
L'ENTRAVE AU SERVICE DES CHEMINS DE FER (ART. 238 CP)

TRAVAIL DE MASTER EN DROIT PÉNAL – PARTIE SPÉCIALE

Présenté par

Lucie Gillioz / N° d'étudiante 16-212-862

Rue Verdaine 1

1204 Genève

lucie.gillioz@unifr.ch

cand. M Law, 3^{ème} semestre

auprès du Prof. Bertrand Perrin

Professeur à la Faculté de droit

de l'Université de Fribourg

Travail de Master commencé le 20 juillet 2020

Travail de Master rendu le 4 août 2020

Table des matières

Table des matières	II
Table des abréviations	III
Table des arrêts cités	VI
Bibliographie	VII
Introduction	1
I. Généralités	2
A. Fondements de l'art. 238 CP	2
B. Bien juridiquement protégé	5
II. Éléments constitutifs de l'infraction	7
A. Éléments constitutifs objectifs	7
1. Service des chemins de fer	7
2. Entrave	11
3. Mise en danger de la vie, de l'intégrité corporelle ou de la propriété d'autrui	13
B. Éléments constitutifs subjectifs	16
1. Intention	16
2. Négligence	18
3. Commission par omission	22
III. Caractéristiques	23
A. Peine	23
B. Procédures annexes	26
C. Concours	28
1. Art. 237 et 239 CP	28
2. Autres dispositions	29
Opinion personnelle	31
Conclusion	33

Table des abréviations

al.	alinéa(s)
ARE	Office fédéral du développement territorial
art.	article(s)
Art.	= art.
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BaKomm.	Basler Kommentar (commentaire bâlois)
cand.	candidat(e)
CF	Conseil fédéral
CFF	Chemins de fer fédéraux suisses
CHF	francs suisses
consid.	considérant(s)
CoRo	Commentaire romand
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPM	Code pénal militaire du 13 juin 1927 (RS 321.0)
DETEC	Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication
DPMIn	LF du 20 juin 2003 régissant la condition pénale des mineurs (droit pénal des mineurs) (RS 311.1)
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
et al.	<i>et alii</i> (et autres)
FF	Feuille fédérale
JdT	Journal des Tribunaux
JStG	= DPMIn
LCdF	LF du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer (RS 742.101)
LCR	LF du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (RS 741.01)
let.	lettre(s)
LF	loi fédérale
LICa	LF du 23 juin 2006 sur les installations à câbles transportant des personnes (RS 743.01)

LOST	LF du 18 juin 2010 sur les organes de sécurité des entreprises de transports publics (RS 745.2)
LSST	LF du 18 février 1878 et abrogée le 1 ^{er} octobre 2011 concernant la police des chemins de fer
LTV	LF du 20 mars 2009 sur le transport de voyageurs (RS 745.1)
mio	million(s)
MStG	= CPM
n ^{o(s)}	numéro(s)
O	ordonnance
OAASF	O du DETEC du 18 décembre 2013 réglant l'admission aux activités déterminantes pour la sécurité dans le domaine ferroviaire (RS 742.141.22)
OASF	O du 4 novembre 2009 sur les activités déterminantes pour la sécurité dans le domaine ferroviaire (RS 742.141.2)
O-CP-CPM	O du 19 septembre 2006 relative au code pénal et au code pénal militaire (RS 311.01)
OCVM	O du DETEC du 27 novembre 2009 sur l'admission à la conduite de véhicules moteurs des chemins de fer (RS 742.141.21)
OEATP	O du 28 juin 2000 et abrogée le 1 ^{er} février 2015 sur les déclarations et les enquêtes en cas d'accident ou d'incident grave survenant lors de l'exploitation des transports publics (RS 742.161)
OEIT	O du 17 décembre 2014 sur les enquêtes de sécurité en cas d'incident dans le domaine des transports (RS 742.161)
OFS	Office fédéral de la statistique
OFT	Office fédéral des transports
OPAM	O du 27 février 1991 sur la protection contre les accidents majeurs (RS 814.012)
p	projet
p.	page(s)

par.	paragraphe(s)
PCT	Prescriptions suisses du 2 novembre 2015 de circulation des trains (RS 742.173.001)
phr.	phrase(s)
Prof.	Professeur(s)
rem. pré.	remarque(s) préliminaire(s)
rés.	résumé
RPS	Revue pénale suisse
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
s.	suivant(e)
SOG	Solothurnische Gerichtspraxis
ss	suivant(e)s
StGB	= CP
TF	Tribunal fédéral suisse
trad.	traduction
V	= O
v. ég.	voir également
vol.	volume
V-StGB-MStG	= O-CP-CPM

Table des arrêts cités

Arrêts publiés au Recueil officiel

ATF 145 IV 491	non publié au JdT.
ATF 134 IV 255	JdT 2009 IV 75 (rés.).
ATF 126 IV 13	JdT 2003 IV 2 (trad.).
ATF 124 IV 114	JdT 1998 I 770 (trad.).
ATF 117 IV 130	JdT 1994 IV 127 (rés.).
ATF 116 IV 182	JdT 1992 I 106 (trad.).
ATF 116 IV 44	JdT 1991 IV 137 (trad.).
ATF 104 IV 18	non publié au JdT.
ATF 100 IV 54	non publié au JdT.
ATF 93 I 75	non publié au JdT.
ATF 88 IV 107	JdT 1963 IV 22 (trad.).
ATF 87 IV 87	non publié au JdT.
ATF 86 IV 102	JdT 1960 IV 103 (trad.).
ATF 84 IV 18	JdT 1958 IV 47 (trad.).
ATF 80 IV 181	JdT 1954 IV 155 (trad.).
ATF 78 IV 101	JdT 1952 IV 122 (trad.).
ATF 77 IV 178	non publié au JdT.
ATF 72 IV 68	JdT 1946 IV 180 (trad.).
ATF 72 IV 23	JdT 1946 IV 78 (trad.).
ATF 68 IV 16	JdT 1942 I 372 (trad.).

Arrêts en ligne

Arrêt du TF 6B_1059/2018 du 17 janvier 2019.

Arrêt du TF 6B_117/2015 du 11 février 2016.

Arrêt du TF 6B_377/2008 du 1^{er} juillet 2008.

Arrêt du TF 6B_251/2007 du 7 septembre 2007.

Arrêt cantonal

Arrêt du Tribunal cantonal du canton de Soleure SOG 2003 n° 5 du 8 décembre 2003.

Bibliographie

Doctrine

ARE / OFS, *La mobilité en Suisse – Résultats du microrecensement mobilité et transports 2010*, Neuchâtel 2012.

CORBOZ Bernard, *Les infractions en droit suisse – Vol. II*, 3^e éd., Berne 2010, art. 237 s. CP.

Donatsch Andreas (édit.), *StGB Kommentar – Schweizerisches Strafgesetzbuch mit V-StGB-MStG und JStG*, 20^e éd., Zurich 2018.

DONATSCH Andreas / THOMMEN Marc / WOHLERS Wolfgang, *Strafrecht IV – Delikte gegen die Allgemeinheit*, 5^e éd., Zurich / Bâle / Genève 2017.

DREYER Georges, *Les articles 238 et 239 du Code pénal suisse sont-ils applicables aux embranchements particuliers ?*, RPS 1943, p. 387-390 (cité : DREYER, 1943).

DREYER Georges, *La répression des entraves au service des chemins de fer d'après le nouveau Code pénal suisse*, RPS 1942, p. 307-331 (cité : DREYER, 1942).

DUPUIS Michel ET AL., *Petit commentaire – Code pénal*, 2^e éd., Bâle 2017, art. 10, 12, 34, 40, 52, 106 et 237 s. CP.

FAVRE Christian / PELLET Marc / STOUDMANN Patrick, *Code pénal annoté*, 3^e éd., Lausanne 2011, art. 12, 49, 52 et 237 s. CP.

FIOLKA Gerhard, art. 237 s. CP, in : Niggli Marcel Alexander / Wiprächtiger Hans (édit.), *BaKomm. – Strafrecht II (Art. 137-392 StGB)*, 4^e éd., Bâle 2019.

Furrer Andreas / Vasella Juana (édit.), *Schriftenreihe zum Logistik- und Transportrecht 9*, Berne 2017.

GRAVEN Philippe, *L'infraction pénale punissable*, 2^e éd., Berne 1995.

GROTRIAN Jobst, *Verkehr in der Schweiz*, Zurich / Coire 2007.

HURTADO POZO José / GODEL Thierry, *Droit pénal général*, 3^e éd., Genève / Zurich / Bâle 2019.

HURTADO POZO José, *Droit pénal – Partie générale*, 2^e éd., Genève / Zurich / Bâle 2008.

ISCHER Roger, *La protection de la sécurité des chemins de fer par les articles 238 et 239 du Code pénal suisse*, RPS 1946 p. 89-136.

JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL Marc, *Strafrecht in a nutshell*, Zurich / Saint-Gall 2015.

KLETT Barbara / BAUMELER Urs / DAPHINOFF Eva, *Der öffentliche Personenverkehr – Haftung und Sicherheitsfragen*, in : Furrer Andreas / Vasella Juana (édit.), *Schriftenreihe zum Logistik- und Transportrecht 9*, Berne 2017.

Klett Barbara / Furrer Andreas (édit.), *Schaden im Warentransport – Vertragsgestaltung – Versicherung – Schadenersatz*, Zurich / Bâle / Genève 2016.

LOGOZ Paul, *Commentaire du Code Pénal Suisse – Partie spéciale II (Art. 213 à 332)*, Neuchâtel / Paris 1956, art. 237-239 CP.

Macaluso Alain / Moreillon Laurent / Queloz Nicolas (édit.), *CoRo – Code pénal II (Art. 111-392 CP)*, Bâle 2017.

Niggli Marcel Alexander / Wiprächtiger Hans (édit.), *BaKomm. – Strafrecht I (art. 1-136 StGB) et Strafrecht II (Art. 137-392 StGB, Jugendstrafgesetz)*, 4^e éd., Bâle 2019.

NIGGLI Marcel Alexander / MAEDER Stefan, art. 12 CP, in : Niggli Marcel Alexander / Wiprächtiger Hans (édit.), *BaKomm. – Strafrecht I (Art. 1-136 StGB)*, 4^e éd., Bâle 2019.

RODIGARI Virginie, art. 237 s. CP, in : Macaluso Alain / Moreillon Laurent / Queloz Nicolas (édit.), *CoRo – Code pénal II (Art. 111-392 CP)*, Bâle 2017.

SCHOCH Bruno, *Nutzungsausfall und Betriebsunterbruch im Schienenverkehr als Schaden*, in : Klett Barbara / Furrer Andreas (édit.), *Schaden im Warentransport – Vertragsgestaltung – Versicherung – Schadenersatz*, Zurich / Bâle / Genève 2016.

STRATENWERTH Günter / BOMMER Felix, *Schweizerisches Strafrecht – Besonderer Teil II : Straftaten gegen Gemeininteressen*, 7^e éd., Berne 2013.

STRATENWERTH Günter / WOHLERS Wolfgang, *Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar*, 3^e éd., Berne 2013.

Trechsel Stefan / Pieth Mark (édit.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch – Praxiskommentar*, 3^e éd., Zurich / Saint-Gall 2018.

TRECHSEL Stefan / CONINX Anna, art. 237 s. CP, in : Trechsel Stefan / Pieth Mark (édit.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch – Praxiskommentar*, 3^e éd., Zurich / Saint-Gall 2018.

WEDER Ulrich, art. 237 s. CP, in : Donatsch Andreas (édit.), *StGB Kommentar – Schweizerisches Strafgesetzbuch mit V-StGB-MStG und JStG*, 20^e éd., Zurich 2018.

Documents officiels

Message du CF du 25 avril 2018 concernant la LF sur l'harmonisation des peines et la LF sur l'adaptation du droit pénal accessoire au droit des sanctions modifié, FF 2018 p. 2889 ss (cité : Message harmonisation).

Projet de LF sur l'harmonisation des peines, FF 2018 p. 3017 ss (cité : Projet harmonisation).

Documents en ligne

CFF, « Historique », <https://company.sbb.ch/fr/entreprise/profil/historique.html> (consulté le 27.07.2020).

CFF, « Aperçu des lois, réglementations et documents de référence complémentaires », <https://company.sbb.ch/fr/les-cff-comme-partenaire-commercial/fournisseurs/prescriptions-et-cg/securite-de-la-construction/lois-et-reglementations.html> (consulté le 24.07.2020).

CFF, « Faits et Chiffres », <https://company.sbb.ch/fr/entreprise/profil/faits-chiffres.html> (consulté le 21.07.2020).

Introduction

Bien que la première mise en circulation d'une locomotive à vapeur date du 21 février 1804, le réseau ferroviaire suisse se développe à partir de 1840, avant de connaître une avancée particulièrement importante à la fin du 19^{ème} siècle. Les CFF sont créés en 1902 suite à l'étatisation des compagnies privées de chemins de fer en 1898¹. Avec une mobilité de la population toujours croissante et un déplacement intercantonal important, le trafic ferroviaire représente aujourd'hui un secteur majeur sachant que les CFF cumulent à eux seuls près de 1,32 mio de passagers par jour².

Si le nombre particulièrement important de personnes pouvant être transportées ainsi que la vitesse élevée à laquelle ils circulent font des chemins de fer un moyen de transport très prisé, les conséquences redoutables qu'un accident entraîne sont tout aussi conséquentes³. A cet effet, il s'est révélé nécessaire d'ériger une disposition pénale sanctionnant tout comportement mettant en danger le service des chemins de fer.

L'art. 238 CP relatif à l'entrave au service des chemins de fer sera l'objet de ce travail. Il s'agira tout d'abord de s'intéresser aux fondements de cette disposition (*infra* I), en particulier à l'assise historique ainsi qu'aux projets actuels de révision (*infra* I/A), mais également au bien juridique que la disposition protège (*infra* I/B). Dans un deuxième temps, une analyse plus approfondie de la disposition sera effectuée, cela à l'aune de deux aspects centraux : les éléments constitutifs objectifs (*infra* II/A) et les éléments constitutifs subjectifs de l'art. 238 CP (*infra* II/B). Finalement, certaines caractéristiques particulières à cette disposition seront présentées (*infra* III), dont notamment les différentes peines-menaces qu'elle prévoit (*infra* III/A). Les procédures annexes pouvant être menées en parallèle de l'art. 238 CP seront

¹ CFF, « Historique », <https://company.sbb.ch/fr/entreprise/profil/historique.html> (consulté le 27.07.2020).

² CFF, « Faits et Chiffres », <https://company.sbb.ch/fr/entreprise/profil/faits-chiffres.html> (consulté le 21.07.2020) ; v. ég. GROTRIAN, p. 15.

³ GROTRIAN, p. 116.

ensuite brièvement abordées (*infra* III/B), avant de s'intéresser au concours entre l'art. 238 CP et plusieurs dispositions (*infra* III/C).

I. Généralités

A. Fondements de l'art. 238 CP

L'art. 238 CP prévoit dans sa teneur actuelle que « celui qui, intentionnellement, aura empêché, troublé ou mis en danger le service des chemins de fer et aura par là sciemment mis en danger la vie ou l'intégrité corporelle des personnes ou la propriété d'autrui, celui notamment qui aura fait naître le danger d'un déraillement ou d'une collision sera puni d'une peine privative de liberté ou d'une peine pécuniaire ». Cette disposition s'intègre dans le Titre 9 CP traitant des « crimes ou délits contre les communications publiques ». Le législateur a voulu, dans ce Titre, garantir la sécurité des communications publiques au moyen de trois dispositions, les art. 237-239 CP⁴. La première disposition (art. 237 CP) traite de l'entrave à la circulation publique, la deuxième (art. 238 CP) de l'entrave au service des chemins de fer et la dernière (art. 239 CP) de l'entrave aux services d'intérêt général. Alors que les art. 237 s. CP concernent une mise en danger concrète, l'art. 239 CP vise la simple perturbation d'un service d'intérêt général indépendamment des communications publiques⁵.

La protection pénale des services de chemin de fer, telle que protégée aujourd'hui à l'art. 238 CP, remonte au 19^{ème} siècle puisque le droit pénal fédéral de 1853 en faisait déjà mention à son art. 67 et que fut adoptée par la suite la LSST⁶. Originellement, le législateur avait donc adopté une disposition unique visant la protection des communications publiques axée essentiellement autour des chemins de fer⁷. Cela avait pour justification que ce moyen de transport tenait alors une place majeure dans le déplacement de

⁴ DUPUIS ET AL., rem. pré. art. 237-239 CP n° 1 ; JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, § 10 p. 229 ; RODIGARI, art. 237 CP n° 1 ; STRATENWERTH / BOMMER, § 32 n° 1.

⁵ CORBOZ, art. 237 CP n° 1 ; DUPUIS ET AL., rem. pré. art. 237-239 CP n° 3.

⁶ ATF 116 IV 44 consid. 2b, JdT 1991 IV 137 (trad.) ; FIOLKA, art. 238 CP n° 2 ; v. ég. DREYER, 1942 p. 308.

⁷ CORBOZ, art. 237 CP n° 1 ; DUPUIS ET AL., rem. pré. art. 237-239 CP n° 2 ; LOGOZ, rem. pré. art. 237-239 CP n° 1.

la population, tant au niveau de la fréquence que du nombre d'utilisateurs⁸. La disposition en question permettait ainsi de sanctionner de manière particulière l'entrave au service des chemins de fer en tant qu'un accident ou incident grave entraînait des conséquences particulièrement notables en raison du nombre important de personnes usant de ce moyen de transport et de sa dangerosité⁹.

Afin de s'adapter à la mutation des modes de transport, le Code pénal a par la suite adopté une disposition indépendante de celle concernant les chemins de fer (art. 238 CP), l'art. 237 CP, afin de prévenir les délits généraux contre la circulation publique¹⁰. Cela résulte principalement du fait que les chemins de fer ont, au fil des décennies, cessé de monopoliser le trafic et que d'autres moyens de transport ont émergé devenant à leur tour source de danger¹¹. L'entrave aux chemins de fer est ainsi devenue un cas aggravé de perturbation des communications publiques, faisant l'objet d'une disposition spéciale, l'art. 238 CP¹² et a acquis le caractère de *lex specialis* vis-à-vis de l'art. 237 CP¹³.

En date du 25 avril 2018, le CF a soumis deux projets en vue de la modification de la LF sur l'harmonisation des peines et la LF sur l'adaptation du droit pénal accessoire au droit des sanctions modifié¹⁴. Sont comprises et concernées par cette modification les art. 237 s. CP¹⁵. Le projet de LF sur l'harmonisation des peines prévoit en particulier l'abrogation totale de l'art. 238 CP¹⁶. L'art. 237 CP serait garant de la circulation publique, notamment lorsque celle-ci s'effectue par le service des chemins de fer, puisque

⁸ Message harmonisation, p. 2940 ; DUPUIS ET AL., rem. prélim. art. 237-239 CP n° 2 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 2 ; TRECHSEL / CONINX, art. 238 CP n° 1.

⁹ DUPUIS ET AL., rem. prélim. art. 237-239 CP n° 2 ; FIOLKA, art. 238 CP n° 4.

¹⁰ LOGOZ, rem. prélim. art. 237-239 CP n° 1 ; RODIGARI, art. 237 CP n° 1.

¹¹ DUPUIS ET AL., rem. prélim. art. 237-239 CP n° 2 ; GROTRIAN, p. 116 ; v. ég. RODIGARI, art. 237 CP n° 1.

¹² CORBOZ, art. 237 CP n° 1 ; DUPUIS ET AL., rem. prélim. art. 237-239 CP n° 2 ; FIOLKA, art. 238 CP p. 4273 ; KLETT / BAUMELER / DAPHINOFF, n° 591 ; LOGOZ, rem. prélim. art. 237 CP n° 1.

¹³ ATF 78 IV 101, JdT 1952 IV 122 (trad.) ; 72 IV 23, JdT 1946 IV 78 (trad.) ; DONATSCH / THOMMEN / WOHLERS, § 23 p. 91 ; FIOLKA, art. 238 CP n° 2 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 30 ; TRECHSEL / CONINX, art. 237 CP n° 19.

¹⁴ Message harmonisation, p. 2889 ss ; Projet harmonisation, p. 3017 ss.

¹⁵ Message harmonisation, p. 2940 s. ; Projet harmonisation, p. 3049.

¹⁶ Projet harmonisation, p. 3049.

l'article stipulerait que « quiconque, intentionnellement, empêche, trouble ou met en danger la circulation publique, notamment (...) par chemins de fer et par là met sciemment en danger la vie ou l'intégrité corporelle des personnes ou la propriété d'autrui est puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire »¹⁷. Le CF a adopté une telle approche à la suite de certaines considérations relatives aux méthodes de transport actuelles, en particulier en raison des progrès techniques et de la technologie ayant émergés depuis lors. Une majeure partie de la doctrine, dont font notamment partie BOMMER, CORBOZ, FIOKA, RODIGARI et STRATENWERTH, soutient le même raisonnement¹⁸. Le CF tend ainsi à considérer qu'il existe actuellement une multitude de moyens de transports pouvant causer tout autant de dégâts qu'un accident ou incident grave ferroviaire, ne justifiant de ce fait plus deux dispositions distinctes. Les avions de ligne, lesquels transportent un nombre élevé de passagers, ou les accidents de la route, en raison du nombre d'automobilistes et de la puissance des véhicules, mettent en danger un nombre important de personnes, de manière similaire aux transports ferroviaires tout en étant couverts par l'art. 237 CP¹⁹. Du point de vue actuel, et étant donné la combinaison de tous les types de transport, un traitement différencié entre l'art. 237 et 238 CP est par conséquent difficilement justifiable et ne peut s'expliquer qu'historiquement²⁰. Par ailleurs, ce raisonnement est soutenu par une nette diminution des condamnations sur la base de l'art. 238 CP. Alors que les condamnations en la matière s'élevaient à 3'032 entre 1960 et 1970, seules 490 ont été ordonnées entre 2007 et 2017²¹.

Le Conseil des États a rendu le 9 juin 2020 une décision sur les deux projets en question. Il a majoritairement adhéré, sauf modifications, à ces derniers et a en particulier accepté, en l'état des projets émis par le CF, les art. 237 s.

¹⁷ Projet harmonisation, p. 3049.

¹⁸ CORBOZ, art. 238 CP n° 20 ; DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 1 ; FIOKA, art. 238 CP n° 4 ; STRATENWERTH / BOMMER, § 32 n° 22 ; TRECHSEL / CONINX, art. 238 CP n° 1.

¹⁹ Message harmonisation, p. 2940 ; CORBOZ, art. 238 CP n° 20 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 3 ; TRECHSEL / CONINX, art. 238 CP n° 1.

²⁰ Message harmonisation, p. 2940 ; ATF 100 IV 54 consid. 5 (non publié au JdT) ; DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 1 ; FIOKA, art. 238 CP n° 4.

²¹ FIOKA, art. 238 CP p. 4273.

CP, c'est-à-dire la nouvelle teneur de l'art. 237 CP et l'abrogation de l'art. 238 CP.

B. Bien juridiquement protégé

Intégré au Titre 9 CP consacrant les crimes ou délits contre les communications publiques, l'art. 238 CP tend à garantir la sécurité du service des chemins de fer afin de protéger principalement la vie et l'intégrité corporelle des personnes²². Est protégé par l'art. 238 CP un large cercle de personnes²³. La disposition comprend en effet tant les voyageurs se trouvant à bord des chemins de fer que ceux en train de monter et descendre d'un train ou les personnes se trouvant sur les voies et les quais²⁴. Ces dernières sont également protégées lorsqu'elles ne font qu'accompagner ou venir chercher d'autres voyageurs dans la région des quais et des voies sans pour autant prendre elles-mêmes le chemin de fer²⁵. A titre exemplatif, tombe sous la protection de l'art. 238 CP le propriétaire d'une maison voisine à l'infrastructure ferroviaire dont la maison aurait été endommagée suite à une entrave au sens de l'art. 238 CP²⁶. Par ailleurs, les employés des chemins de fer se trouvent également protégés, de même que la compagnie exploitant le service, ce pour autant qu'ils ne soient pas eux-mêmes auteur de l'infraction²⁷.

Contrairement à la garantie offerte à l'art. 237 CP, l'art. 238 CP va plus loin en mentionnant également à titre de bien juridiquement protégé la propriété d'autrui, c'est-à-dire tout objet appartenant à quelqu'un autre que l'auteur de l'entrave²⁸. A titre d'exemple, le propriétaire de biens dont le transport est assuré par un convoi ferroviaire est protégé par l'art. 238 CP, puisque ses biens sont considérés comme des biens juridiquement protégés par la dispo-

²² CORBOZ, art. 238 CP n° 10 ; DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 1 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 1 ; TRECHSEL / CONINX, art. 238 CP n° 1.

²³ DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 12 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 21 ; WEDER, art. 238 CP n° 2.

²⁴ CORBOZ, art. 238 CP n° 14 ; DONATSCH / THOMMEN / WOHLERS, § 24 p. 98 ; DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 12 ; FIOLKA, art. 238 CP n° 12 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 21.

²⁵ ATF 84 IV 18 consid. 2b, JdT 1958 IV 47 (trad.) ; FAVRE / PELLET / STOUDMANN, art. 238 CP n° 1.2.

²⁶ ATF 80 IV 181, JdT 1954 IV 55 (trad.) ; FIOLKA, art. 238 CP n° 12.

²⁷ ATF 86 IV 102 consid. 2 *in fine*, JdT 1960 IV 103 (trad.).

²⁸ ATF 116 IV 44 consid. 2a, JdT 1991 IV 137 (trad.) ; CORBOZ, art. 238 CP n° 15 ; DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 13 ; KLETT / BAUMELER / DAPHINOFF, n° 600 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 1.

sition à titre de « propriété d'autrui »²⁹. Les biens appartenant au service des chemins de fer sont par ailleurs également protégés par ladite disposition³⁰. Le projet de LF sur l'harmonisation des peines prévoit l'ajout de ce dernier bien juridiquement protégé à l'art. 237 pCP modifié³¹. Il comprendrait par exemple la propriété des passagers d'une entreprise de transport aérien voire la propriété même de celle-ci³².

Il existe une controverse doctrinale quant à savoir si le service technique des chemins de fer doit être admis comme un bien juridique protégé de manière distincte par l'art. 238 CP³³. Un courant doctrinal, dont font notamment parties FIOKA et DONATSCH, considère ainsi que le service technique des chemins de fer doit être protégé au même titre que les précédents biens mentionnés³⁴. Il faut néanmoins en distinguer les services commerciaux et administratifs de l'exploitation qui sont pour leur part protégés par l'art. 239 CP³⁵. Divers services sont concernés par cette dernière disposition, ainsi par exemple les distributeurs à billets, les salles d'attente, les ateliers de réparation et les salles de dépôt³⁶. *A contrario*, d'autres auteurs, dont notamment TRECHSEL, CONINX ou DUPUIS, considèrent que le service technique des chemins de fer doit être traité comme étant un bien protégé par l'art. 239 CP et non par l'art. 238 CP³⁷. Du même avis, RODIGARI considère que, bien que la problématique connaisse une portée pratique limitée, celle-ci doit être résolue à l'aune de la jurisprudence rendue en relation avec l'art. 237 CP³⁸. RODIGARI renvoie ainsi à la controverse similaire existant relativement à l'art. 237 CP³⁹ et soutient que doivent être seuls considérés comme des biens juridiques protégés par l'art. 237 CP la vie et l'intégrité corporelle des

²⁹ FIOKA, art. 238 CP n° 12.

³⁰ DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 13 ; TRECHSEL / CONINX, art. 238 CP n° 5.

³¹ Projet harmonisation, p. 3049.

³² Message harmonisation, p. 2941.

³³ RODIGARI, art. 238 CP n° 1.

³⁴ ATF 116 IV 44 consid. 2a, JdT 1991 IV 137 (trad.) ; FIOKA, art. 238 CP n° 3 ; v. ég. DREYER, 1942 p. 316-318.

³⁵ ATF 86 IV 102 consid. 2, JdT 1960 IV 103 (trad.) ; 84 IV 18 consid. 2b, JdT 1958 IV 47 (trad.) ; DONATSCH / THOMMEN / WOHLERS, § 24 p. 97 ; FIOKA, art. 238 CP n° 3 ; SCHOCH, p. 247 ; STRATENWERTH / BOMMER, § 32 n° 18 ; TRECHSEL / CONINX, art. 238 CP n° 3.

³⁶ DONATSCH / THOMMEN / WOHLERS, § 24 p. 97.

³⁷ DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 2 ; TRECHSEL / CONINX, art. 238 CP n° 1.

³⁸ RODIGARI, art. 238 CP n° 1.

³⁹ *Idem*, art. 237 CP n° 2 ; v. ég. DUPUIS ET AL., art. 237 CP n° 2.

personnes qui prennent part à la circulation publique⁴⁰. La circulation publique en tant que telle ne doit par conséquent pas être considérée comme un bien juridiquement protégé par cette disposition⁴¹. Le TF avait d'ailleurs effectué un revirement de jurisprudence en la matière puisqu'il considérait initialement que l'art. 237 CP protégeait de prime abord la circulation publique puis la vie et l'intégrité corporelle⁴². Il a ultérieurement modifié cette jurisprudence en soulignant que cette disposition protège la vie et l'intégrité corporelle des personnes se trouvant dans la circulation publique⁴³. RODIGARI se base donc sur cette jurisprudence pour l'art. 238 CP en considérant que l'accent doit être mis sur la personne humaine et non son environnement⁴⁴. Si le TF ne s'est pas prononcé sur la question du service technique à titre de bien juridiquement protégé, il est à noter qu'il a rejeté à plusieurs reprises et de manière explicite toute limitation du domaine de protection de l'art. 238 CP⁴⁵.

II. Éléments constitutifs de l'infraction

A. Éléments constitutifs objectifs

1. Service des chemins de fer

L'art. 238 CP, dans sa version française, a pour objet « [l']entrave au service des chemins de fer », partant lesdits « chemins de fer » constituent le premier élément constitutif objectif.

La notion de « service des chemins de fer » nécessite cependant d'être approfondie. En effet, les notes marginales des versions française, respectivement allemande, de l'art. 238 CP divergent en ce sens que le texte français mentionne le « service des chemins de fer » quand le texte allemand use du terme « Eisenbahnverkehrs », soit le transport ou trafic ferroviaire⁴⁶. Au sur-

⁴⁰ RODIGARI, art. 237 CP n° 2.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² FIOKA, art. 237 CP n° 5 ; TRECHSEL / CONINX, art. 237 CP n° 1 s.

⁴³ ATF 100 IV 54 consid. 5 (non publié au JdT).

⁴⁴ ATF 116 IV 182 consid. 2d, JdT 1992 I 106 (trad.) ; RODIGARI, art. 237 CP n° 2 et 238 CP n° 1.

⁴⁵ ATF 100 IV 54 consid. 5 (non publié au JdT) ; 84 IV 18 consid. 2b, JdT 1958 IV 47 (trad.).

⁴⁶ ATF 86 IV 102 consid. 2, JdT 1960 IV 103 (trad.) ; DREYER, 1942 p. 316-318 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 9.

plus, une distinction semblable existe également quant à la note marginale de l'art. 239 CP puisque la version française reprend la notion « service » que connaît l'art. 238 CP, que la version allemande désigne par « Betrieb »⁴⁷. En l'espèce, « Betrieb » doit être compris comme « exploitation »⁴⁸. Considérant ces deux disjonctions linguistiques, le TF a tranché en ce sens qu'il a considéré que la notion de service connue de l'art. 238 CP (« Eisenbahnverkehrs ») devait être comprise de manière plus restrictive que celle d'exploitation de l'art. 239 CP (« Betrieb »)⁴⁹.

S'en suit que la notion de « chemins de fer » reste pour autant indéterminée. L'art. 1 al. 2 LCdF prévoit une première définition de cette notion. Il dispose en effet que les chemins de fer comprennent « l'infrastructure et les transports effectués sur celle-ci ». Partant, il s'agit de l'infrastructure soumise au régime de la concession (art. 5 al. 1 LCdF) sur laquelle s'effectue le transport des voyageurs ou l'infrastructure qui permet l'accès au réseau, ainsi que les transports effectués sur cette même infrastructure⁵⁰. La définition donnée par l'art. 1 al. 2 LCdF n'est cependant pas décisive puisqu'elle n'est pas applicable à l'ensemble du système juridique suisse, dont notamment au droit pénal⁵¹.

La jurisprudence et la doctrine majoritaire ont déterminé certains éléments caractéristiques aux chemins de fer⁵². Est ainsi considéré comme tel tout véhicule se déplaçant sur ou sous un rail⁵³. Ledit véhicule doit être en principe stable, être composé de wagons, d'un véhicule à moteur ou d'un véhicule tracteur et évoluer sur la terre ferme⁵⁴. De surcroît, pour être considéré comme un chemin de fer, le véhicule en question ne doit pas pouvoir

⁴⁷ RODIGARI, art. 238 CP n° 9.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ ATF 72 IV 68, JdT 1946 IV 180 (trad.) ; RODIGARI, art. 238 CP n° 9.

⁵⁰ CORBOZ, art. 238 CP n° 3 ; DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 5 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 9 ; SCHOCH, p. 248 ; TRECHSEL / CONINX, art. 238 CP n° 2.

⁵¹ FAVRE / PELLET / STAUDMANN, art. 238 CP n° 1.1 ; FIOKA, art. 238 CP n° 6 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 9 ; WEDER, art. 238 CP n° 1.

⁵² ATF 77 IV 178 (non publié au JdT) ; STRATENWERTH / BOMMER, § 32 n° 18.

⁵³ ATF 77 IV 178 (non publié au JdT) ; CORBOZ, art. 238 CP n° 4 ; KLETT / BAUMELER / DAPHINOFF, n° 598 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 10 ; STRATENWERTH / BOMMER, § 32 n° 18.

⁵⁴ FIOKA, art. 238 CP n° 7 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 11.

s'écarter latéralement de la voie ferrée sur laquelle il se déplace⁵⁵. En définitive, il découle de cette définition que le train, le chemin de fer à crémaillère, le métro et le tram sont considérés comme des chemins de fer sous l'angle de l'art. 238 CP⁵⁶. Le trolleybus et les autres installations à câble telles que régies par la LICa, notamment le télésiège, le téléski et le téléphérique (art. 2 al. 1 LICa), se trouvent donc exclus de la notion et les accidents ou incidents graves y relatifs doivent être tranchés à l'aune de l'art. 237 CP, voire de la LCR⁵⁷.

Par ailleurs, la jurisprudence et la doctrine majoritaire ont précisé que la notion de « chemins de fer » de l'art. 238 CP ne comprend que la part technique des véhicules définis comme tels⁵⁸. La notion de « service technique » englobe elle-même des éléments précis, en particulier les véhicules, tant les wagons que les locomotives, les voies ferrées, les barrières, les rails, les signaux, les aiguillages, les quais, les passages à niveau, les postes d'aiguillage et le bureau du chef de gare pour autant qu'ils contribuent au fonctionnement du trafic ferroviaire⁵⁹. Partant, sont exclus de ladite notion, la centrale électrique, les distributeurs de billets, les salles d'attente, les ateliers de réparation et les locaux administratifs en tant que leur utilisation ne concerne pas prioritairement le trafic ferroviaire⁶⁰.

Il appert par conséquent que l'art 238 CP s'applique à tout comportement troublant le déplacement régulier d'un wagon, que celui-ci transporte tant des voyageurs que des marchandises⁶¹. Sont alors comprises et protégées par l'art. 238 CP les opérations de transport de personnes et de biens de prime abord, ainsi que les opérations auxiliaires, en particulier les manœuvres lors

⁵⁵ DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 5 ; TRECHSEL / CONINX, art. 238 CP n° 2.

⁵⁶ Arrêt du TF 6B_377/2008 du 1^{er} juillet 2008 consid. 6.2.2.2 ; CORBOZ, art. 238 CP n° 4 ; DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 5 ; FIOKA, art. 238 CP n° 7 ; KLETT / BAUMELER / DAPHINOFF, n° 598 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 11 ; TRECHSEL / CONINX, art. 238 CP n° 2 ; WEDER, art. 238 CP n° 2.

⁵⁷ CORBOZ, art. 238 CP n° 4 ; DREYER, 1942 p. 316 ; FIOKA, art. 238 CP n° 8 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 11 ; STRATENWERTH / BOMMER, § 32 n° 18 ; TRECHSEL / CONINX, art. 238 CP n° 2.

⁵⁸ CORBOZ, art. 238 CP n° 7 ; FAVRE / PELLET / STAUDMANN, art. 238 CP n° 1.3 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 11.

⁵⁹ FIOKA, art. 238 CP n° 9 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 11.

⁶⁰ RODIGARI, art. 238 CP n° 11.

⁶¹ FAVRE / PELLET / STAUDMANN, art. 238 CP n° 1.3.

desquelles des véhicules sont déplacés à vide ou les manœuvres de rangement⁶². Bien que l'équipement et l'activité servant à l'aspect commercial voire administratif du service des chemins de fer ne sont pas protégés par l'art. 238 CP, ils peuvent tomber sous la protection de l'art. 239 CP qui mentionne expressément « (...) l'exploitation d'une entreprise publique de transports ou de communications, notamment celle des chemins de fer » ainsi que « (...) l'exploitation d'un établissement ou d'une installation servant à distribuer au public l'eau, la lumière, l'énergie ou la chaleur »⁶³.

Relativement à l'exploitation du service des chemins de fer, une controverse doctrinale existe opposant pénalistes et spécialistes du droit administratif⁶⁴. Celle-ci tient à savoir si les chemins de fer doivent être exploités par une collectivité publique pour que l'art. 238 CP leur soit applicable⁶⁵. Ce conflit doctrinal concerne en particulier la définition ou signification à donner au terme « trafic public » ou « communications publiques » prévu par le Titre 9 CP⁶⁶. Une partie de la doctrine, dont fait partie FIOŁKA, considère ainsi que les chemins de fer privés ne tombent pas sous cette disposition et que par conséquent l'art. 238 al. 2 CP ne trouve application que lorsque le service de chemins de fer est en main publique⁶⁷. Un autre courant doctrinal, dont notamment DUPUIS ou RODIGARI, estime qu'une telle interprétation n'a pas lieu d'être⁶⁸. Ces auteurs considèrent, à l'appui de la jurisprudence relative à l'art. 237 CP, que l'exploitant du lieu litigieux n'est pas déterminant pour la notion de circulation publique, mais il s'agit de considérer plutôt l'accessibilité à un cercle indéterminé de personnes⁶⁹. Cela résulte en particulier de la *ratio legis* de la disposition, puisque le législateur entendait protéger le public des dangers résultant de l'entrave au service des chemins de fer et qu'il est donc

⁶² ATF 116 IV 44, JdT 1991 IV 137 (trad.) ; 86 IV 102 consid. 2, JdT 1960 IV 103 (trad.) ; CORBOZ, art. 238 CP n° 7 ; FIOŁKA, art. 238 CP n° 9 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 11.

⁶³ DONATSCH / THOMMEN / WOHLERS, § 24 p. 97 ; FIOŁKA, art. 238 CP n° 9 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 11 ; STRATENWERTH / BOMMER, § 32 n° 18.

⁶⁴ DREYER, 1943 p. 389 s. ; DREYER, 1942 p. 314 s. ; ISCHER, p. 93 s. ; RODIGARI, art. 238 CP n° 13.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 7.

⁶⁷ FIOŁKA, art. 238 CP n° 11 ; v. ég. CORBOZ, art. 238 CP n° 5 ; v. ég. TRECHSEL / CONINX, art. 238 CP n° 3.

⁶⁸ DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 7 ; RODIGARI, art. 237 CP n° 6 et 238 CP n° 13.

⁶⁹ RODIGARI, art. 237 CP n° 6 et 238 CP n° 13.

peu pertinent de savoir si ledit service se trouve en main privée ou publique⁷⁰. Partant, selon ce second courant doctrinal, l'art. 238 CP protège tout chemin de fer à usage public⁷¹.

De la même manière, il n'est pas donné d'indication dans l'art. 238 CP quant à savoir si la répression de l'entrave au service des chemins de fer se limite à ceux soumis au service public ou si les installations à usage purement privé, par exemple sur un chantier, se trouvent également concernées par la disposition⁷². En référence à la *ratio legis* de la disposition et au Titre dans lequel elle s'insère, il est possible d'en déduire que seuls sont concernés les moyens de transport accessibles à la collectivité⁷³.

2. Entrave

L'entrave est le deuxième élément constitutif objectif de l'infraction au sens de l'art. 238 CP.

Est compris par « entrave » le comportement typique consistant à empêcher, troubler ou mettre en danger le service, cela de manière analogue à la notion de l'art. 237 CP⁷⁴. Ces trois éléments peuvent être pratiquement assimilés en tant qu'ils visent un comportement similaire⁷⁵. Certains auteurs, en particulier BOMMER, RODIGARI et STRATENWERTH, considèrent ainsi difficile voire même superflu de les distinguer⁷⁶. Le TF a déterminé, relativement à l'art. 237 CP, qu'était considérée comme une entrave « toute action humaine qui met en danger la vie ou l'intégrité corporelle des participants à la circulation publique »⁷⁷. Partant, le comportement punissable est déterminé par les effets qu'il produit, sans que soit pertinente pour sa punissabilité une manière caractéristique de se comporter⁷⁸. Appliquée à l'art. 238 CP, cette jurispru-

⁷⁰ DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 7.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² RODIGARI, art. 238 CP n° 12.

⁷³ CORBOZ, art. 238 CP n° 5 ; DREYER, 1943 p. 390 ; DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 7 ; FIOKA, art. 238 CP n° 10 ; ISCHER, p. 92 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 12.

⁷⁴ CORBOZ, art. 238 CP n° 6 ; DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 8 ; RODIGARI, art. 237 CP n° 13 et 238 CP n° 14 ; SCHOCH, p. 248.

⁷⁵ RODIGARI, art. 238 CP n° 14.

⁷⁶ *Idem*, art. 237 CP n° 13 et 238 CP n° 14 ; STRATENWERTH / BOMMER, § 32 n° 7.

⁷⁷ ATF 134 IV 255 consid. 4.1, JdT 2009 IV 75 (rés.).

⁷⁸ *Ibidem*.

dence revient à considérer qu'est une entrave tout acte propre à entraîner l'effet prohibé, c'est-à-dire la mise en danger de la vie, de l'intégrité corporelle ou de la propriété d'autrui⁷⁹. Somme toute, cela consiste à prendre en compte les effets d'un comportement humain et non le comportement en lui-même⁸⁰. En outre, l'art. 238 CP ne règle pas de façon exhaustive les actes susceptibles d'actionner l'article, mais mentionne à titre exemplatif le déraillement et la collision⁸¹. Par conséquent, l'infraction peut également être réalisée par d'autres moyens⁸².

A titre d'exemple, constitue une entrave, le fait, pour un employé de gare, de se réveiller en retard et d'empêcher le départ du train, lequel, en restant à quai, est percuté par une draine⁸³. Une telle analyse est également applicable au conducteur de tram qui conduirait à une vitesse excessive et qui, à l'approche d'un passage à niveau non gardé, n'avertirait pas de son approche du passage, causant à la suite de cette omission une collision avec un véhicule automobile⁸⁴. Finalement, une entrave a également été reconnue lorsque de mauvaises informations ont été données par un agent de gare à un conducteur de locomotive, amenant ce dernier à s'engager sur le mauvais quai et à entrer en collision avec un train arrivant en sens inverse⁸⁵.

Pour qu'il y ait entrave au sens de l'art. 238 CP, et au sens de la doctrine majoritaire, celle-ci doit encore être dirigée contre un élément compris par la notion de « services techniques » (*supra* II/A/1)⁸⁶. A défaut, une entrave conduite contre le fonctionnement administratif et commercial des chemins de

⁷⁹ CORBOZ, art. 237 CP n° 12 et 238 CP n° 6 ; FIOŁKA, art. 238 CP n° 13 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 14.

⁸⁰ ATF 134 IV 255 consid. 4.1, JdT 2009 IV 75 (rés.) ; CORBOZ, art. 238 CP n° 6 ; FIOŁKA, art. 238 CP n° 13 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 14.

⁸¹ DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 8 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 15 ; STRATENWERTH / BOMMER, § 32 n° 20.

⁸² DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 8 ; FIOŁKA, art. 238 CP n° 14 ; TRECHSEL / CONINX, art. 238 CP n° 6.

⁸³ ATF 68 IV 16, JdT 1942 I 372 (trad.) ; FIOŁKA, art. 238 CP n° 18 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 17.

⁸⁴ ATF 77 IV 178 (non publié au JdT) ; FIOŁKA, art. 238 CP n° 18 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 17.

⁸⁵ ATF 104 IV 18 consid. 2 (non publié au JdT) ; 88 IV 107, JdT 1998 I 770 (trad.) ; FIOŁKA, art. 238 CP n° 18 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 17.

⁸⁶ CORBOZ, art. 238 CP n° 7 ; DONATSCH / THOMMEN / WOHLERS, § 24 p. 98 ; DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 9 ; STRATENWERTH / BOMMER, § 32 n° 18.

fer n'est pas répressible au sens de l'art. 238 CP, le législateur ayant pour but unique la sécurité du fonctionnement des véhicules⁸⁷.

Il est par ailleurs à noter que si le législateur avait initialement édicté la disposition en vue de sanctionner le personnel des chemins de fer, toute personne commettant une entrave dirigée contre les chemins de fer est susceptible d'être auteur⁸⁸. Tel est par exemple le cas de la sentinelle sur un chantier occupant un chemin de fer⁸⁹ ou lors d'une collision entre un véhicule et un train en mouvement, ce qui constitue en principe toujours une entrave au service des chemins de fer⁹⁰. A titre informatif, bien que les automobilistes puissent être auteurs d'entraves au service des chemins de fer, ces derniers, lorsqu'ils subissent des dommages, ne tombent pas pour autant sous la protection de l'art. 238 CP mais sont protégés par d'autres dispositions⁹¹.

3. Mise en danger de la vie, de l'intégrité corporelle ou de la propriété d'autrui

Finalement, la mise en danger de la vie, de l'intégrité corporelle ou de la propriété d'autrui forme le dernier élément constitutif objectif de l'art. 238 CP.

Il s'agit en l'espèce d'une infraction de mise en danger concrète qui nécessite, selon le cours ordinaire des choses, soit la vraisemblance soit une haute probabilité que le risque se réalise, le risque en question devant être compris comme la lésion d'un des biens juridiquement protégés⁹². A titre exemplatif, dans le cas d'un freinage d'urgence, le fait que les passagers d'un train soient mis en situation concrète de danger, même si aucun d'entre eux ne souffre d'un dommage, suffit pour constituer une mise en danger au sens de l'art. 238 CP⁹³. *A contrario*, le simple fait de marcher sur des rails ne

⁸⁷ CORBOZ, art. 238 CP n° 7 ; DONATSCH / THOMMEN / WOHLERS, § 24 p. 98 ; DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 9 ; STRATENWERTH / BOMMER, § 32 n° 18.

⁸⁸ ATF 124 IV 114 consid. 1, JdT 1998 I 770 (trad.) ; CORBOZ, art. 237 CP n° 13 et 238 CP n° 9 ; DONATSCH / THOMMEN / WOHLERS, § 23 p. 91 ; KLETT / BAUMELER / DAPHINOFF, n° 599.

⁸⁹ ATF 126 IV 13, JdT 2003 IV 2 (trad.).

⁹⁰ ATF 116 IV 44 consid. 1, JdT 1991 IV 137 (trad.).

⁹¹ ATF 124 IV 114 consid. 2, JdT 1998 I 770 (trad.) ; CORBOZ, art. 238 CP n° 14.

⁹² ATF 124 IV 114 consid. 1, JdT 1998 I 770 (trad.) ; DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 10 ; FIOKA, art. 238 CP n° 16 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 18 ; WEDER, art. 238 CP n° 3.

⁹³ ATF 124 IV 114 consid. 1, JdT 1998 I 770 (trad.) ; 116 IV 44 consid. 1, JdT 1991 IV 137 (trad.) ; 93 I 75 consid. 2b (non publié au JdT) ; 87 IV 87 consid. 2 (non publié au JdT).

constitue pas encore une mise en danger concrète de l'intégrité physique, de la vie ou de la propriété d'autrui au sens de l'art. 238 al. 1 CP⁹⁴.

Dans ce cadre, la création d'un danger collectif n'est pas exigée⁹⁵. Cela signifie qu'il n'est pas nécessaire qu'un nombre important de personnes se trouve exposé à un danger de mort, de blessure ou d'atteinte au patrimoine⁹⁶. Découle de ces constatations et de la jurisprudence, que la mise en danger, pour autant que celle-ci soit concrète, d'un individu unique voire d'un seul objet appartenant à autrui suffit⁹⁷. Cela est cependant remis en question par une partie minoritaire de la doctrine, notamment ISCHER⁹⁸.

Il est à noter une distinction en cas d'infraction par négligence au sens de l'art. 238 al. 2 CP⁹⁹. En effet, cette disposition stipule que « la peine sera une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire si le délinquant a agi par négligence et par là mis en danger sérieux la vie ou l'intégrité corporelle de personnes ou la propriété d'autrui » (art. 238 al. 2 CP). Contrairement à ce qui prévaut au sens de l'al. 1 relatif à l'infraction intentionnelle, l'al. 2 concernant l'infraction par négligence impose une « mise en danger sérieuse » et non plus seulement concrète (*infra* II/B/2)¹⁰⁰.

Pour que l'art. 238 CP trouve application, un lien de causalité entre l'entrave (*supra* II/A/2) et la mise en danger doit être donné¹⁰¹. Ce lien de causalité, pour autant qu'il existe, ne peut être rompu qu'à des conditions restrictives. Ainsi, l'intervention d'une personne tierce permettant la neutralisation de la mise en danger et par conséquent l'absence de résultat n'est pas suffisante

⁹⁴ ATF 145 IV 491 consid. 2.4.1 (non publié au JdT) ; arrêt du TF 6B_1059/2018 du 17 janvier 2019 consid. 2.2.

⁹⁵ ATF 80 IV 181, JdT 1954 IV 155 (trad.) ; DONATSCH / THOMMEN / WOHLERS, § 24 p. 99 ; FAVRE / PELLET / STAUDMANN, art. 238 CP n° 1.2 ; FIOKA, art. 238 CP n° 17 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 18 ; TRECHSEL / CONINX, art. 238 CP n° 7.

⁹⁶ ATF 80 IV 181, JdT 1954 IV 155 (trad.) ; FAVRE / PELLET / STAUDMANN, art. 238 CP n° 1.2 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 18.

⁹⁷ ATF 80 IV 181, JdT 1954 IV 155 (trad.) ; CORBOZ, art. 238 CP n° 12 ; DONATSCH / THOMMEN / WOHLERS, § 24 p. 100 ; DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 10 ; FIOKA, art. 238 CP n° 16 ; TRECHSEL / CONINX, art. 238 CP n° 7.

⁹⁸ ISCHER, p. 102.

⁹⁹ DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 21 ; FIOKA, art. 238 CP n° 27 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 22.

¹⁰⁰ RODIGARI, art. 238 CP n° 22.

¹⁰¹ DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 14 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 19.

pour rompre le lien de causalité¹⁰². A titre exemplatif, a été condamné pour entrave au service des chemins de fer, un agent de gare qui avait autorisé par erreur un convoi rapide à passer sur une voie, sans prendre en compte le fait que les passagers d'un autre véhicule traversaient à cet endroit¹⁰³. *In casu*, bien qu'aucun desdits passagers n'ait été blessé, ce grâce à leur probité, le lien de causalité entre l'acte de l'agent de gare et la mise en danger, en l'occurrence de l'intégrité corporelle, voire de la vie de personnes, existait¹⁰⁴. De surcroît, la jurisprudence cantonale a jugé suivant le même raisonnement le cas d'employés qui avaient déposé trois ouvrages sur les voies en évoquant un déraillement de train¹⁰⁵. En l'espèce, aucun dommage n'avait été à déplorer, ce grâce à l'intervention d'habitants, lesquels avaient déplacés lesdits ouvrages une heure avant le passage du train¹⁰⁶. Le tribunal a considéré en la cause que l'absence de dégâts résultait uniquement de l'intervention de tiers, soit d'un hasard total, n'interrompant par conséquent pas le lien de causalité¹⁰⁷.

Partant, il découle de la précédente analyse que la jurisprudence n'admet que de manière restrictive la rupture du lien de causalité¹⁰⁸. Tel n'est alors qu'exclusivement le cas en présence de circonstances tout à fait exceptionnelles dans lesquelles la faute d'un tiers ou un dysfonctionnement technique permettrait d'exclure les conséquences juridiques d'un acte fautif ayant causé une mise en danger au sens de l'art. 238 CP¹⁰⁹. Démontre de la sévérité de la jurisprudence en la matière, le cas précédemment évoqué (*supra* II/A/2) d'un mécanicien de locomotive ayant commis pour faute de ne pas avoir compris les signaux d'un employé d'exploitation et d'avoir poursuivi sa route jusqu'à causer une collision avec un autre convoi¹¹⁰. Le TF a en l'espèce considéré que la défaillance des dispositifs de sécurité utilisés dans

¹⁰² ATF 87 IV 87 consid. 2 (non publié au JdT) ; RODIGARI, art. 238 CP n° 19.

¹⁰³ ATF 84 IV 18, JdT 1958 IV 47 (trad.).

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ Arrêt du Tribunal cantonal du canton de Soleure SOG 2003 n° 5 du 8 décembre 2003.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ ATF 87 IV 87 consid. 2 (non publié au JdT) ; arrêt du Tribunal cantonal du canton de Soleure SOG 2003 n° 5 du 8 décembre 2003 consid. 5b ; v. ég. DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 11.

¹⁰⁸ RODIGARI, art. 238 CP n° 20.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ ATF 88 IV 107, JdT 1963 IV 22 (trad.).

le trafic ferroviaire, de même que le non-fonctionnement du dispositif automatique de freinage, n'étaient pas des éléments sortant à ce point du cours ordinaire des choses qu'ils permettaient de rompre le lien de causalité entre la faute du mécanicien et la mise en danger concrète des biens juridiquement protégés par l'art. 238 CP¹¹¹.

B. Éléments constitutifs subjectifs

1. Intention

L'art. 238 al. 1 CP prévoit la commission intentionnelle de l'entrave au service des chemins de fer. L'art. 12 al. 2 1^{ère} phr. CP dispose qu'« agit intentionnellement quiconque commet un crime ou un délit avec conscience et volonté ». En découle que la notion d'« intention » présuppose la conscience et la volonté de l'auteur (art. 12 al. 2 CP), lesquelles doivent porter sur l'ensemble des éléments constitutifs objectifs de l'infraction¹¹². L'auteur doit par conséquent reconnaître et accepter la situation dans laquelle les différents éléments seraient réalisés¹¹³. En outre, il doit être reconnaissable que l'auteur présentait cet aspect de conscience au moment même d'agir¹¹⁴.

Relativement à l'art. 238 al. 1 CP, l'auteur de l'infraction doit donc avoir agi avec conscience et volonté en vue d'empêcher, de troubler ou de mettre en danger le service de chemin de fer¹¹⁵. En sus, il doit avoir « sciemment mis en danger la vie ou l'intégrité corporelle des personnes ou la propriété d'autrui » (art. 238 al. 1 CP), c'est-à-dire l'un des biens juridiquement protégés par la disposition¹¹⁶.

Le dol éventuel ne suffit pas à fonder une entrave répréhensible au sens de l'art. 238 al. 1 CP, du moins concernant le dernier élément constitutif objectif

¹¹¹ ATF 88 IV 107 consid. 2, JdT 1963 IV 22 (trad.) ; v. ég. FIOKA, art. 238 CP n° 16.

¹¹² DUPUIS ET AL., art. 12 CP n° 4 ; FAVRE / PELLET / STODMANN, art. 12 CP n° 2.1 ; HURTADO POZO / GODEL, n° 416 ; HURTADO POZO, n° 556 ; TRECHSEL / CONINX, art. 237 CP n° 14.

¹¹³ DUPUIS ET AL., art. 12 CP n° 4 ; HURTADO POZO / GODEL, n° 418 ; NIGGLI / MAEDER, art. 12 CP n° 26.

¹¹⁴ DUPUIS ET AL., art. 12 CP n° 5 ; HURTADO POZO / GODEL, n° 417 ; HURTADO POZO, n° 566 ; NIGGLI / MAEDER, art. 12 CP n° 25.

¹¹⁵ RODIGARI, art. 238 CP n° 25.

¹¹⁶ FIOKA, art. 238 CP n° 26 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 25.

de la mise en danger¹¹⁷. Au sens de l'art. 12 al. 2 2^{ème} phr. CP, le dol éventuel est caractérisé par le fait que « l'auteur agit déjà intentionnellement lorsqu'il tient pour possible la réalisation de l'infraction et l'accepte au cas où celle-ci se produirait ». Il consiste donc en le fait pour l'auteur de l'infraction d'envisager le résultat dommageable et de s'en accommoder¹¹⁸. L'auteur adopte par conséquent une position indifférente quant à la réalisation de l'infraction¹¹⁹. Il ne prend notamment pas les mesures nécessaires ou du moins ne fait pas ce qui est en son pouvoir pour éviter ou atténuer les conséquences de l'infraction¹²⁰.

Sa non-applicabilité à l'art. 238 al. 1 CP se justifie en ce sens que l'auteur de l'infraction ne présente pas les éléments de conscience et de volonté nécessaires à la mise en danger¹²¹. Cela résulte en particulier de l'adverbe « sciemment » présent dans la disposition (art. 238 al. 1 CP) et qui fait défaut en cas d'infraction par dol éventuel¹²². Le TF a cependant reconnu que l'auteur qui crée un état de fait consciemment et volontairement et duquel découle un danger, qu'il accepte en tant que tel, envisage, voire vise forcément ce danger¹²³. A cet effet, certains auteurs, dont en particulier RODIGARI ou DUPUIS, considèrent possible le fait d'admettre le dol éventuel portant sur le fait d'entraver le service des chemins de fer, en particulier lorsqu'il porte sur le fait d'empêcher, de troubler ou de mettre en danger le service des chemins de fer¹²⁴.

¹¹⁷ Arrêt du TF 6B_251/2007 du 7 septembre 2007 consid. 2.1.1 ; CORBOZ, art. 238 CP n° 17 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 25 ; WEDER, art. 238 CP n° 6.

¹¹⁸ Arrêt du TF 6B_117/2015 du 11 février 2016 consid. 17.2.1 ; DUPUIS ET AL., art. 12 CP n° 15 ; FAVRE / PELLET / STOUDMANN, art. 12 CP n° 2.4 ; GRAVEN, p. 208 s. ; HURTADO POZO / GODEL, n° 432 ; HURTADO POZO, n° 580.

¹¹⁹ DUPUIS ET AL., art. 12 CP n° 15.

¹²⁰ FAVRE / PELLET / STOUDMANN, art. 12 CP n° 2.4.

¹²¹ RODIGARI, art. 238 CP n° 25.

¹²² Arrêt du TF 6B_251/2007 du 7 septembre 2007 consid. 2.1.1 ; CORBOZ, art. 238 CP n° 17 ; DONATSCH / THOMMEN / WOHLERS, § 23 p. 95 ; WEDER, art. 237 CP n° 14 et 238 CP n° 6.

¹²³ Arrêt du TF 6B_117/2015 du 11 février 2016 consid. 17.2.1.

¹²⁴ DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 15 ; LOGOZ, art. 238 CP n° 4c ; RODIGARI, art. 238 CP n° 25 ; WEDER, art. 237 CP n° 14.

2. Négligence

Une entrave existe également lorsque la mise en danger résulte d'une infraction par négligence, cela au sens de l'art. 238 al. 2 CP. Ainsi que défini à l'art. 12 al. 3 CP, « agit par négligence quiconque, par une imprévoyance coupable, commet un crime ou un délit sans se rendre compte des conséquences de son acte ou sans en tenir compte. L'imprévoyance est coupable quand l'auteur n'a pas usé des précautions commandées par les circonstances et par sa situation personnelle ». Partant, la négligence suppose, par opposition à l'infraction intentionnelle, que l'auteur n'ait pas l'intention de réaliser le comportement répressible constitutif de l'infraction¹²⁵. Un tel comportement est néanmoins punissable lorsqu'il résulte d'un manquement objectif qui peut être reproché à l'auteur¹²⁶. Cela signifie que l'auteur doit par conséquent avoir violé des règles de prudence qui s'imposaient à lui au vu des circonstances et en sus ne pas avoir déployé l'attention et/ou les efforts qu'on pouvait raisonnablement attendre de lui afin qu'il se conforme à ce devoir¹²⁷.

En matière de service des chemins de fer et afin de déterminer si une violation des devoirs de diligence a été commise, il est nécessaire de se référer aux règles et aux diverses législations spécifiques, telles qu'elles découlent de l'art. 17 al. 4 LCdF¹²⁸.

Le TF a par exemple considéré qu'une sentinelle que ne s'assure pas que son correspondant a bien reçu et compris son annonce radio enfreint les règles qui lui sont applicables et engage sa responsabilité pénale si cette violation de son devoir de prudence conduit à un accident¹²⁹. Cela est cependant à nuancer lorsqu'une décision erronée est le fait d'une personne

¹²⁵ DUPUIS ET AL., art. 12 CP n° 28 ; FAVRE / PELLET / STOUDMANN, art. 12 CP n° 3.1.

¹²⁶ ATF 104 IV 18 consid. 3 (non publié au JdT) ; DUPUIS ET AL., art. 12 CP n° 28 ; HURTADO POZO / GODEL, n° 928.

¹²⁷ FAVRE / PELLET / STOUDMANN, art. 12 CP n° 3.1.

¹²⁸ CFF, « Aperçu des lois, réglementations et documents de référence complémentaires », <https://company.sbb.ch/fr/les-cff-comme-partenaire-commercial/fournisseurs/prescriptions-et-cg/securite-de-la-construction/lois-et-reglementations.html> (consulté le 24.07.2020) ; DONATSCH / THOMMEN / WOHLERS, § 24 p. 101 ; DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 20 ; FAVRE / PELLET / STOUDMANN, art. 12 CP n° 3.1 ; HURTADO POZO / GODEL, n° 927 ; HURTADO POZO, n° 1372 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 26 ; TRECHSEL / CONINX, art. 238 CP n° 10.

¹²⁹ ATF 126 IV 13, JdT 2003 IV 2 (trad.).

usuellement consciencieuse et fiable¹³⁰. Dans une telle situation, la négligence ne constitue en effet pas une imprévoyance coupable¹³¹.

À titre de rappel, en cas de négligence, une mise en danger concrète n'est plus suffisante, mais le législateur, à son art. 238 al. 2 CP exige une mise en danger sérieuse (*supra* III/A/2)¹³². Cette exigence trouve son fondement historiquement dans la volonté du législateur de protéger les employés des chemins de fer de poursuites pénales pour des fautes bénignes¹³³. Bien que le terme « sérieux », ou « erheblich » dans sa version allemande, soit relativement peu clair, la doctrine majoritaire et la jurisprudence se sont conjointement accordées sur cette notion de « mise en danger sérieuse »¹³⁴. En découle que le dommage qui surviendrait en cas de réalisation du danger doit être sérieux ou ne peut du moins plus être qualifié d'insignifiant, respectivement de léger¹³⁵. La probabilité de la survenance est en revanche identique en cas d'infraction intentionnelle ou par négligence¹³⁶. En effet, il n'est pas nécessaire que la survenance de l'événement dommageable soit qualifiée de plus probable voire plus imminente qu'en cas d'entrave intentionnelle¹³⁷.

Bien que des lésions corporelles simples (art. 123 CP), à l'exception des lésions corporelles légères, suffisent à fonder une mise en danger dite sérieuse¹³⁸, le dommage à la propriété nécessite quant à lui d'être suffisamment important pour fonder une telle mise en danger¹³⁹. L'art. 238 al. 2 CP

¹³⁰ FIOJKA, art. 238 CP n° 28 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 27.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 21 ; FIOJKA, art. 238 CP n° 27 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 21 ; WEDER, art. 238 CP n° 8.

¹³³ ATF 124 IV 114 consid. 1, JdT 1998 I 770 (trad.) ; 116 IV 44 consid. 2b, JdT 1991 IV 137 (trad.) ; CORBOZ, art. 238 CP n° 19 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 21.

¹³⁴ ATF 87 IV 87 consid. 1 (non publié au JdT) ; 72 IV 23, JdT 1940 IV 78 (trad.) ; FIOJKA, art. 238 CP n° 27.

¹³⁵ ATF 87 IV 87 consid. 1 (non publié au JdT) ; 86 IV 102 consid. 3, JdT 1960 IV 103 (trad.) ; RODIGARI, art. 238 CP n° 22.

¹³⁶ FIOJKA, art. 238 CP n° 27 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 22.

¹³⁷ ATF 124 IV 114 consid. 1, JdT 1998 I 770 (trad.).

¹³⁸ *Ibidem* ; 87 IV 87 consid. 1 (non publié au JdT) ; 72 IV 23 consid. 1, JdT 1940 IV 78 (trad.) ; CORBOZ, art. 238 CP n° 19 ; DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 21 ; KLETT / BAUMELER / DAPHINOFF, n° 602.

¹³⁹ ATF 124 IV 114 consid. 1, JdT 1998 I 770 (trad.) ; 87 IV 87 consid. 1 (non publié au JdT) ; CORBOZ, art. 238 CP n° 19 ; DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 21 ; TRECHSEL / CONINX, art. 238 CP n° 8.

n'indique pas de montant minimal à partir duquel il trouve application en matière de dégâts matériels¹⁴⁰. Certains auteurs, dont DUPUIS ou FIOŁKA, recommandent de s'inspirer de l'art. 2 let. d OEATP à titre de valeur indicative¹⁴¹. Cette disposition faisait suite à l'art. 2 al. 3 de l'ancienne Ordonnance sur l'atteinte à la sécurité des chemins de fer¹⁴². Cette disposition fixait le seuil du « dégât notable ». Le seuil était alors à CHF 1'000.- en 1925, avant d'augmenter à CHF 15'000.- en 1976¹⁴³. L'art. 2 let. d OEATP, entré en vigueur le 1^{er} octobre 2000, a remplacé ladite ordonnance¹⁴⁴. La disposition ne faisait alors plus mention de « dégâts notables », mais de « dégâts matériels considérables » lesquels étaient arrêtés à CHF 100'000.- (art. 2 let. d OEATP). Une telle augmentation trouvait sa justification dans la hausse des coûts de la vie¹⁴⁵. En s'inspirant de ces normes, ce courant doctrinal considère que le danger encouru doit être suffisamment important, c'est-à-dire qu'il ne puisse plus être décrit comme peu important ou léger¹⁴⁶.

Face à ces auteurs, un autre courant doctrinal, dont fait notamment partie RODIGARI, considère une telle interprétation erronée, en particulier à la lumière de l'art. 4 let. f OEIT qui dispose que « dans le domaine des transports publics, on entend par dégâts matériels considérables : des dommages résultant directement d'un événement dont le montant excède CHF 50'000.- pour les installations de transport à câbles et CHF 180'000.- pour tous les autres moyens de transport ». Ce courant soutient ainsi que l'absence totale de toute valeur dans l'art. 238 al. 2 CP s'explique de par l'infraction en cause¹⁴⁷. L'entrave au service des chemins de fer concerne en effet une mise en danger, sans qu'un résultat ne soit forcément nécessaire, résultant souvent en des situations hypothétiques¹⁴⁸. En résulte, toujours selon ces auteurs, qu'il faut impérativement préserver le pouvoir d'appréciation des

¹⁴⁰ RODIGARI, art. 238 CP n° 23 ; TRECHSEL / CONINX, art. 238 CP n° 9.

¹⁴¹ DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 21 ; FIOŁKA, art. 238 CP n° 27 ; WEDER, art. 238 CP n° 9.

¹⁴² DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 21.

¹⁴³ *Ibidem* ; FIOŁKA, art. 238 CP n° 27.

¹⁴⁴ DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 21.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ ATF 87 IV 87 consid. 1 (non publié au JdT) ; CORBOZ, art. 238 CP n° 19 ; DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 21 ; FIOŁKA, art. 238 CP n° 27 ; TRECHSEL / CONINX, art. 238 CP n° 8.

¹⁴⁷ RODIGARI, art. 238 CP n° 23.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

juges, leur permettant par là-même de tenir compte de toutes les circonstances particulières du cas¹⁴⁹. Cela doit être en particulier le cas lorsqu'une entrave ne résulte pas uniquement en la mise en danger de la propriété d'autrui, mais également en la mise en danger de l'intégrité corporelle voire de la vie de personnes¹⁵⁰.

Le projet de LF sur l'harmonisation des peines ne reprend à cet égard pas l'exigence du caractère sérieux¹⁵¹. Le CF justifie cela au regard de plusieurs autres dispositions permettant de parvenir au même but que l'actuel art. 238 al. 2 CP¹⁵². Premièrement, le Titre 7 CP relatif aux « crimes ou délits créant un danger collectif » vise la répression de comportements créant un danger collectif, il ne prévoit cependant pas l'exigence du caractère sérieux et il serait alors injustifié d'en exiger un à l'art. 237 ch. 2 pCP¹⁵³. Par ailleurs, dans l'hypothèse où cette exigence serait reprise, cela aurait pour conséquence de permettre non plus seulement au personnel des chemins de fer, mais également à des tierces personnes, notamment au personnel d'un aéroport ou d'entretien des routes, d'échapper à la sanction¹⁵⁴. Finalement, l'art. 52 CP concernant les motifs de l'exemption de peine et en particulier l'absence d'intérêt à punir dispose que « si la culpabilité de l'auteur et les conséquences de son acte sont peu importantes, l'autorité compétente renonce à le poursuivre, à le renvoyer devant le juge ou à lui infliger une peine ». Il en découle donc que l'autorité compétente peut renoncer à sanctionner l'auteur lorsque les circonstances concrètes du cas ne justifient pas de le punir¹⁵⁵. Il est également à noter que la nécessité d'une faute, laquelle concerne toute infraction commise par négligence, limite d'autant la portée qu'aurait l'art. 237 ch. 2 pCP¹⁵⁶.

¹⁴⁹ RODIGARI, art. 238 CP n° 23.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ Message harmonisation, p. 2941.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ Message harmonisation, p. 2941 ; DUPUIS ET AL., art. 52 CP n° 1 et 6 ; FAVRE / PELLET / STAUDMANN, art. 52 CP n° 1.6.

¹⁵⁶ Message harmonisation, p. 2941 ; DUPUIS ET AL., art. 12 CP n° 49 ; FAVRE / PELLET / STAUDMANN, art. 12 CP n° 3.3 ; HURTADO POZO, n° 1402 ; NIGGLI / MAEDER, art. 12 CP n° 133.

Il découle de cette analyse que, pour ce qui est d'infractions par négligence et à défaut de mise en danger sérieuse, il faudra se référer à l'art. 239 al. 2 CP qui stipule que « la peine sera une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire si le délinquant a agi par négligence »¹⁵⁷.

3. Commission par omission

Relativement à la commission par omission, les règles applicables à l'art. 237 CP se trouvent également applicables par analogie à l'art. 238 CP¹⁵⁸.

Il existe une entrave en la forme commission par omission lorsque l'auteur reste passif malgré une obligation juridique lui commandant impérieusement d'agir pour éviter un certain résultat¹⁵⁹. Cette obligation juridique ne peut pas être toute obligation, comme un simple devoir moral, mais doit nécessairement découler d'une position de garant, c'est-à-dire d'un devoir qualifié¹⁶⁰. Cette position peut imposer deux types de devoirs distincts : un devoir de protection ou un devoir de surveillance¹⁶¹. Le premier implique que l'auteur se soit trouvé dans une situation qui l'obligeait à protéger un bien déterminé contre des dangers indéterminés¹⁶². Le second consiste en le devoir pour l'auteur d'empêcher la réalisation de risques connus auxquels des biens indéterminés étaient exposés¹⁶³. Ainsi, l'omission de l'auteur peut être assimilée au fait de provoquer le résultat par un comportement actif¹⁶⁴. La commission par omission nécessite donc de se référer aux normes de conduites et aux règles applicables, en l'espèce aux normes relatives au service des chemins de fer, pour déterminer si de tels devoirs existaient.

¹⁵⁷ ATF 116 IV 44 consid. 2b, JdT 1991 IV 137 (trad.) ; CORBOZ, art. 238 CP n° 19.

¹⁵⁸ ATF 134 IV 255 consid. 4.2.1, JdT 2009 IV 75 (rés.) ; RODIGARI, art. 238 CP n° 28 ; v. ég. CORBOZ, art. 237 CP n° 14.

¹⁵⁹ RODIGARI, art. 237 CP n° 25.

¹⁶⁰ ATF 117 IV 130 consid. 2a, JdT 1994 IV 127 (rés.) ; GRAVEN, p. 78 ; RODIGARI, art. 237 CP n° 25.

¹⁶¹ RODIGARI, art. 237 CP n° 25.

¹⁶² GRAVEN, p. 79 ; RODIGARI, art. 237 CP n° 25.

¹⁶³ RODIGARI, art. 237 CP n° 25.

¹⁶⁴ ATF 134 IV 255 consid. 4.2.1, JdT 2009 IV 75 (rés.) ; 117 IV 130 consid. 2a, JdT 1994 IV 127 (rés.) ; RODIGARI, art. 237 CP n° 25.

Pour qu'il existe une commission par omission, le danger doit en outre être reconnaissable pour l'auteur, puisque celui-ci doit avoir été conscient des possibilités d'intervention qui s'offraient à lui¹⁶⁵. Cela résulte du fait que l'auteur n'est punissable que s'il lui était objectivement possible d'accomplir l'acte requis par les circonstances¹⁶⁶.

Concernant le lien de causalité nécessaire entre l'entrave et la mise en danger (*supra* II/A/3), celui-ci diverge en cas de commission par omission ou délit par omission improprement dit¹⁶⁷. En effet, à défaut de comportement actif et discernable en tant que tel de l'auteur, il faut procéder par hypothèse et se demander si l'accomplissement de l'acte aurait, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, évité la survenance du résultat qui s'est produit¹⁶⁸.

III. Caractéristiques

A. Peine

A titre préliminaire, le Code pénal distingue trois infractions selon la gravité que celle-ci présente et la peine-menace y rattachée, en particulier : les contraventions, les délits et les crimes¹⁶⁹. Les contraventions sont, au sens de l'art. 103 CP, punies d'une amende comprise entre CHF 1.-, à titre symbolique, et CHF 10'000.- (art. 106 al. 1 CP)¹⁷⁰. Sont des délits, au sens de l'art. 10 al. 3 CP, les infractions passibles d'une peine privative de liberté allant jusqu'à trois ans au plus et d'au minimum trois jours (art. 40 al. 1 CP)¹⁷¹, ou d'une peine pécuniaire de trois à 180 jours-amende (art. 34 CP)¹⁷². Enfin, les crimes au sens de l'art. 10 al. 2 CP consistent en toute infraction passible d'une peine privative de liberté de plus de trois ans allant jusqu'à un maxi-

¹⁶⁵ ATF 116 IV 182 consid. 4b, JdT 1992 I 106 (trad.) ; FAVRE / PELLET / STOUDMANN, art. 12 CP n° 2.1 ; RODIGARI, art. 237 CP n° 26.

¹⁶⁶ RODIGARI, art. 237 CP n° 26.

¹⁶⁷ *Idem*, art. 237 CP n° 27.

¹⁶⁸ ATF 134 IV 255 consid. 4.2.2, JdT 2009 IV 75 (rés.) ; RODIGARI, art. 237 CP n° 27.

¹⁶⁹ DUPUIS ET AL., art. 10 CP n° 1 ; HURTADO POZO / GODEL, n° 531.

¹⁷⁰ DUPUIS ET AL., art. 106 CP n° 2 ; HURTADO POZO / GODEL, n° 351.

¹⁷¹ DUPUIS ET AL., art. 40 CP n° 3a ; HURTADO POZO / GODEL, n° 351

¹⁷² DUPUIS ET AL., art. 34 CP n° 3 ; HURTADO POZO / GODEL, n° 351.

mum de 20 ans¹⁷³. Le législateur a par ailleurs prévu la possibilité de punir les crimes d'une peine privative de liberté à vie lorsque la loi le prévoit (art. 40 2^{ème} phr. CP)¹⁷⁴.

Il résulte de ce rappel théorique que l'art. 238 al. 1 CP punit sans en préciser la portée l'entrave au service des chemins de fer. Celui qui commet une entrave intentionnelle au service des chemins de fer s'expose en effet à « une peine privative de liberté ou une peine pécuniaire » (art. 238 al. 1 CP). La peine privative de liberté étant indéterminée, elle peut aller jusqu'à 20 ans¹⁷⁵. L'infraction peut par conséquent être qualifiée de crime¹⁷⁶. L'art. 238 al. 1 CP contient en cela une peine-menace plus lourde que l'art. 237 CP dont il est considéré être le pendant¹⁷⁷. Cette différence se justifie, comme précédemment mentionné, historiquement à l'aune de l'énergie cinétique déployée par le service du chemin de fer et du nombre particulièrement important de personnes pouvant être mises en danger en cas d'entrave¹⁷⁸.

En revanche, celui qui commet une infraction par négligence, cela au sens de l'art. 238 al. 2 CP, n'est puni que d'« une peine privative de liberté de trois ans au plus ou [d']une peine pécuniaire ». L'entrave par négligence au service des chemins de fer constitue donc un délit¹⁷⁹.

Le projet de LF sur l'harmonisation des peines prévoit, en son art. 237 pCP modifié et fusionné avec l'actuel art. 238 CP, des peines-menaces différentes¹⁸⁰. Il s'agirait en effet de punir l'auteur d'une entrave intentionnelle « d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire » (art. 237 ch. 1 1^{er} par. pCP)¹⁸¹. La peine ne serait par

¹⁷³ DUPUIS ET AL., art. 40 CP n° 6 ; HURTADO POZO / GODEL, n° 351.

¹⁷⁴ DUPUIS ET AL., art. 40 CP n° 8 ; HURTADO POZO / GODEL, n° 351.

¹⁷⁵ DUPUIS ET AL., art. 40 CP n° 6 ; HURTADO POZO / GODEL, n° 351.

¹⁷⁶ CORBOZ, art. 238 CP n° 21 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 25.

¹⁷⁷ CORBOZ, art. 238 CP n° 20 ; FIOLKA, art. 238 CP n° 34 ; KLETT / BAUMELER / DAPHINOFF, n° 604 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 2.

¹⁷⁸ CORBOZ, art. 238 CP n° 20 ; DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 1 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 2 ; TRECHSEL / CONINX, art. 238 CP n° 1.

¹⁷⁹ RODIGARI, art. 238 CP n° 26.

¹⁸⁰ Projet harmonisation, p. 3049.

¹⁸¹ *Ibidem*.

conséquent plus indéterminée, mais plafonnée à cinq ans au plus¹⁸². Le CF justifie une telle modification par le fait qu'il est à son sens inadapté et absurde de prévoir des peines différentes pour l'entrave à la circulation publique (art. 237 CP) et pour l'entrave au service des chemins de fer (art. 238 CP)¹⁸³. En effet, les conséquences d'un accident des chemins de fer ne présentent actuellement plus le caractère exceptionnel qu'elles avaient autrefois et ne nécessitent donc ni une disposition à part entière ni une pareille sanction (*supra* I/A)¹⁸⁴. L'art. 237 pCP observera alors une structure similaire à l'actuel art. 237 CP, soit en prévoyant une infraction de base (ch. 1 1^{er} par.) et une infraction qualifiée (ch. 1 2^{ème} par.)¹⁸⁵. Les peines-menaces, telles qu'édictées par le projet de LF sur l'harmonisation des peines, s'inspirent donc essentiellement des actuels art. 237 s. CP, tout en retenant également des éléments des infractions du Titre 7 CP et de l'art. 129 CP traitant de la « mise en danger de la vie d'autrui »¹⁸⁶. Découle des précédentes constatations que la nouvelle norme punira des infractions à titre de crime¹⁸⁷.

L'art. 237 ch. 1 2^{ème} par. pCP prévoit par ailleurs la possibilité pour « le juge [de] prononce[r] une peine privative de liberté de dix ans au plus ou une peine pécuniaire si l'auteur met sciemment en danger la vie ou l'intégrité corporelle d'un grand nombre de personnes »¹⁸⁸. Cet abaissement de la peine privative de liberté actuelle de l'art. 238 al. 1 CP, qui est de 20 ans au plus, a dix ans au plus résulte de la critique d'une majeure partie de la doctrine¹⁸⁹. La peine-menace actuelle est en effet considérée trop élevée et non proportionnelle à la peine encourue en cas d'infraction par négligence qui s'élève à trois ans au plus (art. 238 al. 2 CP)¹⁹⁰. Le CF commente en sus qu'il n'est pas nécessaire de prévoir une peine supérieure à dix ans, puisque

¹⁸² Message harmonisation, p. 2940.

¹⁸³ *Ibidem* ; FIOŁKA, art. 238 CP n° 4.

¹⁸⁴ Message harmonisation, p. 2940.

¹⁸⁵ *Ibidem* ; DONATSCH / THOMMEN / WOHLERS, § 23 p. 95 ; FIOŁKA, art. 237 CP n° 34 ; RODIGARI, art. 237 CP n° 28.

¹⁸⁶ Message harmonisation, p. 2940.

¹⁸⁷ *Ibidem* ; HURTADO POZO / GODEL, n° 351.

¹⁸⁸ Projet harmonisation, p. 3049.

¹⁸⁹ Message harmonisation, p. 2940 ; FIOŁKA, art. 238 CP n° 34 et 36.

¹⁹⁰ Message harmonisation, p. 2940 ; FIOŁKA, art. 238 CP n° 35.

d'autres dispositions prévoyant des peines privatives de liberté supérieures viennent suppléer la disposition concernant les comportements les plus graves¹⁹¹. Tel par exemple le cas de l'art. 111 CP qui punit le meurtre par une « peine privative de liberté de cinq ans au moins » (art. 111 CP). Le CF renonce également à prévoir une peine minimale, contrairement à ce qui est actuellement en vigueur à l'art. 237 ch. 1 2^{ème} par. CP qui prévoit une peine minimale facultative d'un an¹⁹². Il considère en l'espèce que prévoir une peine minimale renferme une contradiction en ce sens que parallèlement à l'obligation de se conformer au caractère minimal expressément mentionné, le juge se voit octroyer la possibilité de déroger systématiquement à cette limitation¹⁹³. Supprimer une telle peine facultative permet ainsi de donner toute latitude au juge pour sanctionner les cas se présentant à lui selon les circonstances particulières d'espèce¹⁹⁴.

Le projet de LF sur l'harmonisation des peines prévoit en outre que si l'entrave a été causée par simple négligence la peine est alors « une peine privative de liberté de trois ans au plus ou [une] peine pécuniaire » (art. 237 ch. 2 pCP)¹⁹⁵. La disposition reste en cela inchangée puisqu'elle coïncide avec les actuels art. 237 s. CP.

B. Procédures annexes

Outre la protection conférée par l'art. 238 CP, les chemins de fer sont réglementés par un arsenal législatif, en particulier la LCdF qui a été précédemment évoquée, l'OASF, l'OAASF, l'OCVM ou l'OEIT, ainsi que les PCT, l'OPAM, la LOST et la LTV¹⁹⁶.

Il découle par exemple de l'art. 1 al. 6 de l'Ordonnance fédérale du 10 novembre 2004 réglant la communication des décisions pénales prises par les autorités cantonales (RS 312.3) que toute décision rendue en application de

¹⁹¹ Message harmonisation, p. 2940.

¹⁹² *Ibidem*.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁹⁵ Projet harmonisation, p. 3049.

¹⁹⁶ RODIGARI, art. 238 CP n° 5 ; SCHOCH, p. 242.

l'art. 238 CP doit être communiquée à l'OFT et au Service d'enquête en cas d'accidents¹⁹⁷.

Tout accident ou incident grave survenu dans l'exploitation des chemins de fer donne en effet lieu à l'ouverture d'une enquête administrative, dans le but de prévenir des accidents analogues et d'établir les responsabilités¹⁹⁸. Cette enquête a lieu en parallèle de l'enquête pénale et suit la procédure prévue par l'OEIT¹⁹⁹. Cette dernière ordonnance trouve sa base légale à l'art. 15 LCdF qui prévoit à son al. 1 qu'« une enquête est ouverte pour élucider les circonstances, le déroulement et les causes de tout accident ou incident grave survenu dans l'exploitation des chemins de fer » (art. 15 al. 1 LCdF). Elle vise par conséquent à découvrir ce qui s'est passé afin d'améliorer la sécurité à l'avenir et à déterminer les chefs de responsabilité²⁰⁰.

L'enquête est engagée dans certaines situations particulières : ainsi en cas d'incident, mais également en cas d'incident grave, de perturbations importantes interrompant l'exploitation d'un tronçon pendant au moins six heures (art. 4 let. g OEIT) ou de tout autre événement touchant à la sécurité²⁰¹. La première situation est donc celle de l'incident. Celle-ci comprend tout événement entraînant une blessure mortelle, une blessure grave, des dégâts matériels considérables ou un accident majeur au sens de l'art. 2 al. 4 OPAM²⁰². Au sens de l'art. 4 let. c OEIT, une blessure mortelle est définie comme « une lésion corporelle occasionnée par un accident et entraînant la mort du blessé dans les 30 jours suivant cet accident ». La blessure grave est, elle, prévue à l'art. 4 let. d OEIT qui dispose qu'il s'agit d'« une lésion corporelle dont souffre une personne et dont le traitement nécessite un séjour hospitalier de plus de 24 heures ». L'art. 4 let. f OEIT prévoit qu'il existe des dégâts matériels considérables à partir d'un seuil de CHF 50'000.- pour les installations de transport par câbles et de CHF 180'000.- pour tous les autres moyens de transport. Finalement, l'accident majeur résulte de l'OPAM

¹⁹⁷ RODIGARI, art. 238 CP n° 6.

¹⁹⁸ DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 29 ss ; RODIGARI, art. 238 CP n° 7.

¹⁹⁹ DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 29.

²⁰⁰ *Idem*, art. 238 CP n° 31.

²⁰¹ *Idem*, art. 238 CP n° 30.

²⁰² *Ibidem*.

et en particulier de son art. 2 al. 4 OPAM. Cette disposition stipule qu'« est réputé accident majeur tout événement extraordinaire qui survient dans une entreprise, sur une voie de communication ou sur une installation de transport par conduite et qui a des conséquences graves » (art. 2 al. 4 OPAM). Le second événement entraînant l'ouverture d'une enquête est l'incident grave²⁰³. Il s'agit en l'espèce d'un événement qui a failli entraîner un accident et dont la survenance n'aurait pas été empêchée par les dispositifs de sécurité automatiques prévus (art. 4 let. b OEIT)²⁰⁴.

Il appert par conséquent que le service des chemins de fer est une institution réglementée de manière complexe et soumise à de nombreuses dispositions²⁰⁵.

C. Concours

1. Art. 237 et 239 CP

Le concours idéal est, à titre informatif, compris comme la situation dans laquelle un auteur réalise par un seul acte les éléments constitutifs de plusieurs infractions ou commet la même infraction à plusieurs reprises²⁰⁶. L'art. 49 al. 1 CP prévoit à cet effet qu'il y a concours « si, en raison d'un ou de plusieurs actes, l'auteur remplit les conditions de plusieurs peines de même genre ».

Comme précédemment mentionné, l'art. 238 CP constitue une *lex specialis* par rapport à l'art. 237 CP et prime par conséquent cette seconde disposition (*supra* I/A)²⁰⁷. Cela est toutefois soumis à la condition que le train circule de manière séparée de la route²⁰⁸. Une mise en danger se rapportant au service des chemins de fer tombe donc exclusivement dans le champ d'application de l'art. 238 CP, et ne doit pas être considérée comme une mise en danger

²⁰³ DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 30.

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ RODIGARI, art. 238 CP n° 5.

²⁰⁶ FAVRE / PELLET / STAUDMANN, art. 49 CP n° 1.8 ; HURTADO POZO / GODEL, n° 1070 ; HURTADO POZO, n° 1452.

²⁰⁷ ATF 78 IV 101, JdT 1952 IV 122 (trad.) ; 72 IV 23, JdT 1946 IV 78 (trad.) ; DONATSCH / THOMMEN / WOHLERS, § 23 p. 91 ; DUPUIS ET AL., art. 237 CP n° 31 ; FIOŁKA, art. 238 CP n° 2 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 30 ; TRECHSEL / CONINX, art. 237 CP n° 19.

²⁰⁸ DUPUIS ET AL., art. 237 CP n° 31 ; TRECHSEL / CONINX, art. 237 CP n° 19.

de la circulation publique au sens de l'art. 237 CP²⁰⁹. Il est cependant possible d'admettre un concours entre les deux dispositions lorsqu'un acte constitue simultanément une entrave à la circulation publique (art. 237 CP) et au service des chemins de fer (art. 238 CP)²¹⁰. Tel est par exemple le cas lorsqu'une voiture et un convoi ferroviaire entrent en collision, ayant comme répercussion de bloquer tant les rails que la route²¹¹.

Au surplus, en cas d'infraction par négligence, il y aura lieu de retenir le concours entre l'art. 238 al. 2 CP et l'art. 90 LCR en tant que cette disposition exclut l'application de l'art. 237 ch. 2 CP pour la circulation routière (art. 90 al. 3 CP)²¹².

L'art. 238 CP prime également l'art. 239 CP relatif à l'entrave aux services d'intérêt général²¹³. Cette dernière disposition est néanmoins applicable lorsque l'entrave concerne les services commerciaux et/ou administratifs des chemins de fer, à l'exclusion de leurs services techniques²¹⁴. Lorsque l'infraction porte sur le service technique, l'art. 239 CP vient également à s'appliquer lorsque le caractère sérieux, nécessaire lorsque l'entrave aux chemins de fer est commise par négligence au sens de l'art. 238 al. 2 CP, n'est pas donné²¹⁵. Cela constitue un revirement de jurisprudence en tant que la jurisprudence antérieure du TF ne prévoyait pas cette possibilité²¹⁶.

2. Autres dispositions

D'autres dispositions, externes au Titre 9 CP, sont également susceptibles d'entrer en concours avec l'art. 238 CP. Cela est notamment le cas de

²⁰⁹ CORBOZ, art. 238 CP n° 23.

²¹⁰ ATF 78 IV 101, JdT 1952 IV 122 (trad.) ; CORBOZ, art. 238 CP n° 25 ; DONATSCH / THOMMEN / WOHLERS, § 24 p. 101 s. ; DUPUIS ET AL., art. 237 CP n° 31 ; FAVRE / PELLET / STAUDMANN, art. 237 CP n° 1.8 ; FIOILKA, art. 238 CP n° 30 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 20 ; STRATENWERTH / BOMMER, § 32 n° 18 ; STRATENWERTH / WOHLERS, art. 238 CP n° 6.

²¹¹ ATF 78 IV 101, JdT 1952 IV 122 (trad.).

²¹² *Idem* consid. 2, JdT 1952 IV 122 (trad.) ; CORBOZ, art. 238 CP n° 26 ; STRATENWERTH / BOMMER, § 32 n° 15.

²¹³ ATF 116 IV 44 consid. 2a, JdT 1991 IV 137 (trad.) ; CORBOZ, art. 238 CP n° 24 ; FAVRE / PELLET / STAUDMANN, art. 238 CP n° 1.4 et 239 n° 1.4 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 31.

²¹⁴ DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 26 ; FIOILKA, art. 238 CP n° 3 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 31 ; STRATENWERTH / BOMMER, § 32 n° 18 ; TRECHSEL / CONINX, art. 238 CP n° 1 et 14.

²¹⁵ ATF 116 IV 44, JdT 1991 IV 137 (trad.) ; CORBOZ, art. 238 CP n° 24 ; DONATSCH / THOMMEN / WOHLERS, § 25 p. 102 ; RODIGARI, art. 238 CP n° 31.

²¹⁶ ATF 72 IV 68, JdT 1946 IV 180 ; TRECHSEL / CONINX, art. 238 CP n° 14.

l'art. 90 LCR comme précédemment mentionné. L'art. 238 CP prime en principe l'art. 90 LCR, lequel trouve cependant application à deux conditions cumulatives²¹⁷ : soit pour autant que le comportement de l'auteur ne crée une entrave tant à la circulation publique qu'au service des chemins de fer et que l'application de l'art. 237 CP ne soit exclue²¹⁸.

Concernant les délits de lésion, en particulier prévus aux art. 117 et 125 CP, la question est controversée²¹⁹. Une partie de la doctrine, notamment TRECHSEL ou FOLKA, est d'avis que ces deux dispositions absorbent l'art. 238 al. 2 CP concernant l'infraction commise par négligence²²⁰. Cela découle en particulier du fait qu'ils considèrent que lorsque le danger créé s'est entièrement réalisé, il y a lieu d'appliquer uniquement l'infraction de lésion pertinente dans le cas d'espèce²²¹. Un autre mouvement doctrinal, dont fait partie CORBOZ, considère à l'inverse qu'un concours est envisageable²²². En effet, il soutient une telle opinion à l'aune du but visé par l'art. 238 CP, soit la répression de la mise en danger des personnes ou des biens²²³. Dans un tel contexte, le concours est concevable lorsqu'en sus de la personne ou du bien lésé, une autre personne ou un autre bien a également été mis en danger²²⁴. Le concours est, selon ce courant, également admissible lorsque le danger créé dépasse la lésion qui s'est réellement produite²²⁵.

Finalement, les dispositions pénales prévues par les lois spéciales, par exemple les art. 86 ss LCdF et l'art. 40 OASF, sont subsidiaires à l'art. 238 CP²²⁶. Cela se justifie en raison du fait que l'art. 238 CP prévoit des peines-menaces plus lourdes. En effet, à titre d'exemple, l'art. 40 al. 1 OASF prévoit une « peine privative de liberté pouvant aller jusqu'à trois ans ou une peine pécuniaire ». Certains auteurs, dont notamment FOLKA, considèrent en re-

²¹⁷ RODIGARI, art. 237 CP n° 32.

²¹⁸ ATF 78 IV 101 consid. 2, JdT 1952 IV 122 (trad.) ; RODIGARI, art. 237 CP n° 32.

²¹⁹ DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 24.

²²⁰ *Ibidem* ; FOLKA, art. 238 CP n° 33 ; TRECHSEL / CONINX, art. 238 CP n° 14.

²²¹ STRATENWERTH / BOMMER, § 32 n° 14 et 28 ; TRECHSEL / CONINX, art. 238 CP n° 14.

²²² CORBOZ, art. 238 CP n° 26 ; v. ég. FOLKA, art. 237 CP n° 29.

²²³ CORBOZ, art. 238 CP n° 26.

²²⁴ *Ibidem*.

²²⁵ *Ibidem*.

²²⁶ DUPUIS ET AL., art. 238 CP n° 28 ; TRECHSEL / CONINX, art. 238 CP n° 14.

vanche qu'un concours idéal est possible sous certaines conditions, en particulier vis-à-vis des dispositions pénales de la police ferroviaire²²⁷.

Opinion personnelle

Le développement de l'art. 238 CP nous a permis d'appréhender, notamment au regard de ses fondements historiques et de son but, les développements que la disposition va être amenée à suivre dans les prochaines années. Pour pouvoir comprendre réellement les implications que le projet de LF sur l'harmonisation des peines aurait et d'où provenait la volonté d'abroger en totalité l'art. 238 CP, il nous a fallu déconstruire la disposition. L'analyse plus poussée de l'art. 238 CP a alors permis de mettre en lumière de nombreuses controverses quant aux notions contenues par l'article.

La principale controverse concernait les services des chemins de fer, en particulier ses services techniques, commerciaux et administratifs. Il nous a tout d'abord paru, de manière semblable à l'avis de RODIGARI, que seuls les trois biens mentionnés par la disposition, soit la vie, l'intégrité corporelle des personnes et la propriété d'autrui, doivent être érigés à titre de biens juridiquement protégés par l'art. 238 CP et que le service technique des chemins de fer ne peut l'être qu'à l'aune de l'art. 239 CP. En effet, nous sommes d'avis que le caractère particulier et fondamental que revêtent la vie, l'intégrité corporelle et la propriété d'autrui doit conserver un caractère exclusif²²⁸. Par ailleurs, relativement aux éléments constitutifs objectifs, il nous semble que seul le service technique afférent aux chemins de fer est compris dans l'art. 238 CP à titre de « chemins de fer », l'activité servant au fonctionnement commercial, respectivement administratif, étant comprise dans l'art. 239 CP.

Relativement à la question de savoir si le chemin de fer en question devait être exploité par une collectivité publique pour relever de l'art. 238 CP, nous sommes d'avis que doit être prise en considération l'accessibilité des che-

²²⁷ FIOLKA, art. 238 CP n° 31 ; TRECHSEL / CONINX, art. 238 CP n° 12 et 14.

²²⁸ RODIGARI, art. 237 CP n° 2.

mins de fer à un cercle particulièrement large, voire indéterminé, de personnes, ce que considèrent de la même manière DUPUIS et RODIGARI.

Il ressort par ailleurs de l'examen des éléments constitutifs subjectifs deux questions laissées ouvertes par la jurisprudence. La première concerne l'intentionnalité, et en particulier le fait de savoir s'il est possible de commettre une entrave au service des chemins de fer par dol éventuel. Nous considérons ici qu'admettre le dol éventuel en la matière entraînerait des conséquences trop importantes alors même que l'élément de conscience et de volonté fait défaut. En outre, lorsque l'entrave est commise par négligence, il nous paraît pertinent de s'inspirer des diverses dispositions législatives en vigueur et passées pour comprendre la notion de « mise en danger sérieux » (art. 238 al. 2 CP). Cela, de manière similaire à la pensée de FIOŁKA, qui recommande de s'inspirer de l'art. 2 let. d OEATP.

Somme toute, ces différentes appréciations et controverses revêtent un caractère accessoire en tant que l'art. 238 CP risque de disparaître dans un futur proche. Le projet de LF sur l'harmonisation des peines prévoit en effet son abrogation ce qui se justifie selon nous au vu de l'avancement de la technologie en matière de moyens de transport. Les statistiques de 2010 montrent en effet une modification constante des habitudes individuelles, les trajets en train étant surpassés par les trajets au moyen d'un transport individuel motorisé²²⁹. Par conséquent, bien que le train présente toujours une attractivité certaine auprès de ses utilisateurs, une disposition propre ne nous paraît plus justifiée. La peine-menace prévue par l'art. 238 al. 1 CP pouvant aller jusqu'à 20 ans accentue ce sentiment en tant qu'elle nous semble bien trop importante ni adéquate à la situation actuelle.

Néanmoins, et comme nous le constatons dans la situation pandémique actuelle, les moyens de transport ne sont jamais à l'abri d'un changement des habitudes. Nous serons ainsi à même de constater dans les prochaines années les conséquences du Covid-19 en termes de déplacements profession-

²²⁹ ARE / OFP, p. 8 et 89 ; v. ég. GROTRIAN, p. 15.

nels, et notamment son impact sur les chemins de fer, le train étant un moyen utilisé majoritairement pour de tels déplacements²³⁰.

Conclusion

Au terme de ce travail, il appert que l'art. 238 CP est une disposition au fondement historique non négligeable et sujette à d'innombrables controverses. Les chemins de fer étant continuellement soumis aux fluctuations de l'utilisation des moyens de transport par les usagers et aux avancées technologiques en la matière, il a été tout d'abord relevé que la disposition pourrait disparaître dans un avenir proche pour ne former qu'une seule disposition avec l'art. 237 CP (*supra* I/A). Il est également apparu que les biens juridiques protégés, c'est-à-dire la vie ou l'intégrité corporelle des personnes ou la propriété d'autrui, seront alors également protégés par la nouvelle disposition (*supra* I/B).

Suite à cette première approche, l'art. 238 CP a ensuite été analysé de manière plus approfondie et méthodique (*supra* II). Il a ainsi été tout d'abord question des éléments constitutifs objectifs et notamment de la définition de « service des chemins de fer ». Si l'art. 1 al. 2 LCdF apporte un premier angle d'approche de la notion, celui-ci ne peut cependant pas être appliqué au droit pénal et nécessite par conséquent de se référer à certains éléments caractéristiques retenus par la jurisprudence et la doctrine majoritaire (*supra* II/A/1). Les notions d'entrave ainsi que de mise en danger des différents biens juridiquement protégés ont ensuite été examinées (*supra* II/A/2 et 3). A suivi une analyse des éléments constitutifs subjectifs, que forment l'intention, la négligence, voire la commission par omission (*supra* II/B).

Finalement, les peines-menaces telles que prévues actuellement par l'art. 238 CP ont été relevées, ainsi que l'éventuelle évolution qu'elles seront amenées à suivre (*supra* III/A). Par ailleurs, la disposition a été également analysée à la lumière d'autres procédures assurant le bon fonctionnement et la sécurité du système des chemins de fer. A la suite de cela, il a enfin été

²³⁰ ARE / OFP, p. 36 et 56.

question du concours entre l'art. 238 CP et d'autres dispositions, en particulier les art. 237 et 239 CP formant avec l'art. 238 CP le Titre 9 CP (*supra* III/B et C).

Il découle de l'analyse de l'art. 238 CP que la législation concernant la répression des entraves au service des chemins de fer et plus globalement aux communications publiques est amenée à évoluer. En effet, tant les avancées technologiques que d'autres éléments externes, notamment la pandémie du Covid-19 ou encore la lutte contre le réchauffement climatique, ne cessent d'influer sur les habitudes des citoyens en matière de transport. Si l'art. 238 CP a été initialement adopté à titre de disposition unique en matière des communications publiques, visant de ce fait la sécurité des chemins de fer seuls, il s'est par la suite avéré nécessaire d'introduire une disposition plus générale permettant la répression des entraves à la circulation publique. Le projet de LF sur l'harmonisation des peines tel qu'édicte par le CF prévoit aujourd'hui l'abrogation de l'art. 238 CP dont les modalités seraient néanmoins reprises dans le nouvel art. 237 pCP, démontrant par là-même de la révolution en termes de moyens de transport, notamment avec l'essor jusqu'à ce jour de l'aviation.

Il est par conséquent indubitable que l'entrave au service des chemins de fer sera amenée dans le futur à connaître d'autres changements législatifs, que ce soit dans sa teneur actuelle ou dans la forme prévue par le projet de LF sur l'harmonisation des peines.

Genève, le 4 août 2020

Lucie GILLIOZ