a donc identifié aucun « mensonge », le CSM reconnaissant par ailleurs que le nombre exact des retraits était sans pertinence.

Si le CSM déclare néanmoins avoir acquis la conviction qu'un mensonge a été prononcé par l'intéressé, c'est parce qu'il lui reproche d'avoir sous-évalué le nombre exact des fiches écartées (comme vu ci-dessus, fait sans pertinence).

Ce raisonnement ne saurait être suivi. L'audition de A_____ par le plenum de la Cour s'est déroulée le 10 novembre 2010, soit presque six mois après le tirage au sort du 25 mai 2010. Il y avait eu trois tirages de jurés pendant cette même matinée. De manière compréhensible, s'agissant d'une opération que la pratique genevoise avait réduite à une formalité se déroulant dans un greffe hors la présence des parties au procès, les souvenirs de A_____ étaient vagues. Ses déclarations au sujet des aspects quantitatifs étaient donc formulées de manière à exprimer leur caractère approximatif : « *J'estime à trois ou quatre le nombre de cas de ce genre qui s'est produit lors du tirage du 25 mai 2010 [...]. J'ai peut-être aussi écarté une ou deux fiches pour des raisons de disponibilités* ».

Les précautions oratoires auxquelles a eu recours A_____ (« *j'estime à trois ou quatre...* » ; « *j'ai peut-être aussi...* ») ne laissent subsister aucun doute sur le fait que celui-ci ne se sentait pas en mesure de se prononcer avec certitude sur le nombre exact de fiches écartées. La lecture du procès-verbal ne permet d'ailleurs pas de dire

si l'estimation s'élève à 3 à 4 ou 5 à 6, voire 7 fiches. Comme déjà relevé, la question était d'une importance secondaire aussi bien pour le magistrat auditionné que pour le plenum de la Cour qui l'auditionnait, puisqu'au regard de l'arrêt du Tribunal fédéral, le fait d'avoir écarté une seule fiche aurait suffi pour fonder la récusation.

Même s'il était prouvé que le nombre de fiches écartées était en réalité de 8, 10 ou 12, cela ne permettrait pas d'en déduire que A_____ aurait « menti », i.e. sciemment fait une déclaration fausse face à ses pairs.

La décision du CSM doit être annulée de ce seul fait.

5. Pour le surplus, même à supposer que les déclarations de A_____ aient été affirmatives et précises et non vagues et approximatives, il faudrait encore, pour que l'on puisse l'accuser de mensonge, prouver que le nombre effectif des fiches écartées divergeait du nombre indiqué.

Lors de son audition par le CSM, A_____ a concédé avoir peut-être sous-évalué le nombre de fiches non tirées du carton, soulignant que le chiffre indiqué procédait d'une simple estimation. L'audition du greffier G_____ n'a pas permis d'établir le nombre exact de fiches écartées. Il ne s'agit là à l'évidence pas d'éléments de preuve démontrant le nombre réel de fiches écartées. Aucune autre personne n'a été entendue.

Le seul argument retenu par le CSM à l'appui de son blâme pour mensonge est la très faible probabilité statistique que le jury tel que tiré aurait pu être issu d'un tirage au sort respectant la procédure décrite par A_____.

L'unique moyen de preuve pour établir qu'il y a eu « mensonge » sur ce point est l'expertise privée produite par le dénonciateur et les calculs de probabilité statistique qui en résultent. Il s'agit d'un rapport commandité par le conseil de l'une des personnes renvoyées en jugement dans le procès que A_____ devait présider.

Ce document ne prétend pas engager l'université, mais deux de ses employés à titre privé, soit le professeur H_____ et I_____, MER en mathématique. Contrairement à ce que fait valoir le recourant, le fait que ce rapport n'est pas établi sur le papier à entête de l'université n'a rien de critiquable ; la pratique est la même pour les professeurs de la faculté de droit, qui ne sont évidemment pas habilités à se prévaloir du nom de l'université quand ils établissent des avis de droit privés à l'intention d'un plaideur. Une telle consultation a la même force probante qu'un mémoire déposé en justice par ce même plaideur, même si la solidité et la force de persuasion de l'argumentation et la réputation du sérieux scientifique de son auteur peuvent lui conférer un certain poids.

En l'occurrence, le document succinct du 22 décembre 2010 – qui suit deux autres rapports dont le premier n'a pas été versé au dossier – a été établi par Messieurs H_____ et I_____ sur la base d'instructions dont la teneur n'est pas connue, seul le courrier de Me J_____ du 3 septembre 2010, sollicitant l'expertise du même jour (soit la deuxième), ayant été versé au dossier. La manière dont ce courrier (par ailleurs précédé d'un entretien téléphonique dont la teneur est inconnue) est formulé montre que son auteur ne prétend pas à la neutralité mais qu'il agit unilatéralement comme partie à un contentieux.

Cette troisième expertise, établie apparemment en référence à des faits complétés par l'avocat au regard des déclarations faites par A_____ lors de son audition par le plenum de la Cour de justice, se base sur la supposition que 280 noms ont été éliminés de la liste de 1334 jurés et que sept fiches au plus ont été écartées lors du tirage au sort. Quant au décompte des personnes revêtant la qualité de fonctionnaires, il résulte des seules suppositions du dénonciateur, faites sur la base des désignations professionnelles parfois ambiguës mentionnées dans la liste des jurés.

Le CSM, soulignant que les « *bases statistiques utilisées par le dénonciateur étaient erronées* », a corrigé celles-ci. Il a aussi établi des tableaux reflétant les professions des personnes sur la liste initiale des jurés, celles sur la liste avant le tirage du 25 mai 2010, celles retenues pour la Banque X_____, celles retenues le 30 août 2011 (date dont l'importance n'est pas explicitée) et celles représentant le « solde ». Il en ressort que le carton contenait encore 1093 fiches avant les tirages au sort du 25 mai 2010. Par ailleurs, selon le CSM, 20 fiches que le dénonciateur n'avait pas rattachées à la catégorie « fonction publique » pouvaient relever de celle-ci ; sur ces 20 fiches dont la qualité de fonctionnaire n'a pas été retenue dans les calculs du dénonciateur ayant servi de base aux calculs de probabilité de ces experts, aucune n'a été tirée dans le premier tirage pour la « Banque X_____ ». La suite de la décision attaquée ne permet pas de comprendre l'importance que le CSM accorde à ces correctifs dans l'appréciation des conclusions des experts du dénonciateur.

De toute évidence, s'il entendait se fonder sur l'absence de probabilité statistique d'un certain évènement pour en déduire un manquement disciplinaire à la charge de A_____, il appartenait au CSM de désigner un expert neutre et de le charger d'une mission d'expertise définie de manière claire, transparente et objective, sur des bases factuelles avérées.

La Présidence de la Cour de Justice avait déjà émis des doutes sérieux sur l'approche statistique adoptée par le dénonciateur, en observant que le second tirage opéré en toute conformité avec la lettre de la loi avait abouti à la constitution d'une nouvelle liste de 35 jurés parmi lesquels se trouvaient au moins huit fonctionnaires, concluant : « Au vu d'un tel nombre, on peut raisonnablement mettre en doute l'affirmation des recourants selon laquelle la probabilité de tirer au sort un jury comportant dix membres de la fonction publique serait inférieure à deux sur un milliard » (détermination au Tribunal fédéral du 11 octobre 2010).

Au demeurant, on soulignera que la faible probabilité statistique d'un évènement ne constitue pas en soi la preuve du fait qu'il n'a pas pu survenir. Ainsi, pour prendre un exemple, celui qui joue une grille du loto Euromillions a une chance sur 116 531 800 de tomber sur tous les numéros et étoiles formant la combinaison gagnante. Cette très faible probabilité ne saurait à l'évidence être invoquée comme preuve pour dire que celui qui a effectivement sorti la combinaison gagnante est un tricheur ou un menteur.

6. Pour l'ensemble des raisons développées sous chiffre 2 à 5, la décision du Conseil supérieur de la magistrature sera annulée.
7. A_____, qui obtient gain de cause, se verra allouer des dépens, qui seront mis à la charge de l'Etat de Genève.

PAR CES MOTIFS,

La Cour d'appel du pouvoir judiciaire

A la forme :

Reçoit le recours formé par A_____ contre la décision du Conseil supérieur de la magistrature du 12 décembre 2011.

Au fond :

Annule la décision susmentionnée.

Condamne l'Etat de Genève aux dépens de A_____ qui comprendra une indemnité de CHF 3'000.-, à titre de participation aux honoraires de son avocat.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Informe les parties qu'elles peuvent recourir auprès du Tribunal fédéral conformément aux articles 82 et ss LTF.

Communique le présent arrêt à A_____, recourant, et au Conseil supérieur de la magistrature.

Alexandra FAVRE
Greffière

Pierre-Yves DEMEULE
Président