

# GE\_GERICHTE AARP/8/2024 vom 14. Dezember 2023

GE Cour de justice, 2023-12-14, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_AARP\\_8\\_2024](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_AARP_8_2024)

FR: GE\_GERICHTE AARP/8/2024 du 14 décembre 2023

IT: GE\_GERICHTE AARP/8/2024 del 14 dicembre 2023

## Erwägungen

### E. 1

L'appel est recevable pour avoir été interjeté et motivé selon la forme et dans les délais prescrits (art. 398 et 399 CPP).

La Chambre limite son examen aux violations décrites dans l'acte d'appel (art. 404 al. 1 CPP), sauf en cas de décisions illégales ou inéquitables (art. 404 al. 2 CPP).

- 5/14 - P/23248/2019

### E. 2.1

Le principe in dubio pro reo, qui découle de la présomption d'innocence, garantie par l'art. 6 ch. 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme (CEDH) et, sur le plan interne, par les art. 32 al. 1 de la Constitution fédérale (Cst.) et 10 al. 3 CPP, concerne tant le fardeau de la preuve que l'appréciation des preuves au sens large (ATF 144 IV 345 consid. 2.2.3.1 ; ATF 127 I 28 consid. 2a). En tant que règle sur le fardeau de la preuve, la présomption d'innocence signifie, au stade du jugement, que ce fardeau incombe à l'accusation et que le doute doit profiter au prévenu. La présomption d'innocence est violée lorsque le juge rend un verdict de culpabilité au seul motif que le prévenu n'a pas prouvé son innocence (ATF 127 I 38 consid. 2a) ou encore lorsque le juge condamne le prévenu au seul motif que sa culpabilité est plus vraisemblable que son innocence. En revanche, l'absence de doute à l'issue de l'appréciation des preuves exclut la violation de la présomption d'innocence en tant que règle sur le fardeau de la preuve (ATF 144 IV 345 consid. 2.2.3.3). Comme règle d'appréciation des preuves, la présomption d'innocence signifie que le juge ne doit pas se déclarer convaincu de l'existence d'un fait défavorable à l'accusé si, d'un point de vue objectif, il existe des doutes quant à l'existence de ce fait. Il importe peu qu'il subsiste des doutes seulement abstraits et théoriques, qui sont toujours possibles, une certitude absolue ne pouvant être exigée. Il doit s'agir de doutes sérieux et irréductibles, c'est-à-dire de doutes qui s'imposent à l'esprit en fonction de la situation objective (ATF 144 IV 345 consid. 2.2.3.3).

2.2.1. L'art. 197 al. 5 CP punit quiconque consomme ou, pour sa propre consommation, fabrique, importe, prend en dépôt, acquiert, obtient par voie électronique ou d'une autre manière ou possède des objets ou représentations visés à l'art. 197 al. 1 CP, soit des écrits, enregistrements sonores ou visuels, images ou autres objets pornographiques ou des représentations pornographiques, ayant comme contenu des actes d'ordre sexuel avec des animaux, des actes de violence entre adultes ou des actes d'ordre sexuel non effectifs avec des mineurs. Si les objets ou représentations ont pour contenu des actes d'ordre sexuel effectifs avec des mineurs, la sanction est aggravée.

2.2.2. Le critère de distinction entre les alinéas 4 et 5 est le dessein de diffusion. Ainsi, les mêmes comportements tombent sous le coup de l'alinéa 5 CP (cas atténué) s'ils sont commis aux fins de consommation propre, ou de l'alinéa 4 CP dans les

autres cas. En application du principe *in dubio pro reo*, il faudra retenir le cas atténué toutes les fois que le dessein de diffusion ne pourra être établi (A. MACALUSO / L.

MOREILLON / N. QUELOZ [éds], Commentaire romand, Code pénal II, 2ème éd., Bâle 2017, n. 66 ad art. 197).

- 6/14 - P/23248/2019 Le Message du Conseil fédéral concernant l'adoption de l'art. 197 al. 5 CP précise qu'il s'agissait de mettre en œuvre la convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels [convention de Lanzarote] et de combler une lacune du droit pénal suisse qui ne punissait pas la consommation sans possession de pornographie dure, ni donc de pédopornographie. Le nouvel art. 197 al. 5 CP devait ainsi permettre de punir également les personnes qui visionnaient de la pornographie en ligne, sans télécharger de contenu (FF 2012, p. 7096 ss). 2.2.3. Pour que la représentation de mineurs nus soit considérée comme de la pornographie dure, il n'est pas nécessaire que leurs organes génitaux soient visibles. Ce qui est déterminant, c'est que cette représentation soit objectivement de nature à provoquer l'excitation sexuelle. Que l'enfant qui pose ait eu conscience ou non de la connotation sexuelle de son attitude est sans pertinence (ATF 131 IV 64 consid. 11.2, cité dans l'ACJP/131/2010 de la Chambre pénale de Genève du 17 mai 2010 consid. 3.3.2). 2.2.4. Selon l'art. 197 al. 4 et 5 CP, les évocations d'actes sexuels avec des animaux relèvent de la pornographie dure. Il s'agit d'actes entre un être humain et un animal impliquant une manipulation visible des organes sexuels ou de l'anus de l'un par l'autre (A. DONATSCH, *Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen*, 9ème éd., Zurich 2008, p. 516). 2.2.5. Sur le plan subjectif, il est nécessaire que l'auteur agisse intentionnellement. L'intention doit notamment porter sur le caractère pornographique de l'objet ou de la représentation en question (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1260/2017 du 23 mai 2018 consid. 2.1 ; ATF 99 IV 57, JdT 1974 IV 34). Le dol éventuel suffit (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1260/2017 du 23 mai 2018 consid. 2.1 ; ATF 99 IV 57, JdT 1974 IV 34). L'art. 197 al. 5 CP nécessite également l'intention de l'auteur et il appartient au juge de déterminer quelles circonstances permettent de retenir l'intention. Il ne s'agit pas de qualifier de consommation intentionnelle tout contact avéré avec des représentations relevant de la pornographie dure. Pour la consommation via Internet notamment, le nombre d'images et de pages consultées, ainsi que la provenance des fichiers devraient être déterminants (FF 2012, p. 7097).

### **E. 2.3**

Le prévenu conteste le caractère pornographique de la vidéo sur laquelle on le voit faire des gestes de va-et-vient avec le sexe de son neveu. Or, il a lui-même admis qu'il trouvait le fait qu'un si petit enfant ait une érection amusant. C'est donc bien dans ce contexte que le prévenu a effectué des gestes s'apparentant à de la masturbation. Leur caractère sexuel est incontestable et identifiable par tout un chacun, dans la mesure où le sexe de l'enfant est filmé en gros plan tout en étant manipulé pour stimuler l'érection. S'il n'est pas nié que le prévenu porte une grande affection à son neveu, celle-ci ne justifie en aucun cas un tel comportement et encore moins qu'il fasse l'objet d'une vidéo. Le prévenu, qui admet avoir des connaissances informatiques catastrophiques, s'est par la suite envoyé la vidéo à lui-même par l'intermédiaire de "Messenger", créant par la même occasion un risque de diffusion. Il n'a ainsi fait qu'accroître la possibilité qu'une tierce personne tombe en possession de cette vidéo et s'en serve à des fins d'excitation sexuelle. Enfin, il a décidé, en toute conscience, de conserver la vidéo, puisqu'il a admis l'avoir visionnée à une ou deux reprises. L'intention est dès lors réalisée. Partant, c'est à raison que le premier juge a

reconnu l'appelant coupable de pornographie pour cette vidéo également. Le jugement entrepris sera dès lors confirmé sur ce point.

### **E. 3**

3.1.1. L'auteur d'une infraction de pornographie (art. 197 al. 5 CP) est passible d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. 3.1.2. Selon l'art. 47 CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Il prend en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier ainsi que l'effet de la peine sur son avenir (al. 1). La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (al. 2).

- 8/14 - P/23248/2019 La culpabilité de l'auteur doit être évaluée en fonction de tous les éléments objectifs pertinents, qui ont trait à l'acte lui-même, à savoir notamment la gravité de la lésion, le caractère répréhensible de l'acte et son mode d'exécution. Du point de vue subjectif, sont pris en compte l'intensité de la volonté délictuelle ainsi que les motivations et les buts de l'auteur. À ces composantes de la culpabilité, il faut ajouter les facteurs liés à l'auteur lui-même, à savoir les antécédents (judiciaires et non judiciaires), la réputation, la situation personnelle (état de santé, âge, obligations familiales, situation professionnelle, risque de récidive, etc.), la vulnérabilité face à la peine, de même que le comportement après l'acte et au cours de la procédure pénale (ATF 142 IV 137 consid. 9.1 ; 141 IV 61 consid. 6.1.1). 3.1.3. La peine pécuniaire ne peut excéder 180 jours-amende, le juge fixant leur nombre en fonction de la culpabilité de l'auteur (art. 34 al. 1 CP). Un jour-amende est de CHF 30.- au moins et de CHF 3'000.- au plus (al. 2).

### **E. 3.2**

La faute du prévenu n'est pas négligeable. Il a agi par légèreté et manque de respect pour l'ordre juridique suisse. Il s'en est pris à un bien juridique fondamental, soit l'intégrité sexuelle des plus jeunes enfants. Il s'agit cependant d'un acte ponctuel commis par désinvolture plus que par méchanceté ou dans le but de nuire. Le prévenu persiste à contester le caractère pornographique de la vidéo avec son neveu et de blâmer son ami pour l'envoi de la vidéo zoophile, sans aucune remise en question de son propre comportement. Il n'y a ainsi aucune prise de conscience. Il a un antécédent judiciaire, toutefois non spécifique. Sa responsabilité pénale est entière. Aucune circonstance atténuante n'est réalisée, ni plaidée. Sa situation personnelle ne justifie en aucun cas ses actes. L'appelant ne conteste pas, à juste titre, au-delà de l'acquittement plaidé, la quotité de la peine pécuniaire de 40 jours-amende, qui sanctionne adéquatement les deux infractions de pornographie (art. 49 al. 1 CP) et sera, partant, confirmée. Il en ira de même du montant du jour-amende, fixé à CHF 90.- par le premier juge. La détention subie par le prévenu sera imputée sur sa peine. Le sursis prononcé est acquis à l'appelant (art. 42 al. 1 CP et art. 391 al. 2 CPP). Le délai d'épreuve, arrêté à deux ans, n'est pas critiquable.

### **E. 4.1**

Selon l'art. 69 CP, le juge prononce la confiscation d'objets qui ont servi ou devaient servir à commettre une infraction ou qui sont le produit d'une infraction, si

- 9/14 - P/23248/2019 ces objets compromettent la sécurité des personnes, la morale ou l'ordre public (al. 1). Le juge peut ordonner que les objets confisqués soient mis hors d'usage ou détruits (al. 2). Il doit y avoir un lien de connexité entre l'objet à confisquer et l'infraction, en ce sens que celui-ci doit avoir servi ou devait servir à la commission d'une infraction (instrumenta sceleris) ou être le produit d'une infraction (producta sceleris). En outre, cet objet doit compromettre la sécurité des personnes, la morale ou l'ordre public. Cela signifie que, dans le futur, ce danger doit exister et que, précisément pour cette raison, il faut ordonner la confiscation en tant que mesure de sécurité. Par conséquent, le juge doit poser un pronostic quant à la vraisemblance suffisante que l'objet, dans la main de l'auteur, compromette à l'avenir la sécurité des personnes, la morale ou l'ordre public (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1150/2014 du 19 novembre 2015 consid. 4). La confiscation d'objets dangereux constitue une atteinte à la garantie de la propriété selon l'art. 26 Cst. et elle est soumise pour cette raison au principe de la proportionnalité (art. 36 Cst.). Le respect de ce dernier implique d'une part que la mesure qui porte atteinte à la propriété est propre à atteindre le but recherché et d'autre part que ce résultat ne peut pas être obtenu par une mesure moins grave (subsidiarité ; ATF 137 IV 249 consid. 4.5 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_35/2017 du 26 février 2018 consid. 9.1). Ces principes s'appliquent, en particulier, aussi aux supports de données numériques (arrêts du Tribunal fédéral 6B\_35/2017 du 26 février 2018 consid. 9.1 ; 6B\_279/2011 du 20 juin 2011 consid. 4.1 ; 6B\_748/2008 du 16 février 2009 consid. 4.5.3 et 4.5.4).

#### **E. 4.2**

En l'espèce, il ressort du rapport de la BCI relatif à l'analyse du portable D\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ que la vidéo du neveu du prévenu a été sauvegardée de manière déportée dans le Cloud lié à l'application "Facebook Messenger". La vidéo s'est dès lors sauvegardée directement sur le Cloud lié au portable D\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ auquel le prévenu pouvait avoir accès dès que ce téléphone était connecté à internet. Le prévenu a de plus expliqué que s'il s'était envoyé cette vidéo depuis son ancien à son nouveau téléphone, c'était dans le cadre d'un transfert de données de l'un à l'autre. Il ne peut désormais soutenir qu'il n'a dès lors pas utilisé son portable D\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ pour visionner la vidéo qu'il s'est lui-même envoyée. Le portable D\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ ayant servi à commettre l'infraction, sa confiscation et sa destruction seront confirmées.

#### **E. 5**

L'appelant, qui succombe intégralement, supportera les frais de la procédure envers l'État (art. 428 CPP et art. 14 al. 1 let. e du règlement fixant le tarif des frais en matière pénale [RTFMP]), comprenant un émolument de décision de CHF 1'500.-.

- 10/14 - P/23248/2019 Il n'y a pas lieu de revoir la répartition des frais de première instance. \* \* \* \* \*

- 11/14 - P/23248/2019

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.