

[AZA 0]
6S.134/2000/odi

COUR DE CASSATION PENALE

5 mai 2000

Composition de la Cour: M. Schubarth, Président,
Président du Tribunal fédéral, Mme Escher, Juge, et
Mme Brahier Franchetti, Juge suppléante.
Greffière: Mme Angéloz.

Statuant sur le pourvoi en nullité
formé par

M. _____, représenté par Me Bruno Kaufmann, avocat à Fribourg,

contre

l'arrêt rendu le 10 janvier 2000 par la Cour d'appel pénal du Tribunal cantonal fribourgeois dans la cause qui
oppose le recourant au Ministère public du canton de F r i b o u r g;

(importation de pornographie dure)

Vu les pièces du dossier, d'où ressortent
les faits suivants:

A.- M. _____ est responsable du sex-shop "P. _____" à Fribourg depuis le 2 décembre 1995. Auparavant, il avait déjà travaillé comme gérant d'un autre sex-shop, de sorte qu'il avait une certaine expérience de ce type de commerce. Depuis le mois de décembre 1995, il a commandé à plusieurs reprises, généralement à l'étranger, des cassettes pornographiques montrant des actes d'ordre sexuel avec des scènes d'urolagnie et de violence pour le sex-shop "P. _____". Ces cassettes ainsi que des revues pornographiques, destinées à la vente, étaient ensuite exposées dans le magasin.

M. _____ a fait l'objet de deux enquêtes pénales pour pornographie au sens de l'art. 197 ch. 3 CP. La première fois, suite à la saisie le 14 novembre 1996 par l'office de Chiasso de l'administration des douanes de 24 cassettes pornographiques, dont 12 contenaient des actes d'urolagnie et de violence, en provenance de Milan; cette enquête a entraîné une perquisition dans les locaux du sex-shop "P. _____" le 5 décembre 1996 et le séquestre de 5 cassettes comprenant des scènes d'urolagnie et de violence ainsi que de 5 revues pornographiques du même type; à cette occasion, M. _____ a appris de la police que son comportement était illicite, ce qui l'a surpris, car, alors qu'il travaillait pour son précédent employeur, il avait eu connaissance d'un jugement du Tribunal de police du district du Val-de-Travers qui concluait que les scènes d'urolagnie ne tombaient pas sous le coup de l'art. 197 CP; dès la date de la perquisition, il savait cependant parfaitement à quoi s'en tenir quant à l'illicéité en Suisse du commerce de cassettes et de revues pornographiques contenant des scènes d'urolagnie.

Une seconde enquête a été ouverte contre lui consécutivement à la saisie à l'aéroport de Genève, le 5 octobre 1998, de 75 cassettes de pornographie dure provenant de Hollande, commandées par le sex-shop "P. _____".

B.- Par jugement du 18 janvier 1999, le Tribunal pénal de l'arrondissement de la Sarine, qui a condamné M. _____ à 3 mois d'emprisonnement avec sursis pendant 2 ans pour infraction à la LStup, l'a libéré de la prévention de pornographie au sens de l'art. 197 ch. 3 CP.

Il a estimé que l'accusé s'était fondé de bonne foi sur deux documents susceptibles d'induire en erreur tout homme consciencieux, à savoir un jugement neuchâtelois du 27 juin 1994 et des directives peu claires du 29

novembre 1995 de la Direction de la justice, de la police et des affaires militaires du canton de Fribourg, lesquelles semblaient admettre la licéité des cassettes et des livres pornographiques contenant des scènes brutales, seule la publicité étant interdite; il a dès lors fait application de l'art. 20 CP, considérant que l'accusé avait des raisons suffisantes de se croire en droit de commercialiser des cassettes et des revues pornographiques qui contenaient des scènes d'urolagnie et de violence.

Sur appel du Ministère public, qu'elle a admis, la cour cantonale a reconnu M. _____ coupable de pornographie et l'a condamné, de ce chef et pour infraction à la LStup, à la peine de 3 mois d'emprisonnement avec sursis pendant 2 ans ainsi qu'à une amende de 500 francs.

Elle a considéré que l'on était en droit d'attendre de l'accusé, qui avait été dûment informé par la police en décembre 1996, qu'il s'informe de la législation applicable, de sorte que pour la deuxième commande de 1998, il ne pouvait plus se prévaloir d'une erreur de droit et devait donc être reconnu coupable de pornographie.

C.- M. _____ se pourvoit en nullité au Tribunal fédéral. Se plaignant d'une violation de l'art. 197 ch. 3 CP et, en relation avec cette disposition, des art. 20 et 18 CP, ainsi que d'une violation de l'art. 8 CC, il conclut à l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il le condamne pour pornographie. Il sollicite par ailleurs l'assistance judiciaire.

Considérant en droit :

1.- Invoquant une violation de l'art. 197 ch. 3 CP, le recourant conteste que l'importation de cassettes contenant des scènes d'urolagnie puisse tomber sous le coup de cette disposition.

a) Dans la mesure où le recourant remet en cause le contenu des cassettes séquestrées, il s'en prend aux constatations de fait cantonales, qui lient la Cour de céans (art. 277bis PPF) et qu'il est par conséquent irrecevable à rediscuter. Il est de même irrecevable à se plaindre de ce que l'autorité cantonale n'ait pas visionné les cassettes incriminées; la question n'est pas régie par l'art. 8 CC, qui s'applique en matière civile, mais relève de l'administration et de l'appréciation des preuves, qui ne peuvent être remises en cause dans un pourvoi en nullité (art. 269 PPF).

b) L'art. 197 ch. 3 CP sanctionne celui qui aura fabriqué, importé, pris en dépôt, mis en circulation, promu, exposé, offert, montré, rendu accessibles ou mis à la disposition des objets ou représentations visés au chiffre 1, ayant comme contenu des actes d'ordre sexuel avec des enfants, des animaux, des excréments humains ou comprenant des actes de violence.

La pornographie dure est décrite de manière exhaustive par cette disposition. Par excréments, on entend toute matière solide ou fluide évacuée du corps par les voies naturelles, en particulier les reins ou les intestins (cf. ATF 121 IV 128 consid. 2 et les références citées). Si le sang, la sueur, la salive, les larmes ou encore le sperme (cf. ATF 121 IV 128 précité) ne sont pas des excréments, l'urine en est un (cf. Ursula Cassani, Les représentations illicites du sexe et de la violence, in RPS 11 (1993) p. 432; Guido Jenny, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, vol. 4, art. 197 n°6; Trechsel, Kurzkommentar, 2ème éd. Zurich 1997, art. 197 n°12). Les motifs qui ont conduit le législateur à retenir ces éléments ne ressortent pas des travaux préparatoires; s'agissant notamment de l'urolagnie, soit un comportement sexuel déviant lié à une érotisation anormale des fonctions urinaires, on peut certes penser qu'il s'agit d'une pratique sexuelle perverse dont la représentation risque d'être contraire à l'esthétique et au bon goût, mais qui est néanmoins assez inoffensive (cf. Ursula Cassani, op. cit., p. 432); il reste que l'urine est un excrément humain, de sorte que les cassettes contenant des scènes d'urolagnie tombent sous le

coup de l'art. 197 ch. 3 CP. Il n'appartient pas au juge de s'écarter de la volonté ainsi exprimée par le législateur.

Le grief ne peut donc qu'être rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.- Le recourant conteste que l'élément subjectif de l'art. 197 ch. 3 CP soit réalisé en l'espèce. Il soutient qu'il lui était impossible de contrôler le contenu des cassettes vidéo commandées et qu'il a pris toutes les précautions que l'on pouvait attendre de lui en indiquant "no piss" sur les commandes et en ne s'adressant qu'à un

nombre restreint de fournisseurs.

Des faits retenus, dont il est irrecevable à s'écarter, il résulte que le recourant, en tant que professionnel du commerce de la pornographie, savait que la commande de cassettes pornographiques des séries Teemy Excess et Maximum Perversum auprès du fournisseur Scala comportait le risque qu'un certain nombre d'entre elles contiennent des scènes d'urolagnie, illégales en Suisse, quand bien même il mentionnait "ohne pissing" sur le bulletin de commande. Ce risque était élevé et concret; de plus, le recourant avait déjà été confronté précédemment à ce genre de problème en commandant des cassettes auprès de Scala. Ainsi, alors qu'il connaissait le risque d'enfreindre la loi pénale, le recourant a passé outre en continuant à commander des cassettes de pornographie dure auprès de la maison Scala. Il a donc accepté le risque d'importer des cassettes dont le contenu tombe sous le coup de l'art. 197 ch. 3 CP, de sorte qu'il pouvait être admis, sans violation du droit fédéral, qu'il avait à tout le moins agi par dol éventuel.

Le recourant objecte vainement qu'il n'avait pas l'intention de vendre les cassettes incriminées, dès lors que sa condamnation ne porte que sur leur importation, laquelle est déjà punissable selon l'art. 197 ch. 3 CP.

Dans la mesure où il prétend qu'il ne pouvait partir de l'idée que l'importation des cassettes contenant des scènes d'urolagnie était interdite, son argumentation, pour le moins surprenante puisqu'il inscrivait "no piss" sur ses commandes, sera examinée ci-après en rapport avec l'erreur de droit, également invoquée.

3.- Le recourant soutient qu'il a agi sous l'empire d'une erreur de droit au sens de l'art. 20 CP.

a) Autant qu'il voit une violation de cette disposition dans le fait que la cour cantonale ne l'aurait pas acquitté des faits ayant fait l'objet de la première enquête pour pornographie, sa critique tombe à faux. Il ressort clairement de l'arrêt attaqué que, s'agissant de ces faits, la cour cantonale a fait sien le raisonnement des premiers juges, qui ont acquitté le recourant sur ce point, le mettant au bénéfice de l'erreur de droit, et qu'elle n'a condamné celui-ci que pour les faits ayant fait l'objet de la seconde enquête, lesquels ont d'ailleurs seuls été pris en considération au stade de la motivation de la peine.

b) Selon le recourant, il aurait également dû être mis au bénéfice de l'erreur de droit pour la seconde commande de 1998; il se réfère au raisonnement des premiers juges, pour lesquels de simples déclarations d'agents de police au cours d'une perquisition ne suffisaient pas à faire douter de la licéité du comportement reproché au recourant.

aa) Déterminer ce que l'auteur d'une infraction a su, cru, voulu ou accepté et, en particulier, l'existence d'une erreur relève de l'établissement des faits (ATF 125 IV 49 consid. 2d p. 56 et les arrêts cités). La connaissance ou la prise de conscience par l'auteur du caractère illicite de son comportement relève donc du fait.

La conviction erronée qu'un comportement donné est licite constitue une erreur de droit au sens de l'art. 20 CP. La possibilité théorique d'apprécier correctement la situation ne suffit pas à exclure l'application de cette disposition. Ce qui est déterminant, c'est de savoir si l'erreur de l'auteur peut lui être reprochée, comme l'exprime la loi en exigeant que l'auteur ait eu des "raisons suffisantes" de se croire en droit d'agir (ATF 116 IV 56 consid. 3a p. 67 s.).

Une raison de se croire en droit d'agir est suffisante lorsqu'aucun reproche ne peut être adressé à l'auteur du fait de son erreur, parce que celle-ci provient de circonstances qui auraient pu induire en erreur tout homme consciencieux (ATF 98 IV 293 consid. 4a p. 303).

L'erreur de droit ne saurait être admise lorsque l'auteur doutait lui-même ou aurait dû douter de l'illicéité de son comportement (ATF 121 IV 109 consid. 5b p. 125 s.) ou lorsqu'il savait qu'une réglementation juridique existe, mais qu'il a négligé de s'informer suffisamment à ce sujet (ATF 120 IV 208 consid. 5b p. 215). Elle est de même exclue lorsque l'autorité a expressément attiré l'attention de l'auteur sur la situation juridique ou lorsque celui-ci passe outre à des directives de l'autorité (ATF 120 IV 208 consid. 5b p. 215).

bb) En l'espèce, il a été retenu en fait que dès le 5 décembre 1996 - date à laquelle la police a effectué une perquisition dans le cadre de la première enquête pour pornographie, consécutive à la saisie le 14 novembre 1996 de 24 cassettes pornographiques, dont 12 contenaient des scènes d'urologie et de violence - le recourant savait parfaitement à quoi s'en tenir quant à l'illicéité du commerce de cassettes et de revues pornographiques contenant des scènes d'urologie. La cour cantonale semble donc avoir admis que le recourant n'était plus dans l'erreur dès cette date, ce qui suffit à exclure l'application de l'art. 20 CP.

Au demeurant, la cour cantonale a néanmoins examiné et nié que le recourant avait des raisons suffisantes de se croire en droit d'agir. Avec raison. Même s'il était en possession d'un jugement neuchâtelois de 1994 niant que l'urine soit un excrément humain et nonobstant les directives peu claires de la Direction de la justice, de la police et des affaires militaires du canton de Fribourg du 29 novembre 1995 (cf. supra, let. B), le recourant a été informé par la police, lors de la perquisition opérée le 5 décembre 1996, de l'illicéité du commerce de cassettes et revues pornographiques contenant des scènes d'urologie. Dès ce moment, on peut lui reprocher de n'avoir pas cherché à s'informer davantage et de s'être contenté, comme il l'admet, du jugement et des directives précitées, qui étaient contredits par les informations de la police. Cette dernière agissait sur mandat du juge d'instruction et était plus spécialisée dans l'application du droit pénal que l'autorité administrative ayant émis les directives; par ailleurs, la contradiction apparaissant entre l'interprétation faite par un juge neuchâtelois et les autorités de poursuite fribourgeoises ne pouvait qu'éveiller la méfiance du recourant; que ce dernier ait pris la précaution

de préciser "no piss" sur ses commandes tend du reste à démontrer que tel a bien été le cas. Dans semblable situation, tout homme raisonnable aurait pour le moins conçu des doutes. On ne saurait admettre, dans ces conditions, que le recourant avait des raisons suffisantes de se croire en droit d'agir, de sorte qu'il ne peut être mis au bénéfice de l'erreur de droit.

4.- Le pourvoi doit ainsi être rejeté dans la mesure où il est recevable. Comme il était d'emblée dénué de chances de succès, l'assistance judiciaire doit être refusée (art. 152 al. 1 OJ) et les frais seront mis à la charge du recourant (art. 278 al. 1 PPF).

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral,

1. Rejette le pourvoi dans la mesure où il est recevable.
2. Rejette la requête d'assistance judiciaire.
3. Met à la charge du recourant un émolument judiciaire de 1000 francs.
4. Communique le présent arrêt en copie au mandataire du recourant, au Ministère public du canton de Fribourg et à la Cour d'appel pénal du Tribunal cantonal fribourgeois.

Lausanne, le 5 mai 2000 AZJ

Au nom de la Cour de cassation pénale
du TRIBUNAL FEDERAL SUISSE:

Le Président,

La Greffière,