

[AZA 0/2]
6S.70/2002/DXC

COUR DE CASSATION PENALE

15 avril 2002

Composition de la Cour: M. Schubarth, Président,
MM. Wiprächtiger et Kolly, Juges.
Greffière: Mme Krauskopf.

Statuant sur le pourvoi en nullité
formé par

X._____, actuellement détenu aux Etablissements pénitentiaires de Bellechasse, à Sugiez, représenté par
Me Jean Lob, avocat à Lausanne

contre

l'arrêt rendu le 13 décembre 2001 par la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal vaudois dans la cause
qui oppose le recourant au Ministère public du canton de Vaud

(exposition; homicide par négligence)

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

A.- Le 13 décembre 2001, la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal vaudois a confirmé la condamnation de X._____ à la peine de trois ans et demi de réclusion, sous déduction de la détention préventive, pour homicide par négligence, exposition, vol d'importance mineure, violation de domicile, instigation à faux témoignage, infraction grave et contravention à la LStup.

B.- Cette condamnation repose sur les faits suivants:

X._____ et son cousin, toxicomanes qui s'adonnent notamment au trafic d'héroïne se déroulant essentiellement dans l'appartement de X._____, s'y trouvaient le 18 juin 1998 lorsque Y._____ les y a rejoints dans le courant de l'après-midi. Ce dernier était consommateur occasionnel d'héroïne qu'il ne s'injectait cependant pas. Entre 16 et 17h, A._____ est arrivé.

Les quatre amis sont restés sur place toute la nuit. Ils ont consommé des drogues diverses telles qu'héroïne et cocaïne ainsi que des médicaments, notamment du Toquilone.

Au petit matin, Y._____ a demandé à B._____ de lui administrer une injection d'héroïne. Ce dernier a préparé le mélange, choisi une veine, piqué, retiré le piston de la seringue pour faire apparaître le sang, puis laissé à son ami le soin de procéder à l'injection proprement dite. Une minute après, Y._____ a fait un malaise.

A._____ a proposé de faire venir une ambulance, ce à quoi X._____ s'est opposé. Y._____ a repris connaissance après 10 à 15 minutes pendant lesquelles ses amis l'ont aspergé d'eau, lui ont donné des claques et ont pratiqué la respiration artificielle.

Y._____ est resté conscient pendant deux ou trois heures. Il a refusé d'être emmené à l'hôpital. Il a ensuite eu une nouvelle syncope; ses amis l'ont réanimé avec les méthodes utilisées précédemment et ont décidé de le maintenir en état permanent d'éveil en discutant tour à tour avec lui.

Durant la journée du 19 juin 1998, il y a eu un véritable défilé de toxicomanes à l'appartement de X._____. L'un d'eux, à son passage vers 13h30, a entendu Y._____ ronfler. Au milieu de l'après-midi, X._____

et son cousin ont constaté que le visage de Y._____ était violacé et ses mains froides. Un dénommé C._____ qui était de passage a dit qu'il était mort.

B._____ ne voulait pas y croire et X._____ ne voulait pas entendre parler d'ambulance craignant que la police ne vienne. Après avoir lui-même constaté le décès de Y._____ à la suite de tentatives de réanimation vaines, X._____ a voulu éloigner le corps de son appartement.

Il a demandé à D._____ d'aller chercher son véhicule et de transporter le corps. X._____, son cousin, E._____ et F._____ ont habillé Y._____ et l'ont transporté jusqu'à l'entrée de l'immeuble où des voisins les ont remarqués. D._____ a pris peur et a quitté les lieux. En présence des voisins, X._____ n'a eu d'autre solution que d'appeler l'ambulance. Son appel a été enregistré à 17h58. Le personnel médical n'a pu que constater le décès.

Entre-temps, X._____ a convaincu B._____ et E._____ de déclarer à la police que Y._____ était arrivé chez eux vers 17h30, qu'il avait eu un malaise à l'entrée de l'immeuble et qu'ils avaient, sans succès, tenté de le secourir.

Selon le rapport du médecin légiste, le décès de Y._____ est la conséquence d'une intoxication aiguë combinée à l'héroïne, à la méthaqualone et à la cocaïne.

Les méthodes de réanimation pratiquées par les cousins n'étaient pas inadéquates et correspondaient à ce qu'un laïque connaît en la matière. L'experte a précisé qu'il était difficile de diagnostiquer un coma lorsqu'on entend la personne ronfler. Selon elle, une intervention en milieu médical dans l'après-midi du 19 juin 1998 aurait permis d'éviter l'issue mortelle.

X._____ et son cousin présentaient chacun un taux de morphine se situant dans la partie supérieure de la fourchette des taux mesurés lors de décès imputables à une prise d'héroïne.

Les experts psychiatres ont posé pour X._____ le diagnostic de syndrome de dépendance aux opiacés, à la cocaïne, aux sédatifs et hypnotiques et d'une personnalité émotionnellement labile de type impulsif. Deux tentatives de cures de méthadone se sont soldées par un échec.

En ce qui concerne la vente de stupéfiants, la faculté de se déterminer d'après cette appréciation est légèrement diminuée du fait de la présence d'un trouble de la personnalité et d'une dépendance aux opiacés, à la cocaïne et aux sédatifs dans le sens où celle-ci se caractérise par un besoin compulsif de se procurer de la drogue. La consommation de fortes doses d'héroïne entre les 18 et 19 juin 1998 a moyennement diminué sa faculté de se déterminer d'après une appréciation préservée du caractère illicite de ses actes.

X._____ a admis avoir acquis avec son cousin entre janvier 1997 et juin 1998 environ 900 grammes d'héroïne, dont ils ont revendu 390 grammes. X._____ s'est abstenu de toute consommation de drogue dès sa mise en liberté provisoire en février 1999 jusqu'en avril de la même année. Il a ensuite repris la consommation d'héroïne (1 gr par jour) et de cocaïne, puis, au mois de mai 2000, le trafic de drogue, reconnaissant en avoir revendu 500 grammes jusqu'au mois de juillet 2000. Du 25 juillet au 7 octobre 2000, X._____ a revendu 40 gr d'héroïne.

A la demande de F._____, X._____ a par ailleurs dérobé dans la nuit du 6 au 7 octobre 2000 dans le dépôt de Galenica SA du Bactrim et quatre emballages de Tranxilium que F._____ entendait revendre. Auparavant, X._____ avait consommé de la cocaïne et fumé un Dormicum.

Entre 1991 et 1998, X._____ a été condamné à plusieurs reprises pour des infractions à la LCR et à la LStup.

C.- X._____ se pourvoit en nullité contre l'arrêt de la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal vaudois. Il conclut préalablement à être mis au bénéfice de l'assistance judiciaire et principalement à l'annulation de l'arrêt entrepris, à être libéré des accusations d'exposition et d'homicide par négligence et à ce que "en tout état de cause" sa peine soit réduite "dans telle mesure que justice dira".

Considérant en droit :

1.- a) Le Tribunal fédéral revoit d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 126 IV 107 consid. 1 p. 109).

b) 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 53 consid. 1 p. 55, 81 consid. 2a p. 83 et les arrêts cités).

c) Le pourvoi en nullité étant de nature cassatoire (art. 277ter al. 1 PPF), les conclusions du recourant tendant à ce qu'il soit libéré de certains chefs d'accusation et à ce que sa peine soit diminuée sont irrecevables.

2.- a) Se rend coupable d'exposition au sens de l'art. 127 CP, celui qui, ayant la garde d'une personne hors d'état de se protéger elle-même ou le devoir de veiller sur elle, l'aura exposée à un danger de mort imminent ou à un danger grave et imminent pour la santé, ou l'aura abandonnée en un tel danger. Les éléments constitutifs objectifs et subjectifs de l'art. 127 CP ont été exposés dans un arrêt du Tribunal fédéral du 7 mars 2000 (6S.769/1999), reproduit in SJ 2000 I p. 358, jurisprudence confirmée depuis lors dans un autre arrêt, non publié, 6S.167/2000 du 24 juin 2000.

Le recourant conteste l'existence, à sa charge, d'un devoir de garde à l'égard de Y._____. Il fait valoir que le seul fait que celui-ci ait passé la soirée dans son appartement, où il pouvait trouver des drogues dures, n'a pas créé une obligation de garde sur son visiteur.

b) A l'évidence, l'on ne se trouve pas, en l'espèce, dans le cas d'un "devoir de veiller" sur une personne hors d'état de se protéger. Il convient donc de déterminer s'il a été admis à tort ou à raison qu'un "rapport de garde" existait entre le recourant et la victime.

Au contraire du devoir de veiller qui doit découler de la loi ou d'un contrat (SJ 2000 I 362; 108 IV 14 et la jurisprudence citée), le rapport de garde ("Obhut") peut découler d'une simple situation de fait, seule hypothèse qui peut entrer en considération dans le cas d'espèce.

Assume de fait une position de garant celui qui a accepté tacitement de garder ou de surveiller autrui (cf. arrêt 6S.167/2000 précité). C'est en fonction des circonstances que sera admise l'existence d'un devoir juridique eu égard à la situation de l'auteur et de la personne dans le besoin, au lien de confiance et à l'engagement du "garant" (cf. Laurent Moreillon, L'infraction par omission, Genève 1993, p. 237). De simples rapports de proximité n'engendrent pas à eux seuls un rapport de garde (Laurent Moreillon, op. cit. , p. 281; Stefan Trechsel, Kurzkomentar, Zurich 1989, n. 34 ad art. 1). Une amitié de longue date, le fait de partager un appartement ou de passer une soirée ensemble ne créent pas ipso facto un rapport de garde. Ainsi, il n'existe pas d'obligation d'intervenir pour éviter la commission d'une infraction par son conjoint ou un proche responsable ou encore par un hôte du locataire, à moins que le conjoint ou le locataire revêtent, pour une autre raison, la qualité de garant (Martin Schubarth, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, vol. 1, Berne 1982, n. 143 et 154 ad introduction systématique; Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT, Berne 1996, n. 24 ad § 14; Jörg Rehberg/Andreas Donatsch, Strafrecht

I, Zurich 2001 p. 262 ss). C'est l'engagement pris par l'auteur qui crée une relation de confiance avec la victime, ce qui engendre un rapport de garde et de surveillance (Günter Stratenwerth, op. cit. , n. 25 ad § 14). Cette relation doit être établie en fait et exister avant la survenance du danger (SJ 2000 I 362).

Lorsque deux ou plusieurs personnes entreprennent ensemble une activité pouvant mettre en danger leur santé, elles forment ainsi une communauté de risques. Le rapport de garde devra alors être admis si la personne qui se trouve hors d'état de se protéger elle-même, par suite de la réalisation de l'un des dangers inhérents à l'action entreprise en commun, s'y est exposée en raison de la protection offerte par cette communauté, parce que s'y trouvaient une ou plusieurs personnes conscientes de ce besoin de sécurité, aptes et disposées à le satisfaire.

Ce qui est déterminant est de savoir si l'auteur a pris un engagement à l'égard de la victime, qui accepte de

s'exposer à des dangers qu'elle n'oserait pas affronter seule ou ne prend elle-même pas de mesures spécifiques de protection, la rendant sans protection (Martin Schubarth, op. cit., n. 144 ad introduction systématique).

c) La cour cantonale a estimé que le recourant se trouvait dans une communauté de risques avec son cousin et la victime, dès lors qu'il était locataire de l'appartement où les faits se sont déroulés et qu'il était le plus intéressé à éviter l'arrivée des secours.

L'intérêt qu'avait le recourant à ne pas appeler des secours qui auraient pu alerter la police, ne saurait créer une communauté de risques. Cet intérêt n'est en effet nullement le reflet d'une volonté de prêter assistance en cas de besoin, bien au contraire. Par ailleurs, l'arrêt cantonal constate que cet intérêt ne s'est manifesté qu'après la première syncope de la victime, alors que, comme on l'a vu, le rapport de garde que présuppose l'art. 127 CP doit être établi avant la survenance du danger.

Quant au fait que l'injection fatale ait eu lieu dans l'appartement du recourant, il ne fonde pas davantage un rapport de garde à lui seul (cf. supra, con-sid. 2b). Encore faut-il que le recourant ait pris à l'égard de la victime l'engagement, fût-ce par actes concluants, de la secourir en cas de besoin.

Or, l'arrêt cantonal ne retient pas que la victime ne se serait pas exposée aux risques liés à la consommation d'héroïne par voie d'injection si le recourant n'avait pas été présent, ni que la présence du recourant l'aurait rassurée ou influencé sa décision à procéder (avec l'aide du cousin du recourant) à l'injection de la dose fatale d'héroïne. Il ne ressort pas non plus de l'état de fait retenu que le recourant aurait été conscient du fait que la victime comptait sur son intervention en cas de danger ni que sa volonté de fournir cette aide résultait d'un acte concluant. Au contraire, l'arrêt cantonal retient que le recourant aurait déconseillé à son cousin de faire l'injection (arrêt p. 22).

Enfin, aucun élément dans les constatations de fait cantonales ne conduit à admettre qu'il existait entre le recourant et la victime un rapport de garde avant même que celle-ci n'émette le souhait que le cousin du recourant lui administre une injection d'héroïne.

Au vu de ces considérations, c'est à tort qu'il a été admis que le recourant avait un devoir de garde envers la victime. La condamnation du recourant en application de l'art. 127 CP viole par conséquent le droit fédéral. En revanche, les éléments constitutifs de l'art. 128 CP semblent réunis. L'autorité cantonale ne s'est pas interrogée sur l'éventuelle application de cette disposition au motif que celle-ci était absorbée par la réalisation de celle de l'art. 127 CP (arrêt querellé p. 23). Le recourant n'a donc pas été libéré par l'autorité cantonale du chef d'omission de prêter secours parce que les conditions de cette infraction ne seraient pas réalisées.

Partant, et contrairement à ce qu'il soutient, l'autorité cantonale pourra examiner si les faits retenus à sa charge sont constitutifs d'une omission de prêter secours.

3.- a) Le recourant estime que sa condamnation pour homicide par négligence viole l'art. 117 CP. Il conteste en particulier avoir eu une position de garant à l'égard de la victime, n'ayant nullement participé à l'injection d'héroïne.

b) aa) La condamnation pour homicide par négligence commise par omission présuppose que l'auteur ait eu une position de garant; seul le garant peut être condamné pour avoir omis d'accomplir un acte qui, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, aurait évité la survenance du dommage (ATF 117 IV 130 consid. 2a p. 132; 108 IV 5 consid. 1a et b p. 5).

Il ressort du considérant 2 supra qu'avant la survenance du danger, le recourant ne revêtait pas la qualité de garant. Reste à déterminer si et, le cas échéant, à quel moment dès le premier malaise de la victime les circonstances se sont modifiées au point qu'elles justifient que l'on retienne une position de garant du recourant à l'endroit de la victime. L'aggravation de l'état de santé de la victime ne saurait, à elle seule, faire naître la position de garant du recourant. En effet, pour admettre cette position lorsqu'elle ne découle ni de la loi ni d'un contrat, il faut que, par une action, le recourant ait créé ou accru un risque, sans prendre les précautions requises

par les circonstances pour que le risque ne se réalise pas (Bernard Corboz, Les principales infractions, Berne 1997, n. 7 ad art. 117 CP).

bb) Durant la première syncope de la victime, A. _____ a proposé d'appeler une ambulance, ce à quoi le recourant s'est opposé par crainte de l'arrivée de la police. Ses amis et lui ont réanimé la victime qui, une fois revenue à elle, a refusé d'être transportée à l'hôpital. Après la seconde syncope, le recourant et ses hôtes ont décidé de maintenir la victime en état permanent d'éveil en lui parlant tour à tour, avant que celle-ci ne sombre définitivement dans le coma. Le recourant n'a, jusqu'au moment où il a constaté le décès de la victime, pas entrepris d'autres actes la concernant. Il ne ressort pas de l'état de fait que le fait d'avoir réanimé deux fois la victime et de l'avoir maintenue en état d'éveil pendant un certain temps ait accru le risque mortel lié à l'overdose. Les actes accomplis par le recourant et touchant la victime ne suffisent ainsi pas à fonder une position de garant de celui-ci à l'égard de cette dernière. Partant, la condamnation du recourant pour homicide par négligence viole également le droit fédéral.

Le pourvoi doit par conséquent être admis, l'arrêt attaqué annulé et la cause renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision. Il est ainsi superflu d'examiner le grief de violation de l'art. 63 CP.

4.- Vu l'issue du pourvoi, il ne sera pas perçu de frais (art. 278 al. 2 PPF) et une indemnité de dépens sera allouée au mandataire du recourant (art. 278 al. 3 PPF). La requête d'assistance juridique devient ainsi sans objet.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral :

1. Admet le pourvoi, annule l'arrêt attaqué et renvoie la cause à l'autorité cantonale pour nouvelle décision.
2. Dit qu'il n'est pas perçu de frais.
3. Dit que la Caisse du Tribunal fédéral versera à Me Jean Lob, mandataire du recourant, une indemnité de 2'500 francs.
4. Communique le présent arrêt en copie au mandataire du recourant, au Ministère public du canton de Vaud et à la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal vaudois.

Lausanne, le 15 avril 2002

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

La Greffière,