[AZA 0/2]
6S.729/2001/DXC

COUR DE CASSATION PENALE
****

25 février 2002

Composition de la Cour: M. Schubarth, Président,
M. Karlen et M. Kolly, Juges. Greffière: Mme Kistler.

_____

Statuant sur le pourvoi en nullité
formé par
Les époux X._____, représentés par Me Vincent Spira, avocat à Genève,

contre
l'ordonnance du 7 novembre 2001 de la Chambre d'accusation de la Cour de justice genevoise dans la cause qui oppose les recourants à A._____ et au Procureurgénéral du canton de G e n è v e;

(qualité de victime LAVI; exposition)
Vu les pièces du dossier d'où ressortent
les faits suivants:

A.- Le Dr A._____, médecin à Genève, a prescrit, du 21 janvier au 1er février 1999, un traitement antibiotique de Podomexef à Z._____, né le 7 mars 1997, qui souffrait d'une otite moyenne de l'oreille droite. Le 3 février 1999, il a prescrit un autre antibiotique, à savoir du Bactrim, vu que l'enfant avait fait une rechute d'otite moyenne aiguë bilatérale. Le 12 février 1999, il a ordonné la poursuite de ce traitement, dès lors qu'il avait observé un écoulement nasal postérieur et voulait éviter que le rhume de l'enfant ne provoque une rechute de l'otite. Dans la nuit du 16 au 17 février 1999, Z._____ est décédé au domicile de ses parents en France voisine.

B.- Le 14 juillet 2000, les époux X._____, les parents de Z._____, ont déposé une plainte pénale, avec constitution de partie civile, à l'encontre du Dr A._____ pour homicide par négligence.

Par ordonnance du 29 août 2001, le Procureur général du canton de Genève a classé la procédure dirigée contre le Dr A._____. Il ressort en effet d'une expertise judiciaire confiée au Dr B._____, à Neuchâtel, qu'il n'est pas possible de déterminer la cause du décès de l'enfant Z._____, que les soins et traitements prodigués par le Dr A._____ étaient conformes aux règles de l'art, que le Bactrim est reconnu comme un antibiotique de choix contre les otites moyennes aiguës, qu'il engendre des anomalies sanguines dans moins, voire beaucoup moins, de 0.003 à 0.5 % des patients traités et que l'immense majorité des effets secondaires n'a pas de conséquences mortelles; dans tous les cas, des causes de décès qui seraient directement imputables à un effet secondaire du Bactrim n'ont pas été constatées àl'autopsie.

C.- Le 10 septembre 2001, les époux X._____ ont recouru contre cette ordonnance auprès de la Chambre d'accusation de la Cour de justice genevoise.

Ils admettaient que la prévention d'un homicide par négligence n'était peut-être pas réalisée, dès lors que les causes du décès ne pouvaient pas être déterminées selon le rapport d'expertise neuchâtelois, le rapport d'autopsie français et l'audition des médecins français. Ils soutenaient cependant que le Dr A._____ aurait dû être inculpé du chef du crime d'exposition défini à l'art. 127 CP. Selon eux, les conséquences graves du Bactrim sur la santé seraient en effet réelles et le Dr A._____ aurait exposé leur fils à un danger grave pour sa santé, en lui administrant un traitement inadéquat de Bactrim et en poursuivant ce traitement à titre pro-

phylactique, cela sans effectuer de contrôle sanguin. Ils prétendaient que le rapport d'expertise, qui arrivait à la conclusion que le traitement du Dr A._____ était conforme aux règles de l'art, contenait des contradictions, sur plusieurs points, au regard de la doctrine médicale et requéraient en conséquence qu'une contre-expertise soit confiée à un expert étranger, professant à l'étranger.

Statuant le 7 novembre 2001, la Chambre d'accusation a confirmé l'ordonnance du 29 août 2001 du procureur général.
D.- Les époux X._____ se pourvoient en nullité au Tribunal fédéral contre cette ordonnance. Ils concluent à l'annulation de celle-ci, soutenant que la prévention de crime d'exposition au sens de l'art. 127 CP est réalisée.

Considérant en droit :

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

a) En vertu de l'art. 270 let. e ch. 1 PPF, entré en vigueur le 1er janvier 2001, seul le lésé qui est une victime d'une infraction au sens de l'art. 2 LAVI peut exercer un pourvoi en nullité pour autant qu'il soit déjà partie à la procédure et dans la mesure où la sentence touche ses prétentions civiles ou peut avoir des incidences sur le jugement de celles-ci.

Est une victime au sens de l'art. 2 al. 1 LAVI toute personne qui a subi, du fait d'une infraction, une atteinte directe à son intégrité corporelle, sexuelle ou psychique. Le conjoint, les enfants, les père et mère ainsi que d'autres personnes unies à la victime par des liens analogues sont assimilés à celle-ci pour ce qui est des droits dans la procédure dans la mesure où ces personnes peuvent faire valoir des prétentions civiles contre l'auteur de l'infraction (art. 2 al. 2 let. b LAVI).

La LAVI exige que la victime ait subi, du fait de l'infraction, une atteinte directe. L'atteinte doit être réalisée. Un simple risque de dommage ne suffit pas.
Dans le message, le Conseil fédéral explique ainsi que les infractions de mise en danger sont exclues du champ d'application de la loi puisque, par définition, elles ne comportent pas une atteinte à un bien juridique (FF 1990 II 909 ss, 925). Le Tribunal fédéral a jugé, pour sa part, que la personne blessée dans un accident de la circulation était une victime au sens de l'art. 2 LAVI si elle avait subi des lésions corporelles par négligence, imputables aux autres personnes impliquées dans l'accident et non pas si elle n'invoquait qu'une simple violation des règles de la circulation ou une ivresse au volant (ATF 122 IV 71 consid. 3a p. 77).

La doctrine partage unanimement cette manière de voir, précisant toutefois qu'une personne dont la vie a été mise en danger, au sens de l'art. 129 CP, peut souffrir de troubles psychologiques en relation directe avec l'acte du délinquant (Gomm/Stein/Zehnter, Kommentar zum Opferhilfegesetz, Berne 1995, p. 44, n. 12; Corboz, Les droits procéduraux découlant de la LAVI, dans: SJ 118 (1996), p. 53 ss, 58; Thomas Koller, Das Opferhilfegesetz:
Auswirkungen auf das Strassenverkehrsrecht, dans:
PJA 1996, p. 578 ss, 580 s.; Ulrich Weder, Das Opfer, sein Schutz und seine Rechte im Strafverfahren, unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Zürich, dans: RPS 113 (1995), p. 39 ss, 41; Michel Ducrot, La qualité de partie du lésé, en particulier sa qualité pour recourir contre les prononcés rendus sur l'action publique, dans:
RVJ 1995 p. 333 ss, 339; Eva Weishaupt, Die verfahrensrechtlichen Bestimmungen des Opferhilfegesetzes (OHG), Zurich 1998, p. 29, 36).

Il convient encore de préciser que l'atteinte ne peut résulter d'une infraction commise sur autrui (Corboz, op. cit. , p. 57).

b) Pour déterminer si le recourant revêt la qualité de victime avant le jugement, on doit se fonder sur les allégués du lésé et sur la vraisemblance des actes et de l'atteinte (ATF 126 IV 147 consid. 1 p. 149).

Les parents d'un enfant victime d'un homicide ou d'une lésion corporelle grave peuvent invoquer l'art. 2 al. 2 LAVI. En l'espèce, les recourants ne se plaignent cependant pas que le traitement prodigué par le Dr A._____ aurait causé la mort de leur enfant ou même des lésions corporelles. Ils admettent qu'une prévention d'homicide par négligence ou de lésions corporelles n'est pas réalisée, dès lors que les causes du décès n'ont pu être déterminées.

Ils soutiennent que le Dr A._____ devrait être inculpé du chef d'exposition au sens de l'art. 127 CP.
Cette disposition réprime le fait d'exposer une personne à un danger de mort ou à un danger grave ou imminent pour la santé. Il s'agit d'un délit de mise en danger, qui sanctionne la création d'un danger, indépendamment de toute lésion. Le Dr A._____ aurait seulement mis en danger la vie et la santé de Z._____ en lui prescrivant du Bactrim et en ne faisant pas les analyses nécessaires.
On ne peut donc pas parler d'atteinte directe à l'intégrité physique au sens de l'art. 2 al. 1 LAVI, et Z._____ ne peut être considéré comme une victime selon la LAVI. Ses parents n'ont en conséquence pas la qualité pour agir en application de l'art. 270 let. e PPF et le pourvoi est donc irrecevable.
2.- Succombant, les recourants doivent supporter les frais judiciaires (art. 278 al. 1 PPF; art. 156 al. 1 OJ).

Il n'y a pas lieu d'allouer d'indemnité à l'intimé qui n'a pas déposé de mémoire dans la procédure devant le Tribunal fédéral.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral :

1. Déclare le pourvoi irrecevable.

2. Met à la charge des recourants un émolument judiciaire de 2'000 francs, solidairement entre eux.

3. Communique le présent arrêt en copie aux mandataires des parties, au Procureur général du canton de Genève et à la Chambre d'accusation de la Cour de justice genevoise.

_____
Lausanne, le 25 février 2002

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