Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.147/2002 /hol

Séance du 21 août 2002
Cour de cassation pénale

Les juges fédéraux Schubarth, président,
Schneider, Wiprächtiger, Kolly et Karlen,
greffière Bendani.

X._____
recourant, représenté par Me François Boillat, avocat, place de la Gare 18, 2800 Delémont,

contre

Y._____
intimée, représentée par Me Alain Steullet, avocat, rue des Moulins 12, case postale 937, 2800 Delémont 1,
Procureur général du canton du Jura, Le Château, case postale 9, 2900 Porrentruy,

pornographie (art. 197 ch. 2 al. 1 CP); injure (art. 177 al. 1 CP)

(pourvoi en nullité contre l'arrêt de la Cour pénale du Tribunal cantonal du canton du Jura du 28 février 2002)

Faits:
A.
Le 20 février 2001, Y._____, cheffe du Bureau jurassien de l'égalité entre femmes et hommes (ci-après: BCF), a reçu un courrier électronique de Z._____, lui disant qu'elle s'était bien faite piéger et qu'il engagerait volontiers le genre de peintre qu'elle décrivait dans son message pour refaire la façade. Ne comprenant pas le sens de ce courrier, Y._____ a demandé des précisions à son expéditeur qui lui a alors transmis le message auquel il faisait allusion et dont le contenu est le suivant:

Bonjour à tous,
Nous nous appretons à lancer notre nouvelle campagne: Tous les métiers sont possibles, destinée aux jeunes filles en fin de scolarité. Afin de coller à la réalité du public cible, nous avons décidé d'utiliser le logiciel powerpoint afin de faire des animations qui seront disponibles sur le cd rom accompagnant la brochure. Ces présentations ont pour but de montrer que toute profession accessible à chacune en s'appuyant sur des exemples concrets. Nous pensons en effet que dans chaque profession, la femme peut remplir parfaitement sa tâche tout en apportant même souvent un plus.
De par votre profession ou votre réalité sociale, vous êtes en contact avec des jeunes filles de cet âge et vous pouvez peut être nous aider à mieux coller à la réalité.
Nous vous remettons donc la première présentation de la série en souhaitant de tout coeur que vous nous transmettiez vos impressions.
Nous vous remercions pour votre aide.
Y._____
Cheffe du BCF.

A ce message était joint un fichier électronique constitué de treize diapositives représentant une jeune femme habillée en peintre en bâtiments qui se dénude peu à peu.

Découvrant qu'on avait utilisé, à son insu, son adresse e-mail pour transmettre ce courrier, Y._____ a déposé

plainte pénale contre inconnu. L'enquête préliminaire a établi que l'auteur du message était X._____. Lors des interrogatoires, ce dernier a expliqué avoir reçu ce message du Bureau de la condition féminine. Trouvant cet envoi relativement drôle, il a décidé d'en faire profiter cinq de ses connaissances. Pour ce faire, il a remplacé l'adresse de l'expéditeur par celle de la plaignante, persuadé que ses amis se rendraient aisément compte qu'il s'agissait d'un canular et qu'ils seraient à même de l'identifier sans trop de problème. Il a encore précisé n'avoir eu aucune intention de nuire car, si tel avait été le cas, il lui aurait été facile de préserver son anonymat.
B.
Par jugement du 30 octobre 2001, le Juge pénal du Tribunal de première instance du canton du Jura a condamné X._____, pour pornographie (art. 197 ch. 2 al. 1 CP) et injure (art. 177 al. 1 CP), à une peine de 15 jours d'emprisonnement avec sursis pendant deux ans et au versement à la plaignante d'un franc symbolique à titre de réparation du tort moral.
C.
Statuant sur appel du condamné, la Cour pénale du Tribunal cantonal jurassien a confirmé, par arrêt du 28 février 2002, le jugement de première instance.
D.
X._____ forme un pourvoi en nullité au Tribunal fédéral. Invoquant une violation des art. 177 al. 1 et 197 ch. 2 al. 1 CP, il conclut à l'annulation de l'arrêt attaqué.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Saisie d'un pourvoi en nullité, qui ne peut être formé que pour violation du droit fédéral (art. 269 PPF), la Cour de cassation contrôle l'application de ce droit sur la base d'un état de fait définitivement arrêté par l'autorité cantonale (cf. art. 277bis et 273 al. 1 let. b PPF). Le raisonnement juridique doit donc être mené sur la base des faits retenus dans la décision attaquée, dont le recourant est irrecevable à s'écarter (ATF 124 IV 92 consid. 1, p. 93).
2.
Invoquant une violation de l'art. 197 ch. 2 al.1 CP, le recourant conteste que son message puisse être qualifié de pornographique et qu'il ait été offert à des personnes qui n'en voulaient pas.
2.1 L'art. 197 ch. 2 al. 1 CP sanctionne notamment le comportement de celui qui aura offert des objets ou des représentations pornographiques à une personne qui n'en voulait pas. Selon les textes allemand et italien, il suffit toutefois que la personne concernée ne les ait pas demandés: jemandem unaufgefordert anbietetët öffre ad una personna che non gliene ha fatto richiesta.

L'art. 197 CP parle de pornographie et n'emploie plus la notion d'obscénité à laquelle se réfère l'art. 204 aCP. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à cette dernière disposition, un objet ou un film est obscène lorsqu'il offense gravement la pudeur dans le domaine sexuel. Il importe à cet effet de prendre en considération les moeurs, les habitudes et le sens moral du citoyen suisse moyen, dont on veut croire qu'il n'est ni pudibond ni corrompu (ATF 117 IV 276 consid. 3b et c p. 278s.). Dès 1991, le Tribunal fédéral a interprété la notion d'obscénité à la lumière du nouvel art. 197 CP, ce dernier reflétant l'évolution des moeurs. Il a ainsi considéré que les objets relevant de la pornographie dure doivent toujours être qualifiés d'obscènes au sens de l'art. 204 aCP, tandis que les objets relevant de la pornographie douce ne doivent être considérés comme obscènes que s'ils sont accessibles à des personnes âgées de moins de 18 ans ou à des spectateurs n'ayant pas été préalablement rendus attentifs au caractère de l'objet (ATF 119 IV 145 consid. 2a p. 150; 117 IV 276 consid. 3 et 4 p. 277s.). Il ressort de cette jurisprudence que les notions de pornographie et d'obscénité ne sont pas identiques. En effet, des
représentations pornographiques douces, lesquelles ne portent pas nécessairement atteinte au sentiment de décence en matière sexuelle du citoyen moyen, ne peuvent être qualifiées d'obscènes lorsque le spectateur est informé de ce qu'il va voir et que la représentation est interdite aux moins de 18 ans (cf. ATF 119 IV 145 consid. 2a p. 150; 117 IV 276 consid. 3e p. 281s.).

La notion de pornographie que l'art. 197 CP substitue à celle d'obscénité de l'ancien droit a l'avantage d'exprimer clairement l'idée de publications ou de représentations à teneur sexuelle (FF 1985 II 1105). Cette notion reste toutefois une notion juridique indéterminée qui appelle une interprétation (Corboz, Les infractions en droit

suisse, volume I, Berne 2002, p. 811, n°12). En règle générale, il s'agira de représentations qui sortent un comportement sexuel du contexte des relations humaines qu'il implique normalement, le rendant ainsi vulgaire et importun. L'exemple typique de représentation pornographique est celle évoquant des pratiques sexuelles s'intensifiant progressivement pour se réduire à l'expression de la sexualité elle-même (FF 1985 II 1105). La jurisprudence considère notamment comme de la pornographie douce les cassettes enregistrées, décrivant et évoquant constamment, de manière insistante et en des termes crus, des pratiques sexuelles, l'excitation et l'orgasme (ATF 119 IV 145 consid. 2a p. 149). Entre dans la pornographie douce, ce qui réduit l'être humain à un objet d'assouvissement sexuel, dont on peut disposer de n'importe quelle façon, et qui en donne ainsi une image dégradante (ATF 117 IV 452 consid. 4c
p. 456). La représentation pornographique doit avoir pour but de provoquer une excitation sexuelle de la personne qui y est confrontée et insister exagérément sur les parties génitales dans le sens de la sexualité sans connotation humaine et émotionnelle (Rehberg/Schmidt, Strafrecht III, Zurich 1997, p. 415; Corboz, op. cit., p. 812, n°16).

L'art. 197 ch. 2 al. 1 CP n'exige pas que la victime soit scandalisée, choquée ou apeurée par la représentation pornographique. L'interdiction visée par cette disposition constitue un délit de mise en danger (cf. FF 1985 II 1106). Le bien juridique protégé est l'intérêt de tout individu à ne pas être confronté, contre son gré, à la pornographie. On ne saurait contraindre une personne à prendre connaissance de ces choses lorsqu'elle ne le souhaite pas (Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, Berne 1995, p. 181s., n°13; Jenny, in Martin Schubarth/Guido Jenny/Peter Albrecht, Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Band: Delikte gegen die sexuelle Integrität und gegen die Familie, Berne 1997, p. 121, n°19s).

Concernant la remise de représentations pornographiques à une personne qui ne l'a pas sollicitée, le législateur a songé à l'envoi par la poste, sans commande préalable, d'images ou de matériel pornographiques (FF 1985 II 1107). Le fait d'offrir à quelqu'un une représentation pornographique désigne le fait de lui proposer d'en prendre connaissance, sans toutefois la rendre perceptible immédiatement. Peu importe sous quelle forme la représentation est offerte (Jean-Christophe Calmes, La pornographie et les représentations de la violence en droit pénal, Etudes des articles 197 et 135 du Code pénal suisse, Bâle 1997, p. 209s.; Laurent Moreillon, Répression de la cyberpornographie en droit suisse, français, allemand et anglais, in Droit de l'informatique et des télécoms, 1997, n°3, p. 17ss). Il ne suffit cependant pas d'offrir la possibilité d'accéder à de la pornographie, il faut encore que la personne y soit directement confrontée, indépendamment de sa volonté (Stratenwerth, op. cit., p. 181, n°13; Corboz, op. cit., p. 818, n°48; Jenny, op. cit., p. 121, n°20; Ursula Cassani, Les représentations illicites du sexe et de la violence, in RPS 1999, p. 436s.). Des représentations relevant de la pornographie douce proposées à des
personnes ayant plus de 16 ans ne tombent donc pas sous le coup de la loi si elles sont annoncées en tant que telles et que le spectateur est par conséquent averti et préparé à ce genre de spectacle (cf. art. 197 ch. 2 al. 2 CP). Elles doivent en revanche, dans tous les cas, être interdites si l'on peut admettre qu'un cercle indéterminé - même restreint - de personnes ne s'attend pas au spectacle qui lui est offert (FF 1985 II 1107; ATF 117 IV 463, consid. 3 p. 465s., 457 consid. 2b p. 461, 276 consid. 3d et e p. 281s.). Ainsi, n'agit pas de manière illicite celui qui peut se prévaloir de l'accord des destinataires. La notion de consentement implique qu'avant d'accepter, il soit possible de s'opposer, ce qui est exclu en cas de confrontation inopinée ou de contrainte physique. La punissabilité n'est donc exclue que si le contenu de la représentation n'est pas perceptible spontanément et que le destinataire reçoit un avis au sujet du caractère pornographique de la représentation (Jenny, op. cit., art. 197, p. 121 n°19s.; Calmes, op. cit., p. 238ss).
2.2 Invoquant la jurisprudence relative à l'art. 204 aCP, le recourant conteste le caractère pornographique de son envoi, l'atteinte portée à la décence ne pouvant être qualifiée de grave au sens de la jurisprudence précitée.

Le recourant oublie que la notion de pornographie n'équivaut pas à celle d'obscénité et doit par conséquent recevoir une interprétation distincte de celle retenue par la jurisprudence en application de l'art. 204 aCP. En effet, si toute représentation de pornographie dure doit être qualifiée d'obscène, il en va différemment de la pornographie douce, laquelle ne porte pas nécessairement atteinte au sentiment de décence en matière sexuelle. Dès lors, peu importe que le contenu du diaporama soit ẗranc de toute déviance ̈ou ne contienne pas d'actes

heurtant gravement la pudeur du citoyen moyen. Selon l'arrêt attaqué, les photographies accompagnant le message expédié par le recourant représentent une jeune femme habillée en peintre en bâtiments qui se dénude peu à peu pour aboutir à une exhibition de sa poitrine et de son sexe, n'ayant d'autre but que de provoquer une excitation sexuelle, compte tenu des poses et des gestes insistant exagérément sur le domaine génital. Une telle représentation, par les gestes et poses insistant de manière crue sur les parties génitales, son caractère vulgaire et primitif et son aspect sexuel inopportun, constitue de la pornographie douce, laquelle reste punissable aux conditions visées par l'art. 197
ch. 2 al. 1 CP. Partant, la cour cantonale n'a pas violé le droit fédéral en interprétant la notion de pornographie de manière différente de l'obscénité et en qualifiant de pornographique le document expédié par le recourant.
2.3 Le recourant conteste que les destinataires aient été effectivement atteints dans leur pudeur et affirme que ces personnes avaient la possibilité de s'opposer à la représentation.

L'art. 197 ch. 2 al. 1 CP réprimant une infraction de mise en danger, il importe peu que les destinataires du message aient été ou non heurtés par le contenu de ce dernier.

Le recourant soutient vainement qu'en raison du temps séparant les deux premières diapositives de celles plus explicites qui suivent et de la possibilité d'interrompre instantanément le cours de la présentation, les destinataires n'ont pas été confrontés de manière inopinée à de la pornographie. Il est inutile de faire une distinction entre les deux premières diapositives et les suivantes. En effet, comme le recourant l'admet lui-même, le diaporama contient treize diapositives qui défilent automatiquement et sans interruption. Ainsi, dès l'instant où les destinataires ouvrent l'application, les images s'interposent à eux indépendamment de leur volonté et d'une quelconque intervention de leur part. Au surplus, il est manifeste qu'avant de détourner le regard ou d'interrompre le programme, la personne doit déjà avoir pris connaissance du genre et du contenu de la représentation de sorte que l'infraction est déjà réalisée à ce moment là. Partant, la cour cantonale n'a pas violé le droit fédéral en retenant que les destinataires ont été confrontés de manière inopinée aux images pornographiques.
2.4 En conclusion, la condamnation du recourant en vertu de l'art. 197 ch. 2 al. 1 CP ne viole pas le droit fédéral.
3.
Le recourant invoque une violation de l'art. 177 ch. 1 CP, contestant que le message expédié atteigne le degré de gravité nécessaire pour qu'il y ait injure et que l'aspect subjectif de l'infraction soit réalisé.
3.1 L'art. 173 ch. 1 CP réprime le comportement de celui qui, en s'adressant à un tiers, aura accusé une personne ou jeté sur elle le soupçon de tenir une conduite contraire à l'honneur, ou de tout autre fait propre à porter atteinte à sa considération, ou aura propagé une telle accusation ou un tel soupçon. La calomnie (art. 174 CP) est une forme qualifiée de diffamation (art. 173 CP), dont elle se distingue en ceci que les allégations attentatoires à l'honneur sont fausses, que l'auteur doit avoir eu connaissance de la fausseté de ses allégations et qu'il n'y a dès lors pas place pour les preuves libératoires prévues dans le cas de la diffamation (Stratenwerth, op. cit., p. 213 n°54ss; Schubarth, Kommentar, zum schweizerischen Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Band: Delikte gegen die Ehre, den Geheim- oder Privatbereich und gegen die Freiheit, Berne 1984, p. 52 n°1ss; Corboz, op. cit., p. 570, n°1ss). L'art. 177 CP punit celui qui, de toute autre manière, aura, par la parole, l'écriture, l'image, le geste ou par des voies de fait, attaqué autrui dans son honneur. Cette dernière infraction est subsidiaire par rapport à la diffamation (art. 173 CP) ou à la calomnie (art. 174 CP) (Corboz, op.cit., p. 579, n°1).

L'honneur protégé par ces dispositions est le droit de chacun de ne pas être considéré comme une personne méprisable (ATF 117 IV 27 consid. 2c p. 28s). Selon la jurisprudence, les art. 173ss CP ne protègent que l'honneur personnel, la réputation et le sentiment d'être un homme honorable, de se comporter, en d'autres termes, comme un homme digne a coutume de le faire selon les idées généralement reçues; échappent à ces dispositions les déclarations qui sont propres seulement à ternir de quelque autre manière la réputation dont jouit quelqu'un dans son entourage ou à ébranler sa confiance en lui-même: ainsi en va-t-il des critiques qui visent comme tel l'homme de métier, l'artiste ou le politicien (ATF 119 IV 44 consid. 2a p. 47; 117 IV 27 consid. 2c p. 28s.; 116 IV 205 consid. 2 p. 206s.). L'honneur protégé par le droit pénal doit être conçu de façon générale comme un droit au respect, qui est lésé par toute assertion propre à exposer la personne visée au mépris en sa qualité d'homme (ATF 117 IV 27 consid. 2c p. 28ss et les arrêts cités). Pour déterminer si une déclaration

est attentatoire à l'honneur, il faut procéder à une interprétation objective selon le sens qu'un auditeur ou un lecteur non prévenu devait, dans les
circonstances données, lui attribuer (ATF 119 IV 44 consid. 2a p. 47; 117 IV 27 consid. 2c p. 29s. et les arrêts cités).

Alors que la diffamation (art. 173 CP) ou la calomnie (art. 174 CP) supposent une allégation de fait, un jugement de valeur, adressé à des tiers ou à la victime, peut constituer une injure au sens de l'art. 177 CP. Pour distinguer l'allégation de fait du jugement de valeur, il faut se demander, en fonction des circonstances, si les termes litigieux ont un rapport reconnaissable avec un fait ou sont employés pour exprimer le mépris. La notion de jugement de valeur doit être comprise dans un sens large; il s'agit d'une manifestation directe de mésestime ou de mépris, au moyen de mots blessants, de gestes ou de voies de fait. L'honneur protégé correspond alors à un droit au respect formel, ce qui conduit à la répression des injures dites formelles, tels l'expression outrageante, des termes de mépris ou des invectives (ATF 128 IV 53 consid. I/A/1/f/aa, p. 61 et les références citées).
3.2 D'après les constatations cantonales, le recourant a adressé à cinq de ses connaissances un courrier électronique à caractère pornographique signé du nom de l'intimée et indiquant la qualité de cheffe du BCF de cette dernière.

L'association de ces éléments et, plus particulièrement, le fait de désigner l'intimée comme l'expéditrice d'un message à caractère pornographique, porte atteinte à son respect et à sa considération et constitue une marque de mépris excédant ce qui est socialement acceptable. Le comportement du recourant est dès lors attentatoire à l'honneur de l'intimée.

Par son envoi et la signature usitée, le recourant a laissé croire aux destinataires du message que l'intimée propageait des images pornographiques par le biais d'internet. L'envoi litigieux concerne la conduite de l'intimée et ne constitue pas une simple injure formelle. Au demeurant, le recourant n'a pas simplement formulé une grossièreté. Il s'agit par conséquent d'une allégation de fait. Dans la mesure où le message pornographique a été communiqué à des tiers et que le recourant connaissait la fausseté de ses allégations, les juges cantonaux auraient dû envisager la qualification de calomnie (art. 174 CP), plutôt que celle d'injure (art. 177 CP). Toutefois, compte tenu de l'interdiction de la reformatio in pejus, il n'y a plus à discuter du bien-fondé de l'application de l'art. 177 CP.
3.3 Le contenu de la conscience et de la volonté relève du fait; les constatations de l'autorité cantonale à cet égard lient donc la Cour de cassation saisie d'un pourvoi en nullité (ATF 121 IV 185 consid. 2a p. 188s.; 120 IV 117 consid. 2a p.118s.). L'arrêt attaqué retient que le recourant n'ignorait pas qu'il portait atteinte à l'honneur de la plaignante et qu'il l'acceptait. Autant que le recourant le conteste dans son pourvoi, sa critique est irrecevable (cf. supra, consid. 1). L'arrêt attaqué ne viole donc pas le droit fédéral en admettant que l'élément intentionnel est réalisé.

Les conditions de l'art. 177 CP étant réalisées, la condamnation du recourant pour injure n'est pas contraire au droit fédéral.

4.
Le pourvoi doit ainsi être rejeté, dans la mesure où il est recevable. Le recourant, qui succombe, supportera les frais (art. 278 al. 1 PPF).

Il n'y a pas lieu d'allouer d'indemnité à l'intimée, qui n'a pas eu à intervenir dans la procédure devant le Tribunal fédéral.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le pourvoi est rejeté dans la mesure où il est recevable.
2.
Un émolument judiciaire de 2000 francs est mis à la charge du recourant.

3.
Le présent arrêt est communiqué en copie aux mandataires des parties, au Procureur général du canton du Jura et à la Cour pénale du Tribunal cantonal du canton du Jura.
Lausanne, le 21 août 2002
Au nom de la Cour de cassation pénale
du Tribunal fédéral suisse

Le président: La greffière: