Urteilskopf

128 IV 260

40. Extrait de l'arrêt de la Cour de cassation pénale dans la cause X. contre Procureur général du canton du Jura et Y. (pourvoi en nullité) 6S.147/2002 du 21 août 2002

Regeste (de):
Art. 197 Ziff. 2 Abs. 1 StGB; unaufgefordertes Anbieten pornographischer Gegenstände oder Vorführungen.

Begriff der pornographischen Vorführungen (E. 2.1).

Unaufgefordertes Anbieten pornographischer Vorführungen liegt vor, wenn die Person damit unvermutet und ohne ihren Willen direkt konfrontiert wird (E. 2.1).

Regeste (fr):
Art. 197 ch. 2 al. 1 CP; remise d'objets ou de représentations pornographiques à une personne qui n'en veut pas.

Notion de représentations pornographiques (consid. 2.1).

Il y a remise de représentations pornographiques à une personne qui n'en veut pas lorsqu'elle y est directement confrontée, de manière inopinée et indépendamment de sa volonté (consid. 2.1).

Regesto (it):
Art. 197 n. 2 cpv. 1 CP; offerta di oggetti o rappresentazioni pornografiche a una persona che non ne ha fatto richiesta.

Nozione di rappresentazioni pornografiche (consid. 2.1).

Vi è offerta di rappresentazioni pornografiche a una persona che non ne ha fatto richiesta quando quest'ultima vi si trova direttamente confrontata, in modo inaspettato e indipendente dalla sua volontà (consid. 2.1).

Sachverhalt ab Seite 260

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 fait 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.

BGE 128 IV 260 S. 261

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.

Erwägungen

Extrait des considérants:

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

BGE 128 IV 260 S. 262

les ait pas demandés: "jemandem unaufgefordert anbietet" et "offre ad una persona 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. 278 s.). 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; ATF 117 IV 276 consid. 3 et 4 p. 277 s.). 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; ATF 117 IV 276 consid. 3e p. 281 s.). 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, vol. 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. 181 s., n. 13; JENNY, in Martin Schubarth/Guido Jenny/Peter Albrecht, Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht, Besonderer Teil, vol. 4: Delikte gegen die sexuelle Integrität und gegen die Familie, Berne 1997, p. 121, n. 19 s.). 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. 209 s.; LAURENT MOREILLON, Répression de la cyberpornographie en droit suisse, français, allemand et anglais, in Droit de l'informatique et des télécoms, 1997, p. 17 ss n. 3). 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 117/1999 p. 436 s.). 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

BGE 128 IV 260 S. 264

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. 465 s., 457 consid. 2b p. 461, 276 consid. 3d et e p. 281 s.). 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 CP, p. 121 n. 19 s.; CALMES, op. cit., p. 238 ss).

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 "franc 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.

BGE 128 IV 260 S. 265

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'imposent 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. Dans cette mesure, son recours doit être rejeté.