RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

JUGEMENT

DU TRIBUNAL DE POLICE

Chambre 10

11 décembre 2023

MINISTÈRE PUBLIC

contre

Monsieur X_____, né le _____1975, domicilié _____[GE], prévenu, assisté de Me B_____

Siégeant : Mme Limor DIWAN, présidente, Mme Julie COTTIER, greffière

P/23547/2022

CONCLUSIONS FINALES DES PARTIES :

Le Ministère public conclut à un verdict de culpabilité des chefs de pornographie (art. 197 al. 4 CP) et de représentation de violence (art. 135 al. 2 CP). Il conclut au prononcé d'une peine pécuniaire de 45 jours-amende à CHF 30.-, assortie du sursis, le délai d'épreuve devant être fixé à 3 ans, et au prononcé d'une interdiction à vie d'exercer toute activité professionnelle et toute activité non professionnelle organisée impliquant des contacts réguliers avec des mineurs (art. 67 al. 3 let. d ch. 2 CP). Il renonce à requérir l'expulsion de X_____ (art. 66a al. 2 CP). Finalement, il conclut à ce que les frais de la procédure soient mis à la charge de X_____.

X_____, par la voix de son Conseil, conclut à son acquittement s'agissant de l'infraction de pornographie. Il conclut à son acquittement s'agissant de l'infraction de représentation de la violence, subsidiairement à une exemption de peine. Il requiert que le téléphone portable Samsung figurant au chiffre 1 de l'inventaire n°38310120221209 lui soit restitué. Il renonce à une indemnisation au sens de l'art. 429 CPP et il s'oppose à son expulsion.

EN FAIT

A. **a)** Par acte d'accusation du 23 décembre 2023, il est reproché à X_____ d'avoir, à Genève, le 8 juin 2020, à 17h33, depuis son profil C_____ "X_____", intentionnellement partagé et mis à disposition d'autres utilisateurs une image à caractère pédopornographique, représentant un jeune garçon entretenant un rapport sexuel avec une jeune fille, faits qualifiés de pornographie, au sens de l'art. 197 al. 4 CP.

b) Il lui est également reproché d'avoir, à Genève, le 9 décembre 2022, obtenu par voie électronique, respectivement, détenu dans son téléphone portable, une vidéo montrant un homme exhibant une tête fraichement décapitée, faits qualifiés de représentation de la violence, au sens de l'art. 135 al. 2 CP.

B. Les faits pertinents suivants ressortent de la procédure :

a.a) Le 1er septembre 2022, le National Center for Missing and Exploited Children (ci-après : NCMEC) a établi un rapport de dénonciation (rapport CyberTipline 1_____ du 1er septembre 2022) indiquant que l'utilisateur du compte Facebook "X_____", lié au numéro de téléphone 1_____ et à l'adresse email "F_____@hotmail.com", était fortement soupçonné d'avoir, le 8 juin 2020, à 17h33, téléchargé et diffusé une vidéo à caractère pédosexuel, laquelle a été annexée au rapport.

a.b) Saisi de la dénonciation, l'Office fédéral de la police (ci-après : FEDPOL) a identifié, dans son rapport du 21 septembre 2022, le détenteur du numéro de portable précité comme étant X_____, né le _____ 1975, domicilié _____[GE]. La FEDPOL a pu déterminer que l'adresse IP utilisée (_____) appartenait au provider Swisscom et qu'elle était attribuée au précité. Cette autorité a précisé qu'il n'était toutefois pas possible d'affirmer avec certitude qui était l'utilisateur du compte Facebook.

Au rapport de la FedPol était joint notamment un CD-Rom comportant le fichier vidéo qui montre une fille et deux garçons africains de moins de dix ans ayant des rapports sexuels, avec un commentaire "*elle est toute gâtée*".

a.c) Il ressort du rapport CyberTipline que la vidéo litigieuse a été adressée à D_____, soit l'épouse de X_____, ainsi qu'à E_____ (B-9; _____).

b) Le 11 novembre 2022, le Ministère public a rendu une ordonnance d'ouverture d'instruction pénale à l'encontre de X_____ pour pornographie au sens de l'art. 197 al. 4 CP.

c) X_____ a été interpellé le 7 décembre 2022 à son domicile et du matériel informatique a été saisi. L'analyse de son téléphone portable a permis la découverte dans les messages d'une vidéo montrant un homme exhibant une tête fraichement décapitée.

d) Entendu par la police le 9 décembre 2022, X_____ a reconnu avoir été l'utilisateur du numéro de téléphone portable 1_____ ainsi que du compte Facebook "X_____". Il a d'abord contesté avoir vu ou reçu la vidéo signalée par le NCMEC. Il a ensuite déclaré qu'il l'avait peut-être reçue de son ami E_____ mais n'avait pas le souvenir de l'avoir transférée à des tiers. A cet égard, il a indiqué n'avoir aucune attirance sexuelle envers des mineurs. Il lui arrivait de faire suivre des vidéos pornographiques mettant en scène des adultes à E_____. Confronté à la découverte d'une vidéo d'un homme exhibant une tête décapitée dans les messages de son téléphone, il a d'abord expliqué qu'il ignorait tout de cette vidéo avant d'affirmer : "*Ah maintenant je m'en souviens. Je l'ai reçue sur Messenger ou sur Whatsapp*". Il s'agissait d'une vidéo tournée au _____ dans le contexte de litiges familiaux. Il a précisé que le commentateur de la vidéo appellait à agir de la sorte, en disant "*partagez mes frères, partagez*", sous forme de mise en garde. Il a enfin déclaré qu'il était possible qu'il ait transmis les vidéos litigieuses à des tiers, notamment à son épouse, dans le but de les alerter au sujet des "*choses horribles qui se passent au pays*".

Les phrases "*j'ai pris connaissance de mes droits et je ne souhaite pas la présence d'un avocat. Je suis d'accord de m'exprimer hors de la présence d'un avocat*" figurent dans le procès-verbal d'audition signé par X_____.

e) Le 20 janvier 2023, le Ministère public a rendu une ordonnance de nomination d'avocat d'office en faveur de X_____, fondée sur l'art. 132 al. 1 let. a ch. 1 CPP.

f) Entendu le 14 mars 2023 par le Ministère public, X_____ a en partie confirmé ses déclarations à la police. L'adresse email "F_____@hotmail.com" liée au compte Facebook était l'une de ses anciennes boîtes mail. Son épouse avait utilisé son compte Facebook. Il n'était toutefois pas possible qu'elle ait partagé cette vidéo. Il a déclaré qu'il n'avait jamais vu les images qui lui avaient été présentées par la police, avant d'ajouter qu'il avait peut-être reçu la vidéo signalée par le NCMEC, mais il ne s'en souvenait pas. Il était toutefois persuadé de ne pas l'avoir partagée. Les images en question suscitaient

en lui du dégoût. S'agissant de la vidéo de la décapitation, il n'avait pas le souvenir de l'avoir reçue.

g) Le 7 décembre 2023, le Conseil de X_____ a déposé un chargé de pièces, contenant notamment un communiqué du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) du 8 septembre 2020 afférent à l'absence de conformité du bouclier de protection des données Suisse-Etats-Unis (art. 6 al. 1 de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD; RS 235.1)).

C. L'audience de jugement s'est tenue le 11 décembre 2023. A l'ouverture des débats, le Tribunal a rejeté les questions préjudicielles soulevées par le Conseil de X_____. Le Tribunal a ensuite procédé à l'audition du prévenu, lequel a contesté les faits qui lui sont reprochés et indiqué qu'il ne savait pas comment la vidéo de représentation de la violence était arrivée sur son téléphone. Il lui arrivait de recevoir des messages dont il ignorait le contenu, étant précisé que les fichiers pouvaient se télécharger automatiquement sur son téléphone. Il n'avait toutefois pas conscience que conserver une vidéo de ce type constituait une infraction pénale. S'agissant de la vidéo de pédopornographie, les images suscitaient en lui du dégoût. Son compte Facebook avait été bloqué par la police.

D. X_____ est né le _____ 1975 en Côte d'Ivoire, pays dont il a la nationalité. Il est arrivé en Suisse en 2010 et est bénéficiaire d'un permis F depuis 2012. Il est marié et père de trois enfants mineurs. Il a indiqué avoir eu des emplois non déclarés en tant qu'aide-cuisinier ou livreur avant de faire un AVC en 2012. Depuis lors, il percevait des prestations de l'Hospice général à hauteur d'environ CHF 1'353.-. Son loyer et son assurance-maladie étaient également pris en charge par l'Hospice général. Il a suivi une formation à l'IFAGE en informatique et effectué une autre formation en comptabilité. Il avait des dettes à hauteur de CHF 42'560.75.

Le prévenu n'a pas d'antécédent judiciaire en Suisse.

EN DROIT

1. *Questions préjudicielles*

1.1. A l'ouverture des débats, le Conseil du prévenu a soulevé des questions préjudicielles en invoquant une violation des articles 130 et 131 CPP, ainsi qu'une inexploitabilité du procès-verbal de l'audition du prévenu à la police au motif que ce dernier avait été entendu alors qu'il n'était pas assisté d'un avocat et qu'il s'agissait d'un cas de défense obligatoire. Il s'est également prévalu du caractère inexploitable du rapport CyberTipline 1_____ du 1er septembre 2022. Il a ainsi conclu au retrait du procès-verbal d'audition à la police du 9 décembre 2022, du rapport d'arrestation du 9 décembre 2022, du rapport de la FEDPOL ainsi que du CD-ROM annexé audit rapport, figurant à la procédure. Il a en outre conclu au retrait du rapport d'analyse du téléphone portable du prévenu figurant en annexe au rapport d'arrestation du 9 décembre 2022 ainsi que du procès-verbal d'audition au

Ministère public du 14 mars 2023, subsidiairement à ce qu'il soit procédé à une demande d'avis juridique à l'Institut de droit comparé à Lausanne.

1.2. Le Tribunal a rejeté toutes les questions préjudicielles du prévenu lors de l'audience pour les motifs suivants :

1.2.1. La défense est obligatoire lorsque le prévenu, notamment, encourt une peine privative de liberté de plus d'un an ou une expulsion (art. 130 let. b CPP). Dans ce cas, la direction pourvoit à ce que le prévenu soit assisté d'un défenseur (art. 131 al. 1 CPP).

L'expulsion visée est exclusivement celle régie par l'article 66a CP, les retombées de droit des étrangers d'une éventuelle condamnation pénale n'étant pas prises en considération. L'expulsion est en principe toujours "encourue" lorsque le prévenu étranger est poursuivi pour des infractions entraînant l'expulsion obligatoire. Le catalogue d'infractions dressé par l'article 66a al. 1 CP est dès lors également celui des infractions qui donnent lieu à une défense obligatoire lorsque le prévenu est étranger. La Conférence suisse des procureurs considère cependant que lorsque le Ministère public estime d'emblée que les conditions de la clause de rigueur de l'article 66a al. 2 CP sont remplies et qu'il ne sollicitera dès lors pas l'expulsion, le cas de défense obligatoire n'est pas réalisé (HARARI/JAKOB/SANTAMARIA, in : CR CPP, 2e éd., n. 24 ad art. 130).

Si les conditions requises pour la défense obligatoire sont remplies lors de l'ouverture de la procédure préliminaire, la défense doit être mise en œuvre après la première audition par le ministère public et, en tout état de cause, avant l'ouverture de l'instruction (art. 131 al. 2 CPP).

Les preuves administrées avant qu'un défenseur ait été désigné, alors même que la nécessité d'une défense aurait dû être reconnue, ne sont exploitables qu'à condition que le prévenu renonce à en répéter l'administration (art. 131 al. 3 CPP).

1.2.2. En l'espèce, le prévenu a été entendu par la police sur mandat d'investigation du Ministère public après que l'autorité pénale avait préalablement rendu une ordonnance d'ouverture d'instruction pénale (art. 309 al. 3 CPP). Il convient de relever que l'intéressé se trouvait lors de cette audition dans un cas de défense obligatoire, dès lors qu'il est poursuivi pour une infraction entraînant l'expulsion obligatoire (art. 66a al. 1 let. h CP). Le prévenu a bien été informé de son droit à un avocat mais il a renoncé à la présence d'un avocat pour son audition à la police. Toutefois, lorsque l'audition se déroule alors qu'une ordonnance d'ouverture d'instruction a été rendue (art. 309 al. 3 CPP) et qu'un cas de défense obligatoire est identifiable, l'art. 131 al. 3 CPP rend en principe inexploitable l'audition du prévenu sans un défenseur, sauf si le prévenu renonce à la répétition de l'audition. A cet égard, il sied de constater que le prévenu a ensuite été pourvu d'un défenseur dès sa première audition devant le Ministère public lors de laquelle il a en partie confirmé ses dires en déclarant qu'il avait peut-être reçu la vidéo signalée par le NCMEC. Au demeurant, son Conseil n'a soulevé aucune réserve ou remarque au moment de cette audition. Ainsi, le prévenu a partiellement ratifié ses déclarations faites lors de sa première audition et a renoncé à ce que son audition de police soit répétée.

Les droits de procédure n'ont dès lors pas été violés et la preuve est exploitable (art. 139ss CPP). Le procès-verbal de l'audition du prévenu à la police n'a pas à être retiré du dossier.

1.3.1. L'art. 141 CPP règle la question de l'exploitation des moyens de preuve obtenus illégalement. En application de l'art. 141 al. 2 CPP, les preuves qui ont été administrées d'une manière illicite ou en violation de règles de validité par les autorités pénales ne sont pas exploitables, à moins que leur exploitation soit indispensable pour élucider des infractions graves. Si un moyen de preuve est recueilli grâce à une preuve non exploitable au sens de l'al. 2, il n'est pas exploitable lorsqu'il n'aurait pas pu être recueilli sans l'administration de la première preuve (art. 141 al. 4 CPP). Les pièces relatives aux moyens de preuves non exploitables doivent être retirées du dossier pénal, conservées à part jusqu'à la clôture définitive de la procédure, puis détruites (art. 141 al. 5 CPP).

Une preuve illicite au sens de l'art. 141 al. 2 CPP est en principe inexploitable. Toutefois, elle peut exceptionnellement être exploitée pour autant qu'elle soit indispensable à l'élucidation d'une infraction grave, soit généralement un crime au sens de l'art. 10 al. 2 CP et qu'une pesée entre l'intérêt public de la justice, d'une part, et l'intérêt privé protégé par la norme enfreinte, d'autre part, révèle une prépondérance du premier sur le second (JEANNERET/KHUN, Précis de procédure pénale, 2ème éd. N 9007, p. 240 et les références citées).

S'agissant de la nécessité d'élucider une infraction grave, la doctrine considère que la commission d'un délit, tout particulièrement de l'un des délits listés à l'art. 269 al. 2 CPP pouvant justifier la surveillance de la correspondance tel que la pornographie infantile réprimée à l'art. 197 CP, peuvent également constituer des "infractions graves" au sens de l'art. 141 al. 2 CPP, rendant en principe la preuve exploitable (SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung Praxiskommentar, 2ème éd. N 8 ad art. 141 CPP).

Quant à la pesée des intérêts en présence, la jurisprudence considère que plus l'infraction à élucider est grave, plus l'intérêt public à la manifestation de la vérité l'emporte sur l'intérêt du prévenu à ce que le moyen de preuve litigieux soit jugé inexploitable (ATF 137 I 218 consid. 2.3.4 p. 223; 131 I 272 consid. 4.1.2 p. 279; 130 I 126 consid. 3.2 p. 132; arrêts 6B_490/2013 du 14 octobre 2013 consid. 2.4.1; 6B_323/2013 précité consid. 3.4).

1.3.2. L'art. 141 al. 2 CPP s'applique par analogie en présence de preuves recueillies non pas par une autorité pénale (art. 12 s. CPP), mais par une partie (TF 6B_323/2013 du 3 juin 2013 consid. 3.4; SCHMID/JOSITSCH, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3e éd., n° 3 ad art. 141 CPP).

La loi pénale ne règle pas, de manière explicite, la situation dans laquelle de telles preuves ont été recueillies non par l'Etat mais par un particulier. Selon la jurisprudence, ces preuves ne sont exploitables que si, d'une part, elles auraient pu être recueillies licitement par les autorités pénales et si, d'autre part, une pesée des intérêts en présence plaide pour une exploitabilité (ATF 147 IV 16 consid. 1.1 et les références citées). Dans le cadre de

cette pesée des intérêts, il convient d'appliquer les mêmes critères que ceux prévalant en matière d'administration des preuves par les autorités. Les moyens de preuve ne sont ainsi exploitables que s'ils sont indispensables pour élucider des infractions graves (ATF 147 IV 16 consid. 1.1; 147 IV 9 consid. 1.3.1; 146 IV 226 consid. 2).

1.3.3. Sont notamment susceptibles d'être qualifiées d'illicites les preuves résultant d'une violation de la LPD ou du Code civil. Les preuves récoltées de manière licite par des particuliers sont exploitables sans restriction (ATF 147 IV 16 consid. 1.2 et les références citées). Plus particulièrement, la LPD vise à protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes physiques dont les données personnelles font l'objet d'un traitement (art. 1 LPD). Le droit de la protection des données complète et concrétise la protection de la personnalité déjà assurée par le Code civil (en particulier l'art. 28 CC). Les personnes privées ou les entreprises de droit privé qui traitent des données personnelles sont soumises à la législation sur la protection des données (art. 2 al. 1 LPD).

Selon l'art. 4 LPD, le traitement doit être effectué conformément aux principes de la bonne foi et de la proportionnalité (al. 2). La collecte de données personnelles, et en particulier les finalités du traitement, doivent par ailleurs être reconnaissables pour la personne concernée (al. 4). La violation de ces principes constitue une atteinte à la personnalité (art. 12 al. 2 let. a LPD), laquelle sera considérée comme illicite à moins d'être justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi (art. 13 al. 1 LPD) (ATF 138 II 346 consid. 8 p. 358 et les arrêts cités).

1.3.4. Dans le cas d'espèce, le fait que la procédure pénale n'aurait pas pu être engagée et que le prévenu n'aurait pas pu être identifié sans le système de signalement en ligne CyberTipline établi par un organisme privé est évident. La question de son exploitabilité doit dès lors se poser.

Aux Etats-Unis, tous les fournisseurs d'accès ont l'obligation de signaler les contenus suspects (18 U.S.C. § 2258A(a)(1), "*an electronic service provider is required to provide a report of any apparent child pornography to NCMEC's CyberTipline. This report may include information about the individual, historical reference, geographic location, and any images*", disponible à l'adresse suivante : https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/2258A, consulté le 4 mars 2024). Ces signalements parviennent au NCMEC, qui transmet les rapports CyberTipline à la FEDPOL. Cette dernière examine les rapports et, en cas de soupçon d'infraction, les transmet à la police cantonale compétente, qui engage une procédure pénale (*cf.* Conseil fédéral, Mesures pour lutter contre la violence sexuelle à l'égard des enfants sur Internet et la diffusion en temps réel de pornographie infantile, 8 décembre 2023 ; https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/85137.pdf, consulté le 4 mars 2024).

Dans le domaine de la pornographie infantile, un domaine particulièrement sensible en ce qui concerne le risque de porter atteinte à la réputation d'autrui, le partage de données par la société Facebook peut porter atteinte à la sphère privée et personnelle de l'utilisateur

individuel. Se pose dès lors la question du consentement de l'utilisateur. Il est notoire que chaque utilisateur doit se déclarer expressément d'accord avec les règles définies par la société concernant la collecte, l'utilisation et la transmission de données à des tiers. Lors de la création d'un compte utilisateur, ces dispositions doivent être acceptées (*cf.* https://transparency.fb.com/fr-fr/policies/community-standards/child-sexual-exploitation-abuse-nudity/, consulté le 4 mars 2024). Il s'agit donc d'un consentement éclairé et volontaire de l'utilisateur. De ce fait, les informations à l'origine des soupçons à l'égard du prévenu ont été collectées par Facebook conformément à ses conditions d'utilisation, auxquelles la prévenu avait valablement consenti avant d'utiliser ce réseau social (*cf.* Kantonsgericht Schwyz, Arrêt du 25 octobre 2022, STK 2021 37, consid. 2, voir aussi Obergericht Soleure, Arrêt du 31 octobre 2022, STBER.2021.66, consid. 2.5-2.7).

Il existe ainsi des bases légales pour l'admissibilité tant de la collecte de données par Facebook que de la communication à la police cantonale via le NCMEC et la FEDPOL. C'est ce qui a été fait en l'espèce avec le rapport CyberTipline du 1er septembre 2022 et le rapport de la FEDPOL du 21 septembre 2022. Les investigations ont donc été menées conformément à la loi, de sorte que les rapports ne constituent pas des preuves illicites et peuvent être utilisés dans la procédure pénale (Kantonsgericht Schwyz, STK 2021 37, *op.cit.*, consid. 2b). Le fait que la NCMEC soit un organisme privé n'y change rien. Rien ne s'oppose à ce que cet organisme dénonce une infraction d'un utilisateur qui se trouve en Suisse.

Le rapport CyberTipline 1_____ du 1er septembre 2022 est donc en principe exploitable.

1.3.5. Par ailleurs, le rapport CyberTipline serait exploitable même s'il s'agissait d'une preuve illicite (*cf.* Kantonsgericht Schwyz, STK 2021 37, *op.cit.*, consid. 2c et Obergericht Zug, arrêt du 27 octobre 2023, C 2023 28, consid. 3.7.6). Il convient en effet d'examiner si le rapport était indispensable à l'élucidation d'une infraction grave telle qu'un crime et si la pesée entre l'intérêt public de la justice, d'une part, et l'intérêt du prévenu à préserver sa sphère privée révèle une prépondérance du premier sur le second (art. 141 al. 2 CPP).

L'art. 197 al. 4 2ème phrase CP protège l'intégrité sexuelle des enfants et des mineurs, un bien juridique élevé. L'infraction est punie d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Le législateur a nettement durci la sanction de cette disposition dans le cadre de la mise en œuvre de la Convention de Lanzarote au 1er juillet 2014 (*cf.* art. 197 ch. 3 aCP qui prévoyait une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire). Il a donc clairement exprimé qu'il considérait la diffusion de pornographie enfantine comme une infraction grave (*cf.* arrêts du Tribunal fédéral 1B_189/2018 du 2 mai 2018 consid. 3.3 et 6B_1297/2022 du 10 juillet 2023 consid. 1.5). De plus, la poursuite pénale de la pornographie enfantine est susceptible de justifier la surveillance de la correspondance au sens de l'art. 269 al. 2 CPP.

Ce type d'infraction doit ainsi être considéré comme une infraction grave au sens de l'art. 141 al. 2 CPP, de sorte que les conclusions du rapport CyberTipline ainsi que le rapport de la FEDPOL, y compris le CD-Rom annexé, sont exploitables dans le cas d'espèce.

2. *Culpabilité*

2.1. Le principe *in dubio pro reo*, qui découle de la présomption d'innocence garantie par l'art. 6 § 2 CEDH et, sur le plan interne, par l'art. 32 al. 1 Cst. et l'art. 10 CPP, concerne tant le fardeau de la preuve que l'appréciation des preuves.

2.2.1. Aux termes de l'art. 197 al. 4 CP, est punissable quiconque fabrique, importe, prend en dépôt, met en circulation, promeut, expose, offre, montre, rend accessible, met à disposition, acquiert, obtient par voie électronique ou d'une autre manière ou possède des écrits, des enregistrements sonores ou visuels, des images, d'autres objets ou des représentations pornographiques ayant notamment comme contenu des actes d'ordre sexuel non effectifs (1ère phrase) ou effectifs (2ème phrase) avec des mineurs.

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. En ce qui concerne la pornographie dure, la jurisprudence n'exige pas de l'auteur un dessein de la transmettre à autrui. Il suffit que l'auteur accomplisse un des comportements typiques prévu par la loi, même s'il n'agit qu'en vue de son usage personnel. Le dol éventuel suffit (DUPUIS/MOREILLON/PIGUET/BERGER/MAZOU/ RODIGARI (éds), Code pénal - Petit commentaire, 2ème éd., Bâle 2017, N39-41 ad art. 197 et les références citées).

2.2.2. Aux termes de l'art. 21 CP, quiconque ne sait ni ne peut savoir au moment d'agir que son comportement est illicite n'agit pas de manière coupable. Le juge atténue la peine si l'erreur était évitable.

L'erreur sur l'illicéité vise le cas où l'auteur agit en ayant connaissance de tous les éléments constitutifs de l'infraction, et donc avec intention, mais en croyant par erreur agir de façon licite.

Les conséquences pénales d'une erreur sur l'illicéité dépendent de son caractère évitable ou inévitable. L'auteur qui commet une erreur inévitable est non coupable et doit être acquitté (art. 21 1ère phrase CP). En revanche, l'erreur sera notamment considérée comme évitable lorsque l'auteur avait ou aurait dû avoir des doutes quant à l'illicéité de son comportement (ATF 121 IV 109 consid. 5) ou s'il a négligé de s'informer suffisamment alors qu'il savait qu'une réglementation juridique existait (ATF 120 IV 208 consid. 5b).

2.3. En l'espèce, il est établi par les éléments transmis par la NCMEC et la FEDPOL que la vidéo litigieuse mettant en scène deux jeunes garçons entretenant un rapport sexuel avec une jeune fille a été téléchargé le 8 juin 2020 à 17h33 et diffusé par l'utilisateur du compte Facebook "X_____" rattaché au numéro de téléphone 1_____ et à l'adresse email "F_____@hotmail.com", depuis l'adresse IP attribuée à X_____. Le prévenu a reconnu être le titulaire et l'utilisateur dudit compte.

A ces éléments solides l'incriminant directement dans son activité coupable, le prévenu a varié dans ses déclarations et a indiqué à la police qu'il avait peut-être reçu ladite vidéo de son ami E_____, tout en expliquant qu'il était possible qu'il l'ait transmise à des tiers, notamment à son épouse, dans le but de les alerter au sujet des "*choses horribles qui se passent au pays*", et ce sans appréhender l'illicéité de ses actes. Il a ensuite contesté l'avoir vue et partagée pour finalement ne plus se souvenir s'il l'avait reçue. Ses déclarations fluctuantes ébranlent la crédibilité de ses propos et n'emportent pas conviction.

Par ailleurs, le prévenu ne fait que formuler des hypothèses ne trouvant aucun ancrage dans le dossier de la procédure, de sorte à générer des doutes abstraits et théoriques. Plus particulièrement, le prévenu a allégué l'hypothèse de l'accès à son compte Facebook par son épouse tout en ajoutant ne pas croire qu'elle puise être l'auteur du transfert de la vidéo. Cette hypothèse n'est toutefois corroborée pas aucun élément du dossier.

L'absence d'autre matériel informatique à caractère pédopornographique dans son téléphone ou son ordinateur n'est pas non plus propre à disculper le prévenu pour l'envoi litigieux. Il n'est en effet pas rare que des individus sans aucune attirance pour la pédopornographie, visionnent ce type de vidéos, par curiosité malsaine, puis les transmettent à des tiers, à cette même fin.

Enfin, le prévenu a admis que son compte Facebook avait été bloqué. Ses explications selon lesquelles le blocage serait du fait de la police n'emportent pas la conviction du Tribunal dans la mesure où cette autorité n'a pas une telle prérogative. Il apparaît en outre pour le moins curieux que le prévenu ne s'est jamais interrogé sur les raisons du blocage de son compte ni n'a entrepris aucune démarche pour le réactiver.

Sous l'angle subjectif, le caractère pédopornographique de la vidéo en question est clairement visible et reconnaissable et le prévenu avait conscience de son caractère illicite lorsqu'il l'a diffusée à d'autres personnes, étant relevé qu'il a lui-même déclaré ne pas tolérer ce genre de vidéos.

Même à considérer que le prévenu aurait agi dans le seul but de faire part de son indignation à son épouse ou à son ami, une telle intention ne saurait conduire à retenir une erreur sur l'illicéité. En effet, le prévenu aurait dû au moins avoir des doutes quant à l'illicéité de son comportement en transmettant à des tiers une vidéo mettant en scène une relation sexuelle entre de très jeunes enfants.

Sur la base de l'ensemble de ces éléments, le Tribunal a acquis la conviction que le prévenu a détenu et partagé la vidéo litigieuse, mettant en scène des actes sexuels effectifs avec des mineurs. Par son comportement, il a contribué à la diffusion d'images pédopornographiques.

Partant, le prévenu sera reconnu coupable de pornographie, au sens de l'art. 197 al. 4 2ème phrase CP.

2.4.1. S'agissant de l'art. 135 CP, il sera précisé que les faits reprochés au prévenu s'étant déroulés avant l'entrée en vigueur du droit nouveau le 1er juillet 2023 et le nouveau droit ne lui étant pas plus favorable que l'ancien, c'est l'ancien droit qui demeure applicable (art. 2 CP).

2.4.2. Selon l'art. 135 al. 1 et al. 1bis aCP, celui qui aura fabriqué, importé ou pris en dépôt, mis en circulation, promu, exposé, offert, montré, rendu accessibles ou mis à disposition des enregistrements sonores ou visuels, des images, d'autres objets ou des représentations qui illustrent avec insistance des actes de cruauté envers des êtres humains ou des animaux portant gravement atteinte à la dignité humaine, sans présenter aucune valeur d'ordre culturel ou scientifique digne de protection, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire (al. 1). Celui qui aura acquis, obtenu par voie électronique ou d'une autre manière ou possédé des objets ou des représentations visées à l'al. 1, dans la mesure où ils illustrent des actes de violence contre des êtres humains ou des animaux, sera puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou de l'amende (al. 1bis).

Ce n'est pas la représentation de n'importe quel acte de violence – même anodin – qui doit être punie, mais uniquement celle susceptible d'exercer sur les observateurs des effets négatifs particuliers (CR-CP II, 2017, n° 46 ad art.135 CP).

2.4.3. La possession suppose objectivement la maîtrise physique, directe ou à tout le moins indirecte, sur une chose et subjectivement la volonté d'exercer cette maîtrise. La notion de possession correspond à celle utilisée généralement en droit pénal, notamment dans l'application de l'art. 139 CP (CR-CP II, op. cit., n° 30 ad art.135 CP). Par ailleurs, celui qui, consciemment, laisse des données interdites dans la mémoire-cache remplit l'élément constitutif de la possession, et ce même s'il n'y accède plus (CR-CP II, op. cit., n° 32 ad art.135 CP).

2.5. En l'espèce, le prévenu a sauvegardé une vidéo montrant un homme exhibant une tête fraichement décapitée. Ces images sont choquantes et révèlent un profond mépris de la vie humaine et de la souffrance physique et psychique endurée par la victime filmée. Les éléments constitutifs de l'art. 135 al. 1bis aCP sont ainsi réalisés.

Le prévenu a admis à la police qu'il avait reçu la vidéo sur Messenger ou Whatsapp, ajoutant qu'il était possible qu'il l'ait transmise à des tiers, soulignant que le commentaire de la vidéo appelait à agir de la sorte, et ce dans le but de dénoncer la situation en Afrique, avant de se rétracter devant le Ministère public et à l'audience de jugement, en expliquant qu'il ne savait pas comment une telle vidéo s'était retrouvée dans son téléphone portable. Ses dénégations ultérieures n'emportent pas conviction. En tout état, ses premières explications ne sauraient justifier son comportement, tel qu'expliqué supra (ch. 3.2). Il doit en assumer les conséquences, dès lors qu'il est interdit d'obtenir et de détenir des vidéos au contenu illicite.

Le prévenu ne pouvait qu'avoir conscience du caractère gravement attentatoire à la dignité humaine de ces représentations.

Le prévenu sera dès lors reconnu coupable de représentation de la violence, au sens de l'art. 135 al. 1bis aCP.

3. *Peine*

3.1.1. Aux termes de l'art. 47 CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur, en tenant compte des antécédents et de la situation personnelle de ce dernier ainsi que de 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).

3.1.2. Sauf disposition contraire, la peine pécuniaire est de trois jours-amende au moins et ne peut excéder 180 jours-amende. Le juge fixe leur nombre en fonction de la culpabilité de l'auteur (art. 34 al. 1 CP).

3.1.3. Le juge suspend en règle générale l'exécution d'une peine pécuniaire ou d'une peine privative de liberté de deux ans au plus lorsqu'une peine ferme ne paraît pas nécessaire pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits (art. 42 al. 1 CP).

Pour l'octroi du sursis, le juge doit poser un pronostic quant au comportement futur de l'auteur. La question de savoir si le sursis serait de nature à détourner l'accusé de commettre de nouvelles infractions doit être tranchée sur la base d'une appréciation d'ensemble, tenant compte des circonstances de l'infraction, des antécédents de l'auteur, de sa réputation et de sa situation personnelle au moment du jugement, notamment de l'état d'esprit qu'il manifeste. Le sursis est la règle dont on ne peut s'écarter qu'en présence d'un pronostic concrètement défavorable. Il prime en cas d'incertitude (ATF 134 IV 1).

3.2. En l'espèce, la faute du prévenu n'est pas légère. Par ses actes, il a contribué à propager des images interdites d'enfants exploités sexuellement et des images représentant de la violence. Les biens juridiques lésés relèvent de la dignité humaine, de la protection de la jeunesse et de l'intégrité sexuelles de trois jeunes mineurs, soit autant de biens précieux.

Le mobile du prévenu est égoïste et relève du mépris de la législation en vigueur par pure convenance personnelle.

Sa responsabilité est pleine et entière.

La période pénale est brève. Il s'est agi de deux actes isolés.

Sa situation personnelle ne justifie pas et n'explique pas ses actes.

Sa collaboration a été mauvaise durant l'instruction. Il a persisté à contester les faits retenus à son encontre après être revenu sur ses premières déclarations.

Sa prise de conscience est inexistante dans la mesure où il n'assume pas ses actes.

Il y a concours d'infractions, facteur aggravant justifiant l'augmentation de la peine dans une juste proportion.

Il n'a pas d'antécédent, facteur neutre sur la peine.

Au regard des éléments qui précèdent, une peine pécuniaire de 45 jours-amende sera prononcée. Le montant du jour-amende sera arrêté à CHF 30.- pour tenir compte de sa situation financière.

Il sera mis au bénéfice du sursis dont il remplit les conditions tant objectives que subjectives et le délai d'épreuve sera fixé à trois ans.

4. *Expulsion*

4.1.1. Selon l'art. 66a al. 1 let. h CP relatif à l'expulsion obligatoire, le juge expulse de Suisse l'étranger qui est condamné pour pornographie au sens de l'art. 197 al. 4 2ème phrase CP, quelle que soit la quotité de la peine prononcée à son encontre, pour une durée de cinq à quinze ans.

4.1.2. Le juge peut exceptionnellement renoncer à une expulsion lorsque celle-ci mettrait l'étranger dans une situation personnelle grave et que les intérêts publics à l'expulsion ne l'emportent pas sur l'intérêt privé de l'étranger à demeurer en Suisse. À cet égard, il tiendra compte de la situation particulière de l'étranger qui est né ou qui a grandi en Suisse (art. 66a al. 2 CP). Selon l'art. 66a al. 1 let. h CP, le juge expulse de Suisse l'étranger qui est condamné pour pornographie (art. 197, al. 4, 2ème phrase), quelle que soit la quotité de la peine prononcée à son encontre, pour une durée de cinq à quinze ans.

4.2. Dans le cas d'espèce, l'expulsion est obligatoire, sauf réalisation d'un cas de rigueur.

L'intérêt public à l'expulsion est important compte tenu de la nature de l'infraction. Il convient cependant de tenir compte du fait qu'il s'est agi d'un acte isolé, entraînant le prononcé d'une peine pécuniaire.

L'intérêt privé du prévenu à pouvoir demeurer en Suisse est également important. Le prévenu y est établi depuis environ 20 ans et dispose d'un permis F. Ses enfants mineurs résident avec lui en Suisse et il est socialement intégré, même s'il est au bénéfice de l'aide sociale Au regard de ces éléments, le Tribunal retiendra que l'intérêt public à l'expulsion du prévenu ne l'emporte pas sur son intérêt privé à pouvoir demeurer en Suisse.

Il sera ainsi renoncé à son expulsion en application de la clause de rigueur.

5. *Interdiction d'exercer une activité*

5.1.1. Selon l'art 123c Cst, accepté en votation populaire le 18 mai 2014 et entré en vigueur le même jour, quiconque est condamné pour avoir porté atteinte à l'intégrité sexuelle d'un enfant ou d'une personne dépendante est définitivement privé du droit d'exercer une activité professionnelle ou bénévole en contact avec des mineurs ou des personnes dépendantes.

5.1.2 Selon l'art. 67 al. 3 let. d ch. 2 CP, mettant en œuvre la disposition constitutionnelle précitée et entré en vigueur le 1er janvier 2019, s'il a été prononcé contre l'auteur une peine ou une mesure prévue aux art. 59 à 61, 63 ou 64 pour pornographie au sens de l'art. 197 al. 4 ou 5, si les objets ou représentations avaient comme contenu des actes d'ordre sexuel avec des mineurs, le juge lui interdit à vie l'exercice de toute activité professionnelle et de toute activité non professionnelle organisée impliquant des contacts réguliers avec des mineurs.

5.2. En l'espèce, les faits de pornographie ont comme contenu des actes d'ordre sexuel avec des mineurs. Les conditions légales en étant réalisées, une mesure d'interdiction à vie d'exercer toute activité professionnelle et toute activité non professionnelle organisée impliquant des contacts réguliers avec des mineurs sera prononcée à l'encontre X_____.

6. Le Tribunal ordonnera les confiscations, destructions et restitutions qui se justifient (art. 69 CP, 70 CP art. 267 al. 1 et 3 CPP).

7. L'indemnité due au conseil nommé d'office du prévenu sera fixée conformément à l'art. 135 CPP.

8. Vu le verdict condamnatoire prononcé à son encontre, le prévenu sera condamné aux frais de la procédure (art. 426 al. 1 CPP).

9. Vu l'annonce d'appel du prévenu à l'origine du présent jugement motivé, ce dernier sera condamné à un émolument complémentaire de jugement de CHF 600.- (art. 9 al. 2 du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale RTFMP; E 4.10.03).

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL DE POLICE

statuant contradictoirement :

Déclare X_____ coupable de pornographie (art. 197 al. 4 CP) et de représentation de la violence (art. 135 al. 1bis aCP).

Condamne X_____ à une peine pécuniaire de 45 jours-amende (art. 34 CP).

Fixe le montant du jour-amende à CHF 30.-.

Met X_____ au bénéfice du sursis et fixe la durée du délai d'épreuve à 3 ans (art. 42 et 44 CP).

Avertit X_____ que s'il devait commettre de nouvelles infractions durant le délai d'épreuve, le sursis pourrait être révoqué et la peine suspendue exécutée, cela sans préjudice d'une nouvelle peine (art. 44 al. 3 CP).

Renonce à ordonner l'expulsion de Suisse de X_____ (art. 66a al. 2 CP).

Interdit à X_____ d'exercer toute activité professionnelle et toute activité non professionnelle organisée impliquant des contacts réguliers avec des mineurs ou de toute activité comparable à vie (art. 67 al. 3 let. d ch. 2 CP).

Ordonne la confiscation et la destruction du téléphone portable figurant sous chiffre 1 de l'inventaire n° 38310120221209 (art. 69 CP).

Ordonne la restitution à X_____ de l'ordinateur figurant sous chiffre 2 de l'inventaire n° 38310120221209 (art. 267 al. 1 et 3 CPP).

Condamne X_____ aux frais de la procédure, qui s'élèvent à CHF 1'919.- (art. 426 al. 1 CPP).

Fixe à CHF 4'394.15 l'indemnité de procédure due à Me B_____, défenseur d'office de X_____ (art. 135 CPP).

Ordonne la communication du présent jugement aux autorités suivantes : Casier judiciaire suisse, Office fédéral de la police, Office cantonal de la population et des migrations, Service des contraventions (art. 81 al. 4 let. f CPP).

Informe les parties que, dans l'hypothèse où elles forment un recours à l'encontre du présent jugement ou en demandent la motivation écrite dans les dix jours qui suivent la notification du dispositif (art. 82 al. 2 CPP), l'émolument de jugement fixé sera en principe triplé, conformément à l'art. 9 al. 2 du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale (RTFMP; E 4.10.03).

La Greffière	La Présidente
Julie COTTIER	Limor DIWAN

Vu le jugement du 11 décembre 2023;

Vu l'annonce d'appel formée par X_____ par pli du 20 décembre 2023, reçu par le Tribunal pénal le 21 décembre 2023 (art. 82 al. 2 let. b CPP);

Vu l'art. 9 al. 2 du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale prévoyant, dans un tel cas, que l'émolument de jugement fixé est en principe triplé (RTFMP; E 4.10.03);

Attendu qu'il se justifie de mettre à la charge de X_____ un émolument complémentaire;

LE TRIBUNAL DE POLICE

Fixe l'émolument complémentaire de jugement à CHF 600.-.

Condamne X_____ à payer à l'Etat de Genève l'émolument complémentaire fixé à CHF 600.-.

La Greffière	La Présidente
Julie COTTIER	Limor DIWAN

Voies de recours

Les parties peuvent annoncer un appel contre le présent jugement, oralement pour mention au procès-verbal, ou par écrit au Tribunal pénal, rue des Chaudronniers 9, case postale 3715, CH-1211 Genève 3, dans le délai de 10 jours à compter de la communication du dispositif écrit du jugement (art. 398, 399 al. 1 et 384 let. a CPP).

Selon l'art. 399 al. 3 et 4 CPP, la partie qui annonce un appel adresse une déclaration écrite respectant les conditions légales à la Chambre pénale d'appel et de révision, Place du Bourg-de-Four 1, case postale 3108, CH-1211 Genève 3, dans les 20 jours à compter de la notification du jugement motivé.

Si le défenseur d'office ou le conseil juridique gratuit conteste également son indemnisation, il peut interjeter recours, écrit et motivé, dans le délai de 10 jours dès la notification du jugement motivé, à la Chambre pénale d'appel et de révision contre la décision fixant son indemnité (art. 396 al. 1 CPP).

L'appel ou le recours doit être remis au plus tard le dernier jour du délai à la juridiction compétente, à la Poste suisse, à une représentation consulaire ou diplomatique suisse ou, s'agissant de personnes détenues, à la direction de l'établissement carcéral (art. 91 al. 2 CPP).

Etat de frais

Frais du Ministère public	CHF	1510.00
Convocations devant le Tribunal	CHF	45.00
Frais postaux (convocation)	CHF	7.00
Emolument de jugement	CHF	300.00
Etat de frais	CHF	50.00
Frais postaux (notification)	CHF	7.00
Total	**CHF**	**1919.00**
		==========
Emolument de jugement complémentaire		600.00
		==========
Total des frais	CHF	2519.00

Indemnisation du défenseur d'office

Vu les art. 135 CPP et 16 RAJ et les directives y relatives ;

Bénéficiaire :	X_____
Avocat :	B_____
Etat de frais reçu le :	30 novembre 2023

Indemnité :	Fr.	3'150.00
Forfait 20 % :	Fr.	630.00
Déplacements :	Fr.	300.00
Sous-total :	*Fr.*	*4'080.00*
TVA :	Fr.	314.15
Débours :	Fr.	
Total :	Fr.	4'394.15

Observations :

- 15h45 admises* à Fr. 200.00/h = Fr. 3'150.–.
- Total : Fr. 3'150.– + forfait courriers/téléphones 20 % = Fr. 3'780.–
- 3 déplacements A/R à Fr. 100.– = Fr. 300.–
- TVA 7.7 % Fr. 314.15

* en application de l'art. 16 al.2 RAJ : réduction de 1h pour recherches juridique, le temps consacré aux recherches juridiques par l'avocat-e breveté-e n'est pas pris en charge par l'assistance juridique, s'agissant de la formation continue de l'avocat-e que l'État n'a pas à supporter, et 1h30 pour réponse, étude d'acte d'accusation et de mandat de comparution et lettre au TDP ne nécessitant pas d'investissement particulier en terme de travail juridique constituent des prestations incluses dans le forfait courriers/téléphones.

Etat de frais final :
Préparation de l'établissement de l'EF n'est pas prise en charge. Le temps de préparation consacré à l'audience a été admis à hauteur de 6h, recherches juridiques du 04.12 sont comprises dans le forfait, constitution du chargé de pièces également dans le forfait. Ajout du temps de l'audience de jugement de 2h45 + 1 déplacement.

Voie de recours si seule l'indemnisation est contestée

Le défenseur d'office peut interjeter recours, écrit et motivé, dans le délai de 10 jours, devant la Chambre pénale de recours contre la décision fixant son indemnité (art. 135 al. 3 let. a et 396 al. 1 CPP; art. 128 al. 1 LOJ).

Restitution de valeurs patrimoniales et/ou d'objets

Lorsque le présent jugement sera devenu définitif et exécutoire, il appartiendra à l'ayant-droit de s'adresser aux Services financiers du pouvoir judiciaire (finances.palais@justice.ge.ch et +41 22 327 63 20) afin d'obtenir la restitution de valeurs patrimoniales ou le paiement de l'indemnité allouée, ainsi que, sur rendez-vous, au Greffe des pièces à conviction (gpc@justice.ge.ch et +41 22 327 60 75) pour la restitution d'objets.

Notification à X_____, soit pour lui son Conseil
(par voie postale)

Notification au Ministère public
(par voie postale)