

Perspectives sur la nature juridique de l'expulsion obligatoire (art. 66a CP) et du refus de naturalisation en raison d'une condamnation pénale antérieure – Le droit pénal comme garant des valeurs fondamentales ?

Fabian Brand

Proposition de citation: Fabian Brand, Perspectives sur la nature juridique de l'expulsion obligatoire (art. 66a CP) et du refus de naturalisation en raison d'une condamnation pénale antérieure – Le droit pénal comme garant des valeurs fondamentales ?, Revue DPPC, 2026, 2, 44-98.

URL: <https://www.dppc.online>

Résumé

L'article examine les parallèles entre l'expulsion obligatoire des étrangers et le refus de naturalisation en raison d'infractions pénales. Il part de la question de savoir comment les États modernes réagissent aux personnes perçues comme dangereuses pour la société à la suite de la commission d'une infraction, ainsi que du rôle joué par les valeurs socio-éthiques et l'appréciation de la dangerosité. À travers les modèles de philosophie politique de Hobbes et de Rousseau, il montre que l'expulsion obligatoire prévue par le droit suisse repose sur une logique d'exclusion des personnes insuffisamment intégrées à la communauté juridique. Pourtant, cette exclusion n'intervient qu'en cas de violation des valeurs fondamentales qui sous-tendent le catalogue des délits de l'art. 66a al. 1 CP (Code Pénal Suisse). Celles-ci se traduisent par une hostilité absolue à la violence, qui caractérise la grande majorité des infractions visées, ainsi que par une hostilité marquée envers les modes de vie économiques parasites, à savoir les infractions contre le patrimoine commises par métier et la criminalité économique au préjudice du fisc et des assurances sociales.

L'analyse de l'art. 66a CP conduit à la conclusion que l'expulsion, bien qu'elle revête une nature quasi-pénale en raison de ses effets dissuasifs, possède avant tout le caractère d'une mesure préventive relevant d'une logique de neutralisation des dangers. Dès lors, il convient de distinguer entre l'étranger matériel et l'étranger seulement formel, dans la mesure où seul le premier est perçu comme représentant un danger quasi durable et difficilement amendable. La raison d'être de la clause de rigueur (art. 66a al. 2 CP) est précisément de déterminer à quelle catégorie d'étranger l'autorité est confrontée.

Ces réflexions sont ensuite transposées au droit de la naturalisation. Dans les deux configurations, l'étranger acquiert pour la première fois une visibilité politique face au Souverain: soit comme auteur d'atteintes aux valeurs juridiques fondamentales, soit comme aspirant à son admission au sein du corps politique. Après avoir examiné et écarté diverses approches traditionnelles du traitement d'infractions pénales dans le cadre de la procédure de naturalisation – qu'elles soient fondées sur le mode d'exécution ou le quantum de la peine – l'article préconise un alignement sur le catalogue d'infractions de l'art. 66a CP. Un tel ancrage permet de respecter la nature profondément politique de la naturalisation, tout en offrant une base prévisible, objective et respectueuse de la sécurité juridique pour le traitement des infractions au cours de la procédure de naturalisation, s'inscrivant ainsi dans les récents changements de paradigme vers un État de droit en matière de naturalisation.

Mots-clés: expulsion pénale; citoyenneté; antécédents; dangerosité; valeurs socio-éthiques

Resumen

El artículo examina los paralelismos entre la expulsión obligatoria de extranjeros y la denegación de la naturalización debido a delitos. Parte de la cuestión de cómo reaccionan los Estados modernos ante personas percibidas como peligrosas para la sociedad a raíz de una infracción, así como del papel que desempeñan los valores socioéticos y la apreciación de la peligrosidad. A través de los modelos de filosofía política de Hobbes y Rousseau, muestra que la expulsión obligatoria prevista por el derecho suizo se basa en una lógica de exclusión de las personas insuficientemente integradas en la comunidad jurídica. Sin embargo, esta exclusión solo opera en caso de violación de los valores fundamentales que subyacen al catálogo de delitos del art. 66a, párr. 1 CP (Código Penal suizo). Estos valores se traducen en una hostilidad absoluta hacia la violencia, la cual caracteriza a la gran mayoría de los delitos tipificados, así como en una hostilidad marcada hacia los modos de vida económicos parasitarios, a saber, los delitos contra el patrimonio cometidos de forma profesional y la criminalidad económica en perjuicio del fisco y de los seguros sociales.

El análisis del art. 66a CP conduce a la conclusión de que la expulsión, si bien reviste una naturaleza cuasipenal debido a sus efectos disuasorios, posee ante todo el carácter de una medida preventiva que responde a una lógica de neutralización de peligros. Por lo tanto, conviene distinguir entre el extranjero material y el extranjero meramente formal, en la medida en que solo el primero es percibido como una amenaza cuasiduradera y difícilmente corregible. La razón de ser de la cláusula de rigor (art. 66a, párr. 2 CP) es precisamente determinar a qué categoría de extranjero se enfrenta la autoridad.

Estas reflexiones se transponen seguidamente al derecho de la naturalización. En ambas configuraciones, el extranjero adquiere por primera vez visibilidad política ante el Soberano: bien como autor de atentados contra los valores jurídicos fundamentales, bien como aspirante a su admisión en el cuerpo político. Tras haber examinado y descartado diversos enfoques tradicionales sobre el tratamiento de los delitos en el marco del procedimiento de naturalización — ya estén basados en la modalidad de ejecución o en el quantum de la pena —, el artículo propugna una armonización con el catálogo de delitos del art. 66a CP. Tal anclaje permite respetar la naturaleza profundamente política de la naturalización, al tiempo que ofrece una base previsible, objetiva y respetuosa con la seguridad jurídica para el tratamiento de las infracciones en el curso del procedimiento, inscribiéndose así en el reciente cambio de paradigma hacia un Estado de derecho en materia de naturalización.

Palabras clave: expulsión penal; ciudadanía; antecedentes penales; peligrosidad; valores socioéticos

Abstract

The article examines the parallels between the mandatory deportation of foreign nationals and the refusal of naturalization due to criminal offenses. It begins by exploring how modern States respond to individuals perceived as dangerous to society following an offense, as well as the role played by socio-ethical values and the assessment of dangerousness. Through the political philosophy models of Hobbes and Rousseau, it demonstrates that the mandatory deportation provided for by Swiss law is rooted in a logic of exclusion targeting individuals deemed insufficiently integrated into the legal community. However, this exclusion occurs only in the event of a violation of the fundamental values underlying the statutory list of offenses in Article 66a of the Swiss Criminal Code (SCC). These values manifest as an absolute hostility toward violence, which characterizes the vast majority of the listed offenses, as well as a marked hostility toward parasitic economic lifestyles, namely property crimes committed on a commercial basis and economic offenses to the detriment of tax authorities and social security institutions.

An analysis of Article 66a SCC leads to the conclusion that deportation, although possessing a quasi-criminal nature due to its deterrent effects, primarily bears the character of a preventive measure operating under a logic of neutralizing dangers, rather than a punitive sanction. Consequently, a distinction must be made between material and merely formal foreign nationals, insofar as only the former are perceived as embodying a persistent and hardly amendable danger. The *raison d'être* of the hardship exception (Art. 66a para. 2 SCC) is precisely to determine which category of foreign national the authority is confronting.

These reflections are subsequently transposed to naturalization law. In both configurations, the foreign national gains political visibility before the Sovereign for the first time: either as a perpetrator of violations against fundamental legal values, or as an aspirant to admission into the political body. After examining and discarding various traditional approaches to the treatment of criminal offenses within the naturalization procedure — whether based on the method of execution or the severity of the sentence —, the article advocates for an alignment with the statutory list of offenses under Article 66a SCC. Such an anchoring respects the deeply political nature of naturalization while offering a predictable, objective basis grounded in the rule of law for the treatment of offenses during the procedure, thereby aligning with recent rule-of-law paradigm shifts in naturalization law.

Keywords: criminal deportation; citizenship; criminal record; dangerousness; socio-ethical values

Sommaire

Introduction	49
I. Points communs entre l'expulsion et le refus de naturalisation en raison d'antécédents pénaux	50
II. L'infraction et sa portée – la déviance comme rupture des valeurs.....	52
A. Communauté de valeurs et communauté de droit	52
B. Infraction et dangerosité générale	54
1. Le modèle contractuel égalitaire: l'exclusion comme conséquence de la transgression	55
1.1. Le modèle rousseauiste: la déviance comme motif d'exclusion du corps politique	55
1.2. Une infraction unique révèle un caractère « insociable »	59
1.3. La notion d'ennemi dans la pensée de Günther Jakobs	60
2. Le modèle contractuel autoritatif: la nature de l'infraction comme critère de modification du statut de l'auteur	60
2.1. Hobbes – un théoricien du droit pénal de l'ennemi, ou non ?	60
2.2. La nature de l'acte détermine sa portée	62
3. Catégorisation liée à la qualité des infractions des délinquants dans le droit pénal positif moderne.....	63
3.1. Réflexions générales sur un droit pénal de l'ennemi conforme à l'État de droit	63
3.2. Éléments de droit pénal de l'ennemi dans l'État de droit suisse	64
3.2.1. Considérations générales	64
3.2.2. Remarques préliminaires sur la logique de droit pénal de l'ennemi de l'expulsion obligatoire	65
3.3. Responsabilité de l'État et réinsertion sociale	67
3.3.1. Peine de mort, bannissement et emprisonnement	67
3.3.2. L'État moderne: coresponsable du sous-développement personnel du délinquant.....	69
3.3.3. Développement personnel du délinquant: réinsertion, non socialisation	70
III. Expulsion obligatoire, art. 66a CP.....	70
A. Nature juridique.....	70
1. Caractère pénal	71
1.1. Double peine.....	71
1.1.1. Cumul de l'infraction et de l'abus du droit d'hospitalité.....	71
1.1.2. Dissuasion par la perspective de l'expulsion; un indice de caractère pénal ..	71
1.2. L'expulsion comme peine accessoire à l'égard des étrangers.....	72
2. Expulsion obligatoire: mesure d'élimination du danger et caméléon des formes pénales	72
B. Fonctionnement	73
1. Absence de responsabilité de l'État pour la déviance de l'étranger	73
2. L'étranger face à l'impossibilité de la réinsertion	74
3. La « situation personnelle grave »: coresponsabilité de l'Etat et capacité de réinsertion sociale de l'étranger	74
3.1. Critères du cas de rigueur personnel grave	75
3.1.1. Les piliers du mode de vie suisse: maîtrise de la langue, participation sociale et indépendance économique	77
3.1.2. Le respect de la sécurité et de l'ordre publics comme aspect de l'intégration	78
3.1.3. Le respect des valeurs de la Constitution comme aspect de l'intégration	79

3.2.	L'absence de prépondérance de l'intérêt public à l'expulsion.....	80
3.3.	Synthèse des développements relatifs à l'expulsion obligatoire	81
IV.	Le refus de naturalisation en raison d'une infraction antérieure.....	82
A.	La nationalité comme droit de cité	82
B.	La portée de l'infraction en droit de la nationalité	82
C.	Admission à la nationalité par « naturalisation »	83
1.	Un acte politique ?	83
2.	Acte juridique et obligation de motivation	84
D.	L'impact de la nature juridique de la naturalisation sur l'examen des antécédents pénaux	84
1.	La portée de l'arrêt du Tribunal fédéral du 21 mai 2025 (1C_350/2024).....	85
2.	Critères d'appréciation des condamnations pénales	87
2.1.	L'absence de pertinence du mode d'exécution de la peine	87
2.2.	La portée de la quotité de la sanction.....	88
2.3.	L'impact de la qualité de l'infraction.....	89
3.	Synthèse des développements relatifs au refus de naturalisation en raison d'une infraction antérieure	90
3.1.	La question des autres infractions (art. 66a bis CP)	91
3.2.	Le parallélisme de la naturalisation à l'expulsion	91
	Conclusion.....	92
	Bibliographie	94

Introduction

[1] Dans la présente contribution, il s'agit de dégager, à partir de la nature juridique et du fonctionnement de l'expulsion pénale conformément à l'article 66a du Code pénal suisse (ci-après: CP), des enseignements quant au sens et à la finalité du refus de naturalisation fondé sur une ou plusieurs condamnations pénales antérieures. L'expulsion pénale constitue ainsi un point de départ analytique, en ce qu'elle met particulièrement en lumière la manière dont l'infraction est appréhendée comme critère de mise à distance du corps politique.

[2] L'analyse porte, en premier lieu, sur la question de savoir pourquoi un événement passé et achevé, tel qu'une infraction, peut continuer à produire des effets juridiques dans des contextes qui dépassent le cadre des catégories strictement pénales. Il s'agit, en d'autres termes, de comprendre pourquoi une violation ponctuelle de la norme peut donner lieu à une appréciation de la personne qui, au-delà de la sanction, s'inscrit dans la durée et détermine son appartenance. Il apparaît ainsi que l'infraction n'est pas seulement envisagée dans une logique d'imputation et de soumission à la peine, mais également dans une logique d'appartenance, c'est-à-dire en des termes politiques¹.

¹ Le fait que l'analyse juridique se transforme, en définitive, en une analyse de nature politologique tient à la logique même de la matière. En effet, lorsque l'auteur d'une infraction franchit simultanément les limites de ce qui peut être régulé par le droit – autrement dit lorsqu'il apparaît comme n'étant *plus* maîtrisable par des normes –, il doit être maîtrisé autrement, à savoir par un traitement comme être extra-juridique, c'est-à-dire comme un danger aveugle

[3] Dans cette perspective, l'analyse mobilise des schèmes d'explication relevant de la philosophie du droit afin d'éclairer la nature de l'expulsion pénale et, à partir de celle-ci, les fondements du refus de naturalisation en raison de condamnations pénales. Elle met ainsi au jour une tension entre, d'une part, une conception de l'appartenance marquée par l'immédiateté et une faible médiatisation par les exigences de justification juridique et, d'autre part, les exigences de l'État de droit, qui imposent de penser la réaction étatique dans une logique d'imputation, de justification et de proportionnalité. Il s'agira dès lors de mettre en lumière ce rapport de tension, tel qu'il se manifeste notamment en matière d'expulsion pénale et de décisions relatives à la naturalisation, et d'en proposer une mise en cohérence juridiquement fondée.

I. Points communs entre l'expulsion et le refus de naturalisation en raison d'antécédents pénaux

[4] L'expulsion pénale et le refus administratif de la naturalisation constituent des instruments fonctionnellement comparables qui, malgré leurs ancrages distincts en droit positif, poursuivent une finalité commune: la protection des fondements socio-éthiques de l'ordre juridique face à des personnes considérées comme dangereuses. Certes, l'expulsion pénale et les décisions en matière de droit de cité fondées sur une infraction ne concernent, en principe, que des étrangers au sens formel du droit de la nationalité. Il ne s'agit toutefois pas, à proprement parler, de l'éloignement des étrangers en tant que tels. Cela apparaît notamment en droit de la nationalité, où la problématique du refus de naturalisation en raison d'une condamnation pénale ne se limite pas aux étrangers formels, notamment lorsque l'octroi d'un droit de cité communal supplémentaire est refusé en raison d'infractions commises². Cela se manifeste également dans d'autres formes d'action étatique défavorable liées à une condamnation pénale antérieure, notamment dans la privation du droit de cité, soumise à des conditions particulièrement strictes³. Cette logique, qui ne se rattache pas prioritairement à la nationalité mais à la dangerosité, apparaît de manière

qu'il convient de combattre pour protéger ce qui est propre. Voir, sur l'ensemble, CARL SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*. Le fait que cette logique de combat reçoive une façade compatible avec l'État de droit – notamment par l'intégration systématique, dans le Code pénal, d'une incrimination étendue à un stade très précoce (*actes préparatoires punissables*, art. 260bis CP), de l'expulsion obligatoire (art. 66a CP) ou encore du « traitement » institutionnel (mesure thérapeutique institutionnelle, art. 59 CP), ainsi que, dans le Code de procédure pénale, d'une détention provisoire fondée sur un risque de récidive dissimulant en réalité une logique de prévention (art. 221, al. 1bis CPP), au sein de laquelle une figure telle que l'exécution anticipée de la peine ou de la mesure (art. 236 CPP) ne paraît même plus comme un corps étranger – ne change rien à la transformation statutaire sous-jacente, qui voit le passage du sujet autonome à un danger aveugle. Voir, à cet égard, pour le droit positif allemand, JAKOBS Günther, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in: HRRS 2004, p. 81 ss.

² La question de savoir si tel est effectivement le cas en pratique, et selon quels critères, ne peut ici qu'être conjecturée. Les bases légales – notamment celles du canton de Luzern ainsi que de la ville de Luzern – prévoient, s'agissant de l'octroi du droit de cité communal et cantonal à des ressortissants suisses, que ceux-ci doivent « jouir d'une bonne réputation dans la commune de naturalisation » (cf. § 17 Loi sur le droit de cité cantonal du canton de Lucerne). La brochure « Acquisition du droit de cité de la ville de Lucerne » précise la notion de « bonne réputation » en exigeant notamment l'absence de poursuites, d'actes de défaut de biens et d'arriérés fiscaux. Elle étend en outre ces exigences en imposant le respect de l'ordre juridique et requiert la production d'un extrait du casier judiciaire. Dès lors, il n'est pas exclu, sur le plan technique, qu'une condamnation pénale fasse obstacle à l'octroi d'un second droit de cité communal.

³ Voir à ce sujet VON RÜTTE Barbara, *Der Entzug des Bürgerrechts. Eine Einordnung der Schweizer Praxis*, in: *sui generis* 2023, p. 95.

particulièrement frappante dans le bannissement, historiquement attesté en Suisse, en Allemagne, en Grande-Bretagne et dans d'autres États, c'est-à-dire dans l'expulsion de ressortissants de leur propre État en raison d'infractions antérieures⁴.

[5] Que le bannissement, comme réaction à l'infraction, ne soit aujourd'hui plus envisageable, du moins sous la forme de l'éloignement de ses propres ressortissants hors du territoire de l'État – même si certaines formes de déplacement forcé à l'intérieur de celui-ci subsistent –, peut certes s'expliquer par l'évolution des conceptions juridiques en droit international.

[6] Mais cela peut également s'interpréter, dans une perspective proprement pénale, comme le reflet d'une transformation à la fois de l'image et de la conception du criminel: là où l'infraction non seulement exprimait autrefois le caractère de son auteur, mais était quasi identique à celui-ci, elle est désormais comprise comme l'expression d'une désorientation momentanée du délinquant, de sorte que l'idée d'une amélioration de celui-ci par les effets de la détention devient concevable comme réaction à l'infraction. Dans cette perspective, la peine privative de liberté apparaît alors comme une réaction à l'infraction dotée de sens⁵. À la lumière d'un tel changement de paradigme, l'exécution de la peine capitale et le bannissement n'apparaissent pas pour autant comme dénués de sens. Ils conservent, au contraire, une certaine pertinence à l'égard de catégories spécifiques de délinquants considérés comme non amendables ou non susceptibles de réintégration. À l'inverse, pour les délinquants susceptibles de réinsertion, la peine privative de liberté se présente comme un instrument apte à rendre à nouveau socialement aptes – et, sans doute aussi, en partie « utiles » – des auteurs d'infractions dont la réceptivité normative apparaît défailante à l'égard de l'interdiction pénale violée, sans que leur aptitude *générale* à vivre conformément au droit s'en trouve remise en cause.

[7] Or, le passage d'une conception de l'infraction comme irréfragablement révélatrice de la personnalité – celle du délinquant conçu comme durablement inapte à la vie sociale et, partant, dangereux – à un droit pénal de l'acte constitue un changement décisif.⁶ Dans ce cadre, l'infraction n'est précisément plus comprise (uniquement) en lien avec le caractère de l'auteur comme nécessairement et durablement dangereux, mais comme susceptible d'amendement. Ce déplacement, aussi important soit-il, ne modifie pas pour autant la *portée propre de l'infraction* pour la société, sur laquelle il sera revenu par la suite.

⁴ DUBLER Anne-Marie, *Bannissement*, in: Dictionnaire historique de la Suisse (DHS), version du 11.11.2008, en ligne: hls-dhs-dss.ch, consulté le 13.04.2026, voir, pour les États précurseurs de l'Allemagne, COY Jason Philip, *Strangers and Misfits: Banishment, Social Control, and Authority in Early Modern Germany*, Leiden/Boston 2008; pour la Grande-Bretagne, le Piracy Act 1717; à ce sujet de manière approfondie COLDHAM Peter Wilson, *Emigrants in Chains. A Social History of the Forced Emigration to the Americas of Felons, Destitute Children, Political and Religious Non-Conformists, Vagabonds, Beggars and Other Undesirables, 1607–1776*, Baltimore 2007.

⁵ Voir, sur l'émergence de la prison, c'est-à-dire de la privation de liberté comme peine révolutionnaire devenue rapidement dominante, FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir: Naissance de la prison*, Paris 1975, p. 1 ss. Il est en revanche douteux que le passage à la prédominance de la peine pécuniaire constitue un changement de paradigme comparable. Une telle thèse peut néanmoins être soutenue, dans la mesure où toute dimension de corporalité disparaît. Pourtant, le renoncement au contrôle physique au profit d'un contrôle psychique y est porté à son point culminant: en infligeant au délinquant une souffrance de nature pécuniaire tout en le maintenant physiquement au sein de la société – comme travailleur, contribuable et, le cas échéant, comme parent –, la peine pécuniaire permet de préserver et d'exploiter ses capacités sociales. Elle ne doit dès lors pas être comprise comme un nouveau changement de paradigme, mais comme l'aboutissement du processus amorcé avec la peine privative de liberté.

⁶ JESCHECK Hans-Heinrich / WEIGEND Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. AT*, 5e éd., Berlin 1996, § 7 III 1 et 2.

II. L'infraction et sa portée – la déviance comme rupture des valeurs

[8] La notion de portée de l'infraction désigne précisément la fonction que celle-ci exerce dans l'évaluation de l'auteur comme individu (durablement) dangereux.⁷ Il ne s'agit donc pas ici, au premier chef, d'une conception matérielle du crime, c'est-à-dire de la question de savoir ce qui caractérise l'infraction en elle-même.⁸ Il s'agit bien plutôt de comprendre en quoi la notion de crime influe sur l'appréciation de l'auteur comme étant (durablement) dangereux.

[9] Parallèlement, la notion de crime s'inscrit elle aussi dans un rapport de corrélation avec les fonctions du droit pénal⁹. À cet égard, malgré l'absence d'unanimité, l'idée de la protection des biens juridiques a néanmoins recueilli, de manière tendancielle, une large adhésion. Selon l'opinion dominante, le droit pénal aurait ainsi pour fonction de protéger les biens juridiques¹⁰. Dès lors, l'infraction ne présenterait d'autre portée que de correspondre à certains processus de mise en danger ou d'atteinte à des biens juridiques que l'autorité compétente a érigés en infractions pénales, conformément à une conception matérielle du crime¹¹.

A. Communauté de valeurs et communauté de droit

[10] Si, selon l'opinion dominante, le droit pénal poursuit ainsi l'objectif de protéger des biens juridiques par l'existence et l'application des dispositions pénales – c'est-à-dire par le prononcé de culpabilité, la condamnation et l'exécution de la peine –, il convient toutefois de s'interroger sur les conditions dans lesquelles cet objectif est susceptible d'être atteint¹². En tant que mécanisme criminologique de justification, le concept de bien juridique ne permet guère d'invoquer autre chose que l'idée selon laquelle la protection des biens juridiques passe par leur traduction en interdictions pénales. Elle suppose, partant, la connaissance de ces interdictions par les citoyens: dès lors qu'ils savent quelles mises en danger et quelles atteintes aux biens juridiques sont sanctionnées, ils respecteront les biens juridiques d'autrui – à supposer toutefois leur loyauté envers le droit, c'est-à-dire leur volonté d'obéir aux lois¹³. Or, ni la procédure pénale proprement dite ni l'exécution de

⁷ LÖFFLER Alexander, *Die Schuldformen des Strafrechts*, Leipzig 1895, p. 80 ss.

⁸ Voir ROXIN/GRECO, § 2 N 9, 24 ss.

⁹ Voir BRAND Fabian, *Strafrecht, Schuld, Verbotsirrtum. Zur schuldtheoretischen Lösung des Verbotsirrtums im deutschen und schweizerischen Strafrecht aus strafrechtsdogmatischer, strafphilosophischer und staatsrechtlicher Sicht. Zugleich ein Beitrag zu Grund und Grenzen der Berechtigung eines sozialetischen Strafrechts*, Francfort-sur-le-Main, à paraître (cité: BRAND, *Strafrecht, Schuld, Verbotsirrtum*), première partie, B.

¹⁰ HEFENDEHL Roland / VON HIRSCH Andrew / WOHLERS Wolfgang (édit.), *Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden 2003.

¹¹ Que l'on se réfère à la théorie de la protection des biens juridiques, au harm principle ou à d'autres constructions analogues n'est pas sans importance; en pratique, toutefois, les différences apparaissent limitées. Ni la notion de bien juridique, ni celle d'intérêt dont l'atteinte est requise pour caractériser un préjudice ne renvoient, en effet, à des catégories immédiatement accessibles aux citoyens, ni à des objets susceptibles de fonder une auto-compréhension étatique ou collective.

¹² HASSEMER Winfried, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Francfort-sur-le-Main 1972, p. 87 ss.

¹³ Toutes les théories positivistes du droit pénal reposent, en dernière analyse, sur l'existence d'une connaissance de la loi. Celle-ci se manifeste notamment dans la dogmatique de l'erreur sur l'illicéité (*Verbotsirrtum*), voir, sur l'ensemble, BRAND, *Strafrecht, Schuld, Verbotsirrtum*, première partie, C.

la peine n'ont pour objet la transmission de la connaissance de la loi. Il en va de même des institutions d'intégration sociale – telles que les crèches, les écoles primaires et secondaires, les gymnases ou les cours du soir –, qui n'ont pas pour mission de proclamer les normes pénales ni de transmettre les biens juridiques qu'elles protègent¹⁴. Ainsi, l'école n'enseigne pas, par exemple, le droit pénal patrimonial aux enfants. En dehors des études juridiques proprement dites et de certaines formations spécialisées, les institutions éducatives ne visent pas à transmettre une connaissance du droit comme condition de son application, pourtant à en exiger le respect¹⁵.

[11] Les citoyens ne reçoivent donc pas un enseignement juridique formel. Bien au contraire: les démocraties libérales se distinguent précisément par le fait qu'elles peuvent s'en passer, sans que la société ne s'effondre sous le poids de citoyens délinquants désorientés, maintenus dans l'ignorance des limites de l'agir pénalement illicite. À l'inverse, les États en période de rupture, de révolution ou d'oppression doivent précisément faire entrer dans l'univers de représentation des citoyens, par la parole, l'image et le son, les nouvelles règles – à la manière du chapeau de Gessler –, parce que la conscience des individus n'est pas en mesure, à elle seule, de les éviter comme injustes¹⁶.

[12] Le fait que les citoyens mènent, pour l'essentiel, une existence exempte de toute pertinence pénale ne découle pas d'une connaissance exemplaire de la loi. Une telle idée supposerait que l'évitement d'infractions – telles que le viol ou l'escroquerie – dépende soit d'une pure soumission à l'autorité étatique (comme le pensent les théories impératives du droit), soit d'une simple mise en balance des intérêts (comme l'enseigne l'analyse économique du droit)¹⁷. Elle réside bien plutôt

¹⁴ Au sujet de l'état actuel de l'enseignement du droit dans la formation scolaire contemporaine, voir GRAN Andreas, *Rechtsbildung als Allgemeinbildung. Fundament für freies und soziales Wirtschaftsleben*, in: JR 2023, p. 257 ss. Le profil de discipline « Économie et droit » (Wirtschaft und Recht) enseigné dans les gymnases suisses se limite pour l'essentiel à une transmission de connaissances juridiques relevant du droit privé, plus précisément du droit économique et, en son sein, du droit des contrats; cf. par exemple le plan d'études du lycée de MuttENZ Grundlagenfach | Gymnasium MuttENZ (26.04.2026). Les cours gymnasiaux sur la « formation de citoyen » (politische Bildung) sont exactement cela, des cours pour créer des *citoyens*, pas des *bourgeois* (individus orientés vers la sphère privée et l'économie de marché), et encore moins des *sujets*, simple récepteurs passifs d'ordres de l'État. Pour la portée de cette différenciation dans ce contexte voir BRAND, *Strafrecht, Schuld, Verbotsirrtum*, première partie, C.

¹⁵ Pour une critique précoce à cet égard, voir JARCKE Carl Ernst, *Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts: mit Rücksicht auf die Bestimmungen der preussischen, österreichischen, bairischen und französischen Strafgesetzgebung*, vol. 1, Berlin 1827, p. 140 ss.

¹⁶ Voir, pour des exemples tirés de la Turquie, HIRSCH Ernst-Eduard, *Zur Rechtserheblichkeit des Normirrtums in juristischer und soziologischer Sicht*, in: Kaulbach Friedrich / Krawietz Werner (édit.), *Recht und Gesellschaft. Festschrift für Helmut Schelsky zum 65. Geburtstag*, Berlin 1977, p. 211 ss, spéc. p. 220 ss, à propos d'un cas relatif à la réception de l'interdiction de la polygamie en Turquie, laquelle ne tenait pas suffisamment compte des pratiques culturelles locales. Le chapeau de Gessler constitue un épisode – ou, plus exactement, un motif légendaire – fondateur de l'imaginaire historique suisse. Selon la tradition, au début du XIV^e siècle, les territoires forestiers soumis aux Habsbourg étaient administrés par des baillis. L'un d'eux, Hermann Gessler, aurait imposé à la population un geste d'allégeance en faisant placer son chapeau au sommet d'un mât sur la place publique et en ordonnant que tout passant le salue. Guillaume Tell refusa de se soumettre à cette marque d'humiliation. Cet épisode a trouvé sa forme littéraire la plus célèbre dans le drame Wilhelm Tell de FRIEDRICH SCHILLER, publié en 1804.

¹⁷ Pour une critique de la conception de la société sous-jacente à l'analyse économique du droit pénal, voir BRAND Fabian, *Taking Behavioral Skepticism Seriously: Law and Economics' Deterrence Theory in a Moral World*, in: Mathis Klaus (édit.), *Law and Economics of Crime and Punishment*, à paraître (cité: BRAND, *Taking Behavioral Skepticism Seriously*); pour une critique de l'effet inhibiteur que la connaissance de la loi exercerait sur la

dans l'intériorisation et la préservation de représentations issues d'attitudes socialement valorisées – autrement dit, des valeurs de la communauté juridique et sociale, en somme des prétendues valeurs socio-éthiques du droit¹⁸. Tant que les citoyens demeurent orientés vers ces valeurs – ce à quoi l'État doit veiller –, ils tendent naturellement à respecter les biens juridiques de leurs concitoyens protégés par le droit pénal.

[13] Pour donner un exemple: si l'on part d'une valeur de la communauté juridique allemande et suisse que l'on pourrait qualifier de solidarité interpersonnelle, selon laquelle il convient parfois d'accorder aux concitoyens davantage que la simple abstention de leur causer un dommage, il paraît évident que les citoyens qui considèrent cette valeur comme vivante et digne d'être suivie aideront leurs concitoyens en danger de mort, n'exploiteront pas ceux qui se trouvent dans une situation de détresse économique et dénonceront aux institutions de l'État des infractions graves imminentes. Un citoyen orienté vers cette valeur ne violera donc ni l'art. 128 CP (omission de prêter secours), ni l'art. 157 CP (usure), ni le § 34 de la loi lucernoise sur les contraventions (non-dénonciation de projets criminels); il respectera ainsi les biens juridiques protégés par ces infractions, à savoir l'intégrité corporelle, la vie, le patrimoine, la liberté personnelle, l'autodétermination sexuelle, etc¹⁹.

B. Infraction et dangerosité générale

[14] Après avoir conçu la portée de l'infraction pour la société comme la violation de ses valeurs juridiques socio-éthiques, il a été montré que les incriminations peuvent être comprises comme la

commission des infractions, voir, du point de vue dogmatique, STRATENWERTH Günter, *Die Bedeutung der kriminologischen Forschung für die Strafrechtsreform*, in: MonSchrKrim 1972, p. 196 ss; voir également BRAND, *Strafrecht, Schuld, Verbotsirrtum*, première partie, C. En revanche, pour une position attribuant un tel effet exclusivement ou principalement au droit positif écrit, voir PAWLIK Michael, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen 2012, p. 259 ss., 333 ss., 397 ss.

¹⁸ Pour une présentation générale, voir WELZEL Hans, *Das Deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung*, 11e éd., 1969, p. 1 ss; du même auteur, in: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, p. 227 ss.

¹⁹ On pourrait certes objecter que l'étendue de ces obligations ponctuelles de renoncer à des comportements égoïstes demeure incertaine pour les citoyens. Le degré de civisme qui y est attaché – entendu comme l'obligation de se conformer à un modèle de conduite socialement valorisé – leur est toutefois transmis par l'éducation familiale et scolaire, ainsi que par la reproduction continue de valeurs socio-éthiques dans les médias et les interactions sociales. Des incertitudes n'en subsistent pas moins. S'il est ainsi communément admis, en Suisse comme en Allemagne, qu'il convient de porter secours à une personne en danger de mort, on ignore en revanche largement que l'obligation d'aider une personne menacée d'une infraction sexuelle grave ne donne pas nécessairement lieu, en Suisse, à une obligation pénalement sanctionnée. La difficulté devient particulièrement aiguë lorsque certaines obligations d'adaptation échappent à toute perception de leur caractère illicite, le citoyen s'exposant alors au risque d'adopter un comportement pénalement répréhensible. Cette tension se révèle avec une acuité particulière dans l'appréciation des interactions sexuelles. On y observe une évolution dont les implications ne sont pas encore intégrées dans de larges pans de la société, notamment en ce qui concerne le *stealththing*. Le caractère illicite d'un tel comportement demeure difficilement intelligible si l'on ne parvient pas simultanément à identifier l'intérêt juridiquement protégé spécifique qui est atteint. On pourrait certes être tenté de situer l'illicéité dans la violation d'un devoir de loyauté interpersonnelle; une telle construction demeure toutefois trop indéterminée pour servir de fondement à une incrimination pénale. Il apparaît dès lors plus convaincant de rattacher l'atteinte à la sphère de l'autodétermination reproductive. Une telle qualification ne demeure cependant pas sans effets. Elle tend à suggérer, de manière implicite, une conception selon laquelle le droit assurerait, par le biais du droit pénal, la possibilité d'une sexualité affranchie du risque de grossesse. Il apparaît ainsi que la détermination du bien juridique protégé ne se limite pas à une fonction dogmatique, mais qu'elle participe également à la formulation et à la consolidation de représentations normatives de la sexualité.

typification de ces valeurs. Celles-ci ont pour fonction d'en assurer la protection par l'intermédiaire d'un ou de plusieurs biens juridiques et, partant, de prémunir ces derniers contre toute atteinte²⁰. Il convient à présent de s'interroger sur la portée de l'infraction quant à l'appréciation de l'auteur, en particulier sur la manière dont elle permet de le qualifier comme dangereux (au regard de ces valeurs).

[15] Il s'agira, dans ce cadre, d'examiner si une seule infraction suffit déjà à fonder l'imputation d'une dangerosité durable – c'est-à-dire persistante – de l'auteur, ou si, pour autant qu'un tel jugement de dangerosité durable soit retenu, une pluralité d'actes est requise pour autoriser une telle conclusion. Afin d'analyser la portée de l'acte isolé – qu'il s'agisse d'une infraction pénale ou d'un autre comportement déviant – au regard de l'appréciation de la dangerosité de l'auteur, il sera fait appel à des fondements de théorie de l'État. Cette démarche s'impose dans la mesure où la question de la portée d'une violation de norme touche, en dernière analyse, à la position de son auteur par rapport au corps politique et soulève ainsi une interrogation d'ordre fondamental: le transgresseur doit-il être traité comme un membre ou, au contraire, en être exclu du corps politique en raison de son acte ?

[16] On peut également envisager qu'une telle exclusion ne se justifie qu'à titre exceptionnel, notamment en présence de certaines infractions spécifiques, par exemple en raison de leur particulière gravité. Il conviendra de montrer que l'appréciation, sur le plan de la théorie de l'État, de l'appartenance de l'auteur est étroitement liée à la prévision de sa dangerosité. Si l'analyse se limite ici à certains modèles contractuels, c'est que, depuis le dépassement des fondations purement théologiques de l'État – amorcé notamment avec Hobbes –, ces approches offrent un cadre particulièrement apte à penser l'ordre politique à partir d'individus libres²¹. Dans cette perspective, Hobbes et Rousseau apparaissent comme des figures paradigmatiques de conceptions contractuelles opposées, à travers lesquelles les conséquences de l'infraction en termes d'appartenance peuvent être mises en lumière de manière particulièrement nette, sans pour autant exclure entièrement la réalité de mécanismes d'exclusion, telle qu'elle se laisse notamment appréhender, dans une perspective hégélienne, à travers une conception selon laquelle l'infraction n'emporte jamais de jugement définitif sur la personnalité de l'auteur, celui-ci demeurant un sujet rationnel et membre de la communauté juridique²².

1. Le modèle contractuel égalitaire: l'exclusion comme conséquence de la transgression

1.1. *Le modèle rousseauiste: la déviance comme motif d'exclusion du corps politique*

[17] La première approche, fortement marquée par Rousseau, conduit à ce que toute infraction, indépendamment de sa qualité, entraîne une exclusion catégorielle de la qualité de membre parmi

²⁰ Voir pour cette conception du délit WELZEL in: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, p. 224 ss. Voir aussi BRAND, *Strafrecht, Schuld, Verbotsirrtum*, première partie, B.

²¹ Sur la théorie du contrat, voir TERREL Jean, *Les théories du pacte social: droit naturel, souveraineté et contrat*, Paris 2001; concernant l'importance de Thomas Hobbes pour la théorie moderne de l'État, voir HÜNING Dieter, *Freiheit und Herrschaft in der Rechtsphilosophie des Thomas Hobbes*, Berlin 1998, et CAMPAGNA Norbert, *Thomas Hobbes: L'Ordre et la liberté*, Paris 2000.

²² Voir pour la théorie pénale d'Hegel RAMB Michael, *Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer*, Berlin 2015.

les citoyens (selon le credo: cela, aucun des nôtres ne le fait): « *D'ailleurs, tout malfaiteur attaquant le droit social devient par ses forfaits rebelle et traître à la patrie, il cesse d'en être membre en violant ses loix, & même il lui fait la guerre* »²³.

[18] Jakobs estime que, chez Rousseau, aucune perte de personnalité ne peut à proprement parler être constatée malgré la perte de la qualité de membre, dans la mesure où l'être humain devient une personne au sens du droit déjà avant – et non seulement par – la conclusion du contrat²⁴.

[19] Rousseau expose toutefois: « *Alors la conservation de l'État est incompatible avec la sienne; il faut qu'un des deux périsse, & quand on fait mourir le coupable, c'est moins comme citoyen que comme ennemi* »²⁵.

[20] Si l'on veut ici reconnaître le statut de personne non seulement au citoyen, mais également à celui qui est devenu ennemi, se pose toutefois la question de savoir si, bien que la prétention à la personnalité préexiste à la conclusion du contrat, elle ne s'éteint pas du fait de l'atteinte portée à celui-ci. Si l'on veut invoquer, en faveur du maintien d'un certain reste de personnalité, le caractère juridique formel de la constatation de la culpabilité du « malfaiteur », Rousseau montre toutefois également que « Les procédures, le jugement sont (que; ajout de l'a.) les preuves & la déclaration qu'il a rompu le traité social » et qu'il n'est dès lors « plus membre de l'État ».²⁶

[21] S'il était bien une personne avant son entrée dans la société fondée par contrat, il perd cependant ce statut lorsqu'en tant que citoyen doté d'une prétention à la personnalité il devient malfaiteur; cette conséquence s'explique, chez Rousseau, par l'idée d'une contradiction avec soi-même, déjà perceptible d'emblée, à laquelle il attache une particulière réprobation en tant que trahison: « *Or comme il s'est reconnu tel (membre de l'Etat, note de l'a.), tout au moins par son séjour, il en doit être retranché par l'exil comme infracteur du pacte, ou par la mort comme ennemi public; car un tel ennemi n'est pas une personne morale, c'est un homme, & c'est alors que le droit de la guerre est de tuer le vaincu* »²⁷.

[22] La notion d'ennemi qui apparaît ici rappelle certes le concept de droit pénal de l'ennemi élaboré par Jakobs²⁸. Cette parenté ne porte toutefois que sur les conséquences juridiques, non les conditions de la notion d'ennemi. En effet, chez Jakobs, le statut d'ennemi n'est pas acquis par tout criminel en tant que tel – ce qui serait impossible non seulement dans un droit pénal conforme à l'État de droit, mais dans tout État dépendant d'une reconnaissance internationale –, mais uniquement à certains auteurs d'infractions d'une gravité ou d'une nature particulière, ou plus précisément uniquement par les auteurs d'infractions d'une certaine qualité. À l'inverse, chez Rousseau, ce n'est pas la qualité de l'infraction qui importe, ni même sa qualité en tant qu'infraction pénale; ce qui importe, c'est de savoir si l'acte permet d'inférer une déviance de caractère par rapport aux valeurs juridiques socio-éthiques conçues par Rousseau comme religion civile, ce qui est toutefois nécessairement le cas dans les infractions.

²³ ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, Amsterdam 1762 (cité: ROUSSEAU, *Du contrat social*), Livre II, chap. V.

²⁴ JAKOBS Günther, *Norm, Person, Gesellschaft: Vorstudien zu einer Rechtsphilosophie*, 2e éd., 1999 (cité: JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*), p. 101.

²⁵ ROUSSEAU, Livre II, chap. V.

²⁶ ROUSSEAU, Livre II, chap. V.

²⁷ ROUSSEAU, Livre II, chap. V.

²⁸ Voir à ce sujet JAKOBS, in: *HRRS*, 2004, p. 81 ss.

[23] Rousseau écrit d'abord: « Or, il importe bien à l'État que chaque citoyen ait une religion qui lui fasse aimer ses devoirs; mais les dogmes de cette religion n'intéressent ni l'État ni ses membres qu'autant que ces dogmes se rapportent à la morale & aux devoirs que celui qui la professe est tenu de remplir envers autrui. Chacun peut avoir, au surplus telles opinions qu'il lui plaît, sans qu'il appartienne au Souverain d'en connoître »²⁹.

[24] Cette position n'est toutefois libérale qu'en apparence, car le minimum que le citoyen doit à l'État et à ses concitoyens ne doit pas être inférieur à celui d'un bon citoyen. Car même si l'État « n'a point de compétence dans l'autre monde » et même si « ce n'est pas son affaire (...) quel que soit le sort des sujets dans la vie à venir », cela ne vaut que « pourvu qu'ils soient bons citoyens dans celle-ci »³⁰.

[25] La portée de cette exigence apparaît avec netteté lorsque Rousseau indique l'objet de ce qui caractérise un bon citoyen. « Il y a donc une profession de foi purement civile dont il appartient au Souverain de fixer les articles, non pas précisément comme dogmes de religion, mais comme sentimens de sociabilité, sans lesquels il est impossible d'être bon citoyen ni sujet fidèle »³¹.

[26] Et encore: « Les dogmes de la religion civile doivent être simples, en petit nombre, énoncés avec précision, sans explications ni commentaires. L'existence de la Divinité puissante, intelligente, bienfaisante, prévoyante & pourvoyante, la vie à venir, le bonheur des justes, le châtement des méchants, la sainteté du contrat social & des lois; voilà les dogmes positifs. Quant aux dogmes négatifs, je les borne à un seul; c'est l'intolérance: elle rentre dans les cultes que nous avons exclus »³².

[27] Ces éléments rappellent le principe de socialité (*socialitas*) de Pufendorf ainsi que les lois naturelles de Hobbes.³³ À la différence de Hobbes, qui n'attribuait un véritable caractère juridique à ses lois naturelles que dans leur forme de lois civiles et les concevait plutôt comme des principes socio-éthiques d'évitement du conflit et des principes d'évitement de la guerre,³⁴ Rousseau confère en substance aux dogmes de la religion civile un caractère de contrainte immédiat: « Sans pouvoir obliger personne à les croire, il peut bannir de l'État quiconque ne les croit pas; il peut le bannir, non comme impie, mais comme insociable, comme incapable d'aimer sincèrement les loix, la justice, et d'immoler au besoin sa vie à son devoir »³⁵.

[28] Le verbe pouvoir n'exprime ici pas tant une simple faculté juridique au sens d'une autorisation que l'impossibilité de fait d'inculquer certaines valeurs juridiques. Car si l'État peut bannir des personnes parce qu'elles croient à de mauvaises choses, cela signifie probablement qu'il lui est également reconnu la compétence d'imposer directement celles qu'il tient pour justes. Il devient ensuite manifeste lorsque Rousseau distingue entre l'incroyance et la réalisation d'un acte dans lequel cette incroyance devient perceptible. Sans approfondir ici la distinction, connue de la réception de Hobbes, entre la *fides* demeurant purement privée et la *confessio* publiquement

²⁹ ROUSSEAU, Livre IV, chap. VIII.

³⁰ ROUSSEAU, Livre IV, chap. VIII.

³¹ ROUSSEAU, Livre IV, chap. VIII.

³² ROUSSEAU, Livre IV, chap. VIII.

³³ Voir, pour le principe de socialité chez Pufendorf, WELZEL, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, spéc. chap. 3. Pour les lois naturelles chez Hobbes, voir HÜNING, p. 94 ss.; CAMPAGNA, p. 64 ss.

³⁴ Voir à ce sujet BRAND, *Strafrecht, Schuld, Verbotsirrtum*, première partie, A.; voir également HÜNING, p. 98 ss.

³⁵ ROUSSEAU, Livre IV, chap. VIII.

perceptible (et donc dangereuse en raison de sa capacité de propagation), Rousseau établit ici une identité entre droit et morale qui demeure significative aussi pour les catégories systématiques du droit pénal actuel³⁶.

[29] Ainsi écrit-il immédiatement après le passage reproduit ci-dessus: « *Que si quelqu'un, après avoir reconnu publiquement ces mêmes dogmes, se conduit comme ne les croyant pas, qu'il soit puni de mort; il a commis le plus grand des crimes, il a menti devant les loix* »³⁷.

[30] La notion de « *publiquement reconnu* » ne doit pas être comprise comme une *confessio* publique en faveur de la religion civile, mais suit la logique générale du contrat social, que Rousseau avait déjà suggérée auparavant. Le citoyen manifeste en effet, fût-ce tacitement, par son séjour dans le champ d'application du contrat social, qu'il se comprend comme membre de celui-ci; l'autocontradiction qui réside dans le fait de se percevoir comme membre du contrat avec ses dogmes, d'une part, et d'accomplir, d'autre part, un acte contraire à ceux-ci, fonde alors la qualité de « *malfaiteur attaquant le droit social* », en raison de laquelle il devient « *rebelle et traître à la patrie* ».

[31] Qu'il commette pour cela nécessairement une infraction pénale – notion qui n'a de toute façon de sens que dans un ordre étatique gouverné par le principe de légalité ou ses équivalents – apparaît secondaire. Ce qui est central, c'est plutôt que les actes – et, chez Rousseau, toutes les fautes traitées comme infractions pénales le font de toute façon – expriment un caractère qui permet de conclure qu'il « *ne les croyant pas* », c'est-à-dire qu'il n'est pas atteint par les valeurs en question et constitue à cet égard un danger pour leur maintien.

[32] On pourrait donc, chez Rousseau, envisager de concevoir le bannissement comme une mesure de lutte contre les personnes dangereuses, tandis que la mort serait réservée, comme peine et mode d'exécution, à ceux qui expriment leur dangerosité par un acte. Qu'on qualifie alors celui-ci d'« *infraction pénale* » ou non, ce qui est décisif, c'est que seul l'acte, c'est-à-dire le fait, rendu extérieur, d'être inaccessible aux dogmes de la religion civile, doit entraîner la mort. Rousseau l'explique par le fait que l'acte exprimant une orientation axiologique déviante constitue « *le plus grand des crimes* », parce que l'auteur « *a menti devant les loix* ».

[33] Le sens dans lequel celui qui manifeste, par un acte, qu'il ne croit pas aux dogmes, c'est-à-dire aux valeurs juridiques socio-éthiques de la société, « *ment devant les lois* », peut être interprétée de deux manières, dont la première rend probablement mieux justice au sens rousseauiste, tandis que la seconde va sans doute au-delà. On peut d'abord envisager une interprétation du terme « *mentir* » au sens courant, selon laquelle le malfaiteur agit de façon contradictoire envers lui-même, ou mieux: de manière trompeuse voire traîtresse, en laissant entendre, par son séjour précédé de la conclusion du contrat, qu'il entendait respecter les lois, puis en rompant cette promesse par un acte contraire aux dogmes. Dans une seconde lecture, plus exigeante, on peut considérer, dans une perspective hégélienne, que l'auteur oppose sa volonté particulière à la volonté générale incarnée dans la loi³⁸.

³⁶ Pour la discussion des différences fondamentales entre peine et mesure, voir WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, p. 224 ss; ainsi que, sur l'importance de la distinction entre droit et morale fondée sur la différenciation entre attitude et comportement, du même auteur, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, p. 297 ss; du même auteur encore, in: *Der Staat*, 1969, p. 441 ss.

³⁷ ROUSSEAU, *Du contrat social*, Livre IV, chap. VIII.

³⁸ Voir, pour la théorie pénale d'Hegel l'œuvre de RAMB.

[34] À la différence de ses équivalents germaniques – *lügen*, *to lie*, *att ljuga* –, qui renvoient plus fortement à l'idée de *rupture* de fidélité, « *mentir* » n'a pas une telle connotation spécifique.³⁹ Étymologiquement, il remonte à la racine indo-européenne *men-* (« *penser* ») et désigne à l'origine une forme d'activité mentale.⁴⁰ L'évolution sémantique vers le sens de « *mentir* » s'opère par des étapes intermédiaires telles que « *fabuler* », « *imaginer quelque chose* » ou « *feindre quelque chose* ». En ce sens, le délinquant n'apparaît pas seulement comme un violateur de règle, mais comme quelqu'un qui affirme, pour ainsi dire, la validité d'un autre dogme.

1.2. Une infraction unique révèle un caractère « insociable »

[35] Chez Rousseau, on déduit donc immédiatement d'une violation unique, d'une perturbation ponctuelle de l'ordre, un caractère « *insociable* » qui entraîne la rupture de l'appartenance à la communauté et l'exclusion, par la mise à mort ou le bannissement. Toute infraction atteint ainsi la personnalité dans son ensemble, c'est-à-dire qu'elle est tenue pour révélatrice de l'auteur en tant que tel, raison pour laquelle son statut se transforme de celui de citoyen en celui d'« *homme* », situé hors de la communauté régie par le contrat social, et devant être combattu comme ennemi du corps politique.

[36] Il n'est pas difficile de constater que Günther Jakobs, dans les fondements intellectuels de sa pensée du droit pénal⁴¹, notamment en ce qui concerne le statut des êtres humains hors des normes sociales (individu) et en leur sein (personne), s'est fortement inspiré de Rousseau, qui associait ces notions à celles d'« *homme* » et de « *citoyen* ». En revanche, Jakobs ne suit pas Rousseau quant au changement de statut qui, à la suite d'une infraction, ferait passer du citoyen à l'« *ennemi* » en quelque sorte exclu du corps politique: le délinquant, en tant que personne au sein d'un ordre social structuré par des attentes normatives, demeure formellement une personne, même s'il déçoit les attentes matérielles de fidélité au droit, c'est-à-dire s'il cesse, matériellement, d'être une personne dans le cas concret⁴². Ce n'est que pour une catégorie particulière de délinquants que Jakobs semble reprendre la logique d'exclusion de Rousseau. Son droit pénal de l'ennemi, qui a trouvé un terrain particulièrement fertile notamment dans les pays d'Amérique latine et y a été largement reçu⁴³, fût-ce parfois de manière critique, repose toutefois – même s'il conduit à des structures similaires au niveau des conséquences juridiques – sur d'autres prémisses au niveau des conditions d'application. Il se situe donc entre le concept de l'indifférence à la qualité de l'infraction dans la tradition de Rousseau et un concept selon lequel, pour l'évaluation de l'auteur

³⁹ Voir, pour l'étymologie du terme « *lügen* » (all. *lügen*, angl. *to lie*, suéd. *att ljuga*), KLUGE Friedrich (begr.) / SEEBOLD Elmar (bearb.), *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache*, 23e éd., Berlin 1995, s.v. « *lügen* »; Oxford English Dictionary, s.v. *lie* (verb); Svenska Akademiens Ordbok, s.v. *ljuga*.

⁴⁰ Voir, pour l'étymologie de « *mentir* », Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales (CNRTL), s.v. « *mentir* » (du lat. *mentiri*, dérivé de *mens*, indiquant une opération de l'esprit); Académie française, *Dictionnaire de l'Académie française*, s.v. « *mentir* ».

⁴¹ JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, p. 29.

⁴² JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, p. 29 ss.

⁴³ Voir, pour une perspective équatorienne, CORDOVA MARTÍNEZ Andrés Felipe / BEJARANO BEJARANO Erika Monserrath, *Políticas criminales contra el crimen organizado en el Ecuador: ¿insuficientes o eficaces a largo plazo?*, in: LATAM Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades (Vol. 7/1) 2026, p. 1459 ss ainsi que OJEDA ABENDAÑO Pablo Augusto / MALDONADO RUIZ Luis Mauricio, *La Prisión Preventiva en Ecuador: Desnaturalización Garantista y Criminalización Selectiva desde un Análisis Normativo, Jurisprudencial y Empírico*, in: Revista Veritas, 2024; pour une discussion approfondie de la situation salvadorienne, CÁRDENAS-GRACIA, p. 65 ss.

et de son attitude de caractère envers l'ensemble de l'ordre juridique, la *nature de l'acte* demeure déterminante.

1.3. La notion d'ennemi dans la pensée de Günther Jakobs

[37] Avant de se consacrer au contre-modèle de l'approche de Rousseau, il convient toutefois d'aborder brièvement le concept de droit pénal de l'ennemi de Günther Jakobs. Pour Jakobs, le droit pénal peut être distingué en deux types. D'une part, il existerait un droit pénal du citoyen, créé pour traiter le citoyen. On attend alors que celui-ci extériorise son acte, puis on réagit « *pour confirmer la figure normative de la société* ». D'autre part, on pourrait dégager un droit pénal de l'ennemi, qui sert précisément à traiter l'ennemi, « *intercepté très en amont et combattu en raison de sa dangerosité* ». Comme exemple du premier type, Jakobs cite le traitement d'un homicide volontaire, « *qui, en tant qu'auteur solitaire, n'est punissable qu'au moment où il commence immédiatement à réaliser l'élément constitutif* ». Le second type se manifeste dans le « *traitement du meneur ou de l'instigateur (...) d'une organisation terroriste* », « *frappé d'une peine seulement marginalement plus clémente que l'auteur de tentative d'homicide* » déjà au moment où il fonde l'organisation ou y agit, donc éventuellement « *des années avant l'acte envisagé – plus ou moins vaguement –* »⁴⁴.

[38] L'idée est donc qu'une qualité spécifique de l'infraction, dans laquelle l'auteur ne fait pas face à l'État comme un citoyen inférieur et soumis, fait apparaître comme commandé le traitement de l'auteur en ennemi. Il faut – si l'on raisonne à partir de la conséquence juridique – qu'il apparaisse erroné de respecter l'auteur comme personne, parce que celui-ci, en tant que « *terroriste* », « *ne justifie précisément pas l'attente d'un comportement personnel en général* » et que, pour cette raison, les « *propriétés de l'État de droit du droit pénal du citoyen (...) – maîtrise des affects; réaction seulement à des actes extériorisés, non à de simples actes préparatoires; respect de la personnalité du criminel dans la procédure pénale* », etc. seraient inadéquats⁴⁵. Toutefois, ce qui doit caractériser la qualité de l'infraction pour qu'on puisse conclure à l'existence d'un ennemi au sens de Jakobs n'est pas décrit avec précision dans ses écrits. Cette flexibilité au niveau des éléments constitutifs, cette « *quasi-absence d'éléments constitutifs* », est d'une part un trait essentiel de toutes les mesures, mais elle tient aussi à sa référence spécifique aux fondements contenus dans les ouvrages de Hobbes, auxquels il emprunte le concept de droit pénal de l'ennemi.

2. Le modèle contractuel autoritatif: la nature de l'infraction comme critère de modification du statut de l'auteur

2.1. Hobbes – un théoricien du droit pénal de l'ennemi, ou non ?

[39] Hobbes écrit dans le *Leviathan*:

[40] “*It is manifest that the subject who renounces the general covenant of obedience thereby renounces all the laws at once. And this is the offence called treason: a word or deed by which the citizen or subject declares that he will no longer obey that man or assembly in whom the supreme power of the city is vested*”⁴⁶.

⁴⁴ JAKOBS, in: *HRRS*, 2004, p. 81 ss.

⁴⁵ JAKOBS, in: *HRRS*, 2004, p. 81 ss.

⁴⁶ HOBBS, Partie II, chapitre XVIII.

[41] Hobbes part de l'idée que la trahison ainsi entendue peut se produire soit explicitement, « *as one who says that we ought not simply, absolutely, and universally to obey him* », soit par un comportement qui est interprété comme si l'auteur l'avait déclaré explicitement, "*as one who denies that he has the right, at his own will, to wage war, make peace, enlist soldiers, levy money, appoint magistrates and public officials, enact laws, decide controversies, impose penalties, or do anything else without which the state cannot stand*". *Such words and deeds are treason by the law of nature, not merely by civil law*"⁴⁷.

[42] Il apparaît ainsi que l'ennemi est celui qui expose l'État au risque d'un retour à l'état de nature, parce qu'il se présente, en tant qu'unité dotée de compétences étatiques, pour ainsi dire comme une instance paraétatique:

[43] "*Hence it follows that rebels, traitors, and all others convicted of treason are punished not by civil right but by natural right; that is, not as civil subjects but as enemies of the government – not by the right of sovereignty and dominion, but by the right of war*"⁴⁸.

[44] Dans le *Leviathan*, Hobbes formule alors avec une particulière netteté la distinction entre le droit pénal et les mesures à employer contre l'ennemi, les prétendus *acts of hostility*:

[45] "*Lastly, harm inflicted upon one that is a declared enemy, falls not under the name of punishment: because seeing they were either never subject to the law, and therefore cannot transgress it; or having been subject to it, and professing to be no longer so, by consequence deny they can transgress it, all the harms that can be done them, must be taken as acts of hostility*"⁴⁹.

[46] "*But in declared hostility, all infliction of evil is lawful. From whence it followeth, that if a subject shall by fact, or word, wittingly and deliberately deny the authority of the representative of the commonwealth (whatsoever penalty hath been formerly ordained for treason), he may lawfully be made to suffer whatsoever the representative will*"⁵⁰.

[47] La différenciation hobbesienne entre le droit pénal et les *acts of hostility* est toutefois sensiblement plus étroite que le droit pénal de l'ennemi défendu par Jakobs, parce qu'elle repose sur d'autres prémisses. Elle n'en demeure pas moins précieuse pour l'analyse du droit pénal positif.

[48] Il est intéressant, par exemple, de constater que le droit pénal suisse, à la différence de celui de ses voisins ou du droit des États-Unis, connaît une large punissabilité des actes préparatoires. Alors que, dans d'autres ordres juridiques, ceux-ci ne sont punissables que lorsqu'ils prennent la forme, en substance, d'une « *conspiration* » – c'est-à-dire d'une entente en vue de commettre un crime –, tel n'est pas le cas en Suisse, où cette incrimination vaut également pour l'auteur solitaire d'un brigandage, d'une séquestration ou d'un incendie intentionnel⁵¹.

⁴⁷ HOBBS, Partie II, chapitre XVIII.

⁴⁸ HOBBS, Partie II, chapitre XXVIII.

⁴⁹ HOBBS, Partie II, chapitre XXVIII.

⁵⁰ HOBBS, Partie II, chapitre XXVIII.

⁵¹ Voir art. 260bis CP (actes préparatoires délictueux). En Allemagne les actes préparatoires sont punissables uniquement quand ils prennent une forme mettant en danger l'Etat de façon sérieuse (*schwere staatsgefährdende Gewalttat*, § 89a CP allemand); la même chose vaut pour l'Autriche (qui restreint également la punissabilité des actes préparatoires aux infractions terroristes, de haute trahison ou de mise en danger d'une collectivité, selon les § 175 et § 278b ss. CP autrichien). Pour cette logique étatiste du droit pénal allemand et autrichien voir la prochaine partie de cet article. Pour la logique citoyenne du droit pénal suisse, la situation repose sur une dynamique

[49]. Du point de vue de la théorie du droit, on peut l'expliquer en ce sens que ce n'est pas la prétention à revêtir une apparence étatique qui a conduit à la législation correspondante, mais simplement la conscience d'une dangerosité croissante. Dans cette mesure, l'idée de Jakobs selon laquelle la punissabilité en amont constituerait « *en substance (...) une mesure d'internement de sûreté anticipée, dénommée "peine"* » n'est assurément pas inexacte⁵².

2.2. La nature de l'acte détermine sa portée

[50] Si Hobbes a été présenté ci-dessus dans le contexte de l'idée de droit pénal de l'ennemi, il est déjà apparu à cette occasion que le traitement du délinquant comme ennemi ne concerne que le cas de l'auteur dont l'acte met en danger l'existence de l'État. Cette logique découle du fondement de la conception hobbesienne du contrat.

[51] Tous les hommes transfèrent toute leur « *puissance et force* » à un seul homme ou à une assemblée d'hommes qui agrège les volontés particulières en une seule volonté. La personne du souverain, conçue par Hobbes comme une instance neutre, sert à la fois à la surveillance durable des opinions pertinentes pour la coexistence et à l'arbitrage des éventuels différends issus des conceptions privées des citoyens⁵³. De la nature du contrat social conçu comme contrat de soumission, il s'ensuit que seul celui qui rompt la soumission constituant le fondement même de la survie du contrat perd la protection de l'État et donc son statut de citoyen. Il est – comme cela a été montré plus haut – traité comme un ennemi extérieur au Commonwealth, en raison de la qualification de son acte comme trahison. Mais cela signifie en même temps que tous les autres actes laissent intact le statut de citoyen. Si donc l'infraction ne constitue pas une trahison, parce qu'elle n'usurpe pas les compétences revenant exclusivement à l'État comme puissance protectrice, elle est traitée comme infraction, et son auteur comme délinquant. On ne déduit donc pas de manière générale de l'infraction un statut d'ennemi ou une dangerosité appelant une exclusion. La théorie de la peine de Hobbes est particulièrement importante pour la question qui nous intéresse ici, celle de la portée de l'infraction pour le jugement porté sur la personnalité de l'auteur; cette théorie est clairement relative, dès lors que Hobbes définit la peine en se référant à l'amendement de l'auteur en citoyen fidèle au droit:

comparable mais singulièrement élargie, marquée par un paradoxe historique notable. Introduit en 1981, l'art. 260bis CP avait initialement pour but de répondre à la montée du terrorisme international des années 1970 (notamment la Fraction armée rouge). L'intention première du législateur helvétique s'inscrivait donc, elle aussi, dans une logique de sécurité publique face à la menace terroriste. La divergence réside dans la conceptualisation de cette menace: la Suisse a appréhendé le terrorisme de manière beaucoup plus large, considérant les infractions graves (meurtre, brigandage, prise d'otage) comme étant par essence de nature à compromettre la sûreté de l'État. En punissant leurs préparatifs sans exiger de mobile politique, le droit suisse a ainsi étendu la protection étatique à une protection citoyenne immédiate. Il convient d'ajouter que si les trois pays répriment de manière équivalente la préparation sous sa forme collective – à travers l'incrimination des organisations criminelles et terroristes (§ 129a CP allemand, § 278b CP autrichien, art. 260ter CP) –, la Suisse se distingue fondamentalement par sa volonté de pénaliser les actes préparatoires individuels. Pour cette aversion à la violence comme valeur juridique socio-éthique suisse voir la prochaine partie de cet article.

⁵² Jakobs, in: *HRRS*, 2004, p. 81 ss.

⁵³ KERSTING Wolfgang, *Rechtsverbindlichkeit und Gerechtigkeit bei Thomas Hobbes: Bemerkungen anlässlich der zugleich naturrechtlichen und modernitätseuphorischen Hobbes-Interpretation von Norbert Campagna*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP)* (Vol. 84/3) 1998, p. 354 ss.

[52] “(...) *that all evil which is inflicted without intention or possibility of disposing the delinquent or, by his example, other men to obey the laws is not punishment, but an act of hostility, because without such an end no hurt done is contained under that name*”⁵⁴.

[53] En outre, le dualisme du citoyen et de l'ennemi – l'ennemi n'étant que celui qui accomplit des actes (criminels) paraétatiques – apparaît également dans l'autolimitation imposée aux conséquences juridiques du droit pénal du citoyen :

[54] “(...) *if a punishment be determined and prescribed in the law itself, and after the crime committed there be a greater punishment inflicted, the excess is not punishment, but an act of hostility*”⁵⁵.

[55] Cette autolimitation se retrouve également au niveau des conditions d'application :

[56] “(...) *harm inflicted for a fact done before there was a law that forbade it is not punishment, but an act of hostility: for before the law, there is no transgression of the law: but punishment supposeth a fact judged to have been a transgression of the law; therefore harm inflicted before the law made is not punishment, but an act of hostility*”⁵⁶.

[57] Dans cette mesure, Hobbes est certes aussi un théoricien du droit pénal de l'ennemi, mais seulement à l'égard de celui dont l'acte permet d'inférer une disposition mettant en danger l'État. Plus généralement, il ne s'agit pas chez Hobbes d'imposer une adhésion aux mêmes dogmes ; il s'agit qu'aucune opinion dangereuse pour l'État ne soit exprimée à l'extérieur, parce que – et non seulement dans la mesure où – cela fait naître le risque d'un retour à l'état de nature. À cet égard, il est toutefois plus libéral que Rousseau, car, chez Hobbes, l'incroyance intérieure ne donne précisément pas à l'État le droit « (de) *bannir (l'incroyant, N. de l'a.), non comme impie, mais comme insociable, comme incapable d'aimer sincèrement les loix, la justice, et d'immoler au besoin sa vie à son devoir* »⁵⁷.

3. Catégorisation liée à la qualité des infractions des délinquants dans le droit pénal positif moderne

3.1. Réflexions générales sur un droit pénal de l'ennemi conforme à l'État de droit

[58] La logique, présente chez Hobbes, d'une dualisation entre ennemi et citoyen ne se déployant que dans des cas extrêmes et au sein de laquelle, du côté des conséquences juridiques du droit applicable à l'ennemi, aucun frein n'est prévu, ne saurait prétendre valoir dans un droit pénal conforme à l'État de droit. Les tendances identifiées par Jakobs – telles que l'anticipation du droit pénal, les législations de lutte ou encore les mesures d'internement de sûreté – ne sont donc ni, dans leurs conditions ni dans leurs conséquences juridiques, abandonnées à l'arbitraire du pouvoir exécutif, et ne constituent dès lors pas non plus des *acts of hostility*.

[59] Il n'en demeure pas moins que ces figures, ainsi que d'autres encore, constituent un phénomène particulier auquel s'attache, dans un sens analogue, le reproche de droit pénal de l'ennemi : elles conduisent à une dualisation entre normalité et anormalité, ainsi qu'à un

⁵⁴ HOBBS, Partie II, chapitre XXVIII.

⁵⁵ HOBBS, Partie II, chapitre XXVIII.

⁵⁶ HOBBS, Partie II, chapitre XXVIII.

⁵⁷ ROUSSEAU, Livre IV, chap. VIII.

changement de statut opéré sur la base de critères ou de normes qui s'écartent des principes pénaux traditionnels. Que l'on qualifie le régime applicable au délinquant demeurant dans la sphère de la normalité du « citoyen » de droit pénal du citoyen, et celui dans lequel certains principes pénaux propres à l'État de droit sont écartés de droit pénal de l'ennemi, relève en définitive d'une querelle terminologique. Ce qui importe en substance, c'est de déterminer à partir de quel moment une personne est traitée comme porteuse d'une dangerosité, et non plus selon le mode qui devrait en réalité être le seul approprié en droit pénal, à savoir comme individu doué de raison; autrement dit, à partir de quel moment on infère d'une infraction, fût-elle isolée, une dangerosité. Il ne s'agit pas, dans cette perspective, de remettre en cause la légitimité de mesures de sûreté à l'égard de personnes effectivement dangereuses. La question est bien plutôt de savoir à quelles conditions une telle dangerosité peut être déduite d'un comportement donné – qu'il s'agisse d'une infraction isolée ou d'une pluralité d'infractions –, et, plus précisément, à partir de quel moment plusieurs actes sont agrégés et interprétés comme l'expression d'une disposition de la personnalité⁵⁸.

[60] Si la dimension matérielle d'un droit pénal de l'ennemi compatible avec l'État de droit peut ainsi être identifiée, sa dimension procédurale se manifeste par un affaiblissement progressif de la recherche de la vérité matérielle au profit d'une logique d'éloignement rapide des personnes perçues comme dangereuses. En témoignent notamment les ordonnances pénales, les procédures simplifiées, l'exécution anticipée de la peine, le recours à des notions peu déterminées de soupçon, la détention provisoire et, finalement, l'expulsion⁵⁹.

3.2. **Éléments de droit pénal de l'ennemi dans l'État de droit suisse**

3.2.1. *Considérations générales*

[61] La législation de lutte contre le terrorisme adoptée à la fin des années 1970⁶⁰, ainsi que celle dirigée contre les infractions sexuelles graves au détriment d'enfants des années 2010⁶¹, montrent déjà à laquelle des logiques évoquées ci-dessus la perspective suisse se rattache préférentiellement lorsqu'il s'agit d'attribuer un statut d'ennemi: à celle de Rousseau. Il ne s'agit pas de savoir si le délinquant conteste à l'État son rôle de souverain, mais bien plutôt de déterminer s'il menace les citoyens, à un degré particulièrement élevé, dans des biens juridiques d'une importance éminente.

[62] Que l'ennemi ne soit rien d'autre que l'auteur (potentiel) d'une infraction particulièrement dévastatrice pour les citoyens ressort déjà de la systématique du Code pénal. Tandis qu'en Allemagne, la République fédérale fondée en 1949, bien qu'érigée sur des bases démocratiques et orientée vers la protection des droits individuels, a pu néanmoins conserver la structure systématique du code pénal impérial de 1871, précisément parce que celui-ci reposait déjà sur

⁵⁸ Voir pour le droit suisse STUDER Rafael, *Die Ungefährlichkeitsvermutung im Massnahmenrecht: Eine Synthese aus dem Grundsatz in dubio pro reo und der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*, Berne/Zurich 2026.

⁵⁹ Art. 352 CPP (ordonnance pénale); art. 358 CPP (procédure simplifiée); art. 236 CPP (exécution anticipée des peines et des mesures); art. 221, al. 1, let. c) CPP (détention pour risque de récidive); art. 221, al. 2 (détention pour menace de passage à l'acte); art. 66a CP (expulsion pénale).

⁶⁰ Cf. notamment l'Arrêté fédéral urgent du 9 octobre 1978 instituant des mesures visant à sauvegarder la sécurité intérieure, adopté dans le contexte de la lutte contre le terrorisme international et les formes de violence politique de la fin des années 1970.

⁶¹ Cf. la mise en œuvre, en 2013, de l'initiative populaire « contre les pédophiles » (art. 123c Cst.), visant à renforcer la répression des infractions sexuelles contre les enfants.

une logique de défense contre des forces paraétatiques usurpatrices mettant en danger l'État (naissant)⁶², la Suisse se caractérise au contraire par une orientation vers la prévention d'atteintes graves aux biens juridiques des citoyens. C'est dans cette perspective que la partie spéciale du Code pénal suisse commence par les infractions contre la vie et l'intégrité corporelle, qui constituent les biens juridiques les plus importants pour les citoyens.

[63] Cela témoigne de la place relativement secondaire occupée, en droit pénal suisse, par l'État entendu au sens formel, c'est-à-dire comme ensemble d'institutions étatiques⁶³. En revanche, les citoyens, en tant que titulaires des biens juridiques, occupent une position centrale, l'intégrité de ces biens apparaissant comme la valeur déterminante de l'ordre juridique.

[64] Dans cette perspective, l'infraction particulièrement grave ne se limite pas à qualifier un comportement déterminé, mais se voit conférer une portée susceptible d'influencer l'appréciation de la dangerosité de l'auteur. C'est dans ce contexte que s'inscrit le régime de l'expulsion obligatoire prévu à l'art. 66a CP, en tant qu'il invite à s'interroger sur le rapport entre certaines infractions et l'attribution d'une dangerosité à leur auteur.

3.2.2. *Remarques préliminaires sur la logique de droit pénal de l'ennemi de l'expulsion obligatoire*

[65] En ce qui concerne la nature juridique de l'expulsion obligatoire, qui sera examinée en détail plus bas, on se limitera ici à rassembler les caractéristiques déjà mises en évidence. Comme il a été exposé plus haut, les règles qui expriment un traitement spécifique, voire comme ennemi, de l'auteur d'une infraction déterminée ou d'un groupe déterminé d'infractions reposent sur l'idée que ces auteurs font peser un danger sur des biens juridiques particulièrement éminents pour l'ensemble des habitants de la Confédération, en particulier sur la vie et l'intégrité corporelle, mais également sur la liberté personnelle ainsi que sur le développement sexuel des enfants (cf. art. 101, al. 1, let. e, et art. 123 Cst.). Cet élément sera désigné ici – malgré le caractère imparfait de la notion – comme une valeur juridique socio-éthique d'aversion à la violence ou de prévention de la violence⁶⁴.

[66] Il a en outre été montré que l'on déduit du fait punissable un élément relatif à la personnalité de l'auteur, en ce sens que la commission d'une seule infraction peut déjà être comprise comme l'indice d'une orientation durable vers l'illégalité, qu'elle soit générale ou plus spécifique, liée à la

⁶² JESCHECK Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts. AT*, 2e éd., Berlin 1972, p. 74 ss; SCHUBERT Werner, *Die Quellen zum Strafgesetzbuch von 1870/71*, in: GA 1982, p. 191 ss.

⁶³ Cela ressort également de l'état de la recherche scientifique relative au droit pénal de la sûreté de l'État (Staatsschutzstrafrecht). Ainsi, parmi les publications recensées dans TRECHSEL Stefan / PIETH Mark / GETH Christopher (édit.), *Code pénal suisse, Commentaire pratique*, 5e éd., Zurich 2025 (cité: PK CP), seules deux portant sur une problématique relevant de ce domaine remontent au nouveau millénaire. Voir, sur la situation du droit pénal de la sûreté de l'État en Suisse, de manière instructive: PK StGB-Trechsel / HANS VEST 2025, ad art. 265 CP, n 1 ss.

⁶⁴ De manière allusive, à propos d'un tabou de la violence, voir SCHWARZENEGGER / JONAS, avant art. 111 CP, in: Niggli Marcel Alexander / Wiprächtiger Hans (édit.), *Strafrecht I: art. 1–110 StGB, JStGB*, 4e éd., Bâle 2019 (cité: BSK CP-SCHWARZENEGGER/JONAS), n 20; des réflexions relevant d'une sociologie de la violence se trouvent chez HARTMANN Eddie, *Die Gewalttheorie von Jan Philipp Reemtsma*, in: Zeitschrift für Theoretische Soziologie 1/2019, p. 74 ss. En Suisse, la recherche sociologique sur la violence est encore jeune, mais en cours de développement; cf. notamment BARTH Jonas / COENEN Ekkehard / HOEBEL Thomas / MAYER Lotta / NEF Susanne / VERNEUER-EMRE Lena (édit.), *Soziologische Gewaltforschung. Ein problemorientiertes Handbuch*, Stuttgart 2026 (à paraître).

nature de l'infraction commise. Il n'existe alors, à cet égard, que des délinquants d'habitude, ou bien la notion même de délinquant d'habitude perd sa signification, faute d'un véritable contraire sous la forme du primo-délinquant⁶⁵. Ce second élément, pertinent pour l'analyse de l'expulsion obligatoire, peut être qualifié de concept d'adéquation de l'infraction à la personnalité.

[67] Si l'on combine ces deux éléments, l'art. 66a CP peut être expliqué de manière cohérente: l'auteur d'une infraction violente est considéré comme durablement désorienté au regard de la valeur juridique socio-éthique d'aversion à la violence ou de prévention de la violence, et, à ce titre, comme porteur d'une dangerosité à l'égard des biens juridiques concernés des habitants de la Confédération; il doit dès lors être éloigné du territoire de l'État, sans qu'il soit nécessaire d'examiner, dans le cas concret, une éventuelle inadéquation de cette attribution à la personnalité (caractère *obligatoire* de l'expulsion). Une telle explication peut être proposée sans difficulté particulière en recourant à la *logique d'exclusion* de Rousseau et à la référence, chez Hobbes, à certaines *infractions spécifiques* fondant une qualification d'ennemi, lorsque l'expulsion intervient en vertu des let. a, b, g, h, i, j, k, l, m, o et p.

[68] En revanche, s'agissant des let. c, d, e, f et n il n'est plus possible de se référer à une quelconque aversion de la Confédération à la violence. Dans le cas de la let. d), il s'agit d'une mise en œuvre déficiente du point de vue de la technique législative⁶⁶. Le vol par effraction exprime en effet l'atteinte à un autre ensemble de biens juridiques que ceux visés par la logique des infractions violentes. En outre, la jurisprudence n'a pas encore pleinement saisi le noyau d'illicéité propre à la notion d'effraction figurant à la let. d): si elle exclut certes du champ d'application les locaux librement accessibles au public⁶⁷, elle n'exige pas, en revanche, le caractère résidentiel du lieu dans lequel l'effraction est commise. Or seul le cambriolage dans un *logement* atteint le sentiment de sécurité des citoyens d'une manière comparable aux infractions violentes et susceptible de justifier une décision d'expulsion au regard de la valeur juridique d'aversion à la violence.⁶⁸

[69] S'agissant en revanche des infractions contre le patrimoine visées aux let. c, e et f, qui ne conduisent à une expulsion que lorsque l'auteur agit par métier ou lorsque la personne lésée est la collectivité (en tant que fisc ou institution de sécurité sociale), il est possible de revenir aux fondements rousseauistes. D'une part, doit être expulsé celui qui, au sens de la let. c, exploite de manière systématique le système économique en assurant sa subsistance par la commission d'infractions. D'autre part, les let. e et f visent celui qui abuse des prestations du système de

⁶⁵ Pour une présentation de la figure du délinquant d'habitude, voir VON LISZT Franz, *Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik* (1896), in: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. 2, Berlin 1905, p. 170 ss. Sur le fond, l'ATF 136 IV 1 a également conduit à l'abandon de la figure du primo-délinquant, mais non pas dans le sens, ici visé, d'une appartenance à la communauté; cette évolution concerne plutôt la fixation de la peine. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le *primo-délinquant* ne mérite plus d'atténuation de la peine et se transforme ainsi, du point de vue de la fixation de la peine, directement en délinquant récidiviste, voire d'*habitude*.

⁶⁶ ZURBRÜGG Matthias / HRUSCHKA Constantin, ad art. 66a, in: Niggli Marcel Alexander / Wiprächtiger Hans (édit.), *Strafrecht I: art. 1–110 StGB, JStGB*, 4e éd., Bâle 2019 (cité: BSK CP-ZURBRÜGG/HRUSCHKA), n 14.

⁶⁷ BSK CP-ZURBRÜGG/HRUSCHKA, Art. 66a n 14.

⁶⁸ Pour un tel rattachement au caractère d'habitation – qui justifie la gravité particulière de l'infraction –, voir § 244, para 1, n 3 et para 4 du Code pénal allemand. S'il s'agit d'une résidence privée habitée de manière permanente, la peine encourue est de 1 à 10 ans d'emprisonnement. Cela se justifie par le fait que l'atteinte à la vie privée aggrave le caractère illicite du vol. Il apparaît tout à fait pertinent d'interpréter également la disposition de l'art. 66a, al. 1, let. d CP de manière restrictive dans ce sens, afin de la concilier avec la valeur juridique socio-éthique de l'aversion pour la violence.

sécurité sociale ou du système fiscal. Ces hypothèses peuvent être comprises à la lumière d'une aversion – déjà perceptible chez Rousseau – à l'égard d'un mode de vie économiquement parasitaire, proche de l'abus et de la tromperie⁶⁹.

[70] Ainsi, la logique propre de l'expulsion obligatoire apparaît esquissée dans ses lignes fondamentales, sans pour autant en épuiser la particularité essentielle: celle de savoir pourquoi elle vise non pas les ressortissants de l'État – comme chez Rousseau – mais exclusivement les étrangers.

3.3. Responsabilité de l'État et réinsertion sociale

3.3.1. Peine de mort, bannissement et emprisonnement

[71] On pourra certes objecter ici que le bannissement des propres ressortissants n'est plus envisageable du point de vue constitutionnel, et plus encore du point de vue du droit international. Il s'agit toutefois d'arguments tirés du droit positif, constitutionnel et international, qui tendent à masquer les motivations pénales plus profondes sous-jacentes à la manière de traiter les délinquants.

[72] Dans de nombreux États, jusqu'à l'époque coloniale, la peine de mort était également prononcée pour des infractions qui, déjà selon la compréhension de l'époque, pouvaient apparaître disproportionnées⁷⁰. Avec le développement des colonies, le bannissement s'est imposé comme une forme de peine alternative, tantôt permanente, tantôt temporaire, bien que, par sa nature juridique, il ait souvent été perçu moins comme une peine au sens strict que comme un acte de grâce, à savoir comme une fuite « autorisée » ou « imposée » à des fins d'autoprotection⁷¹. La question de savoir si cette conception remonte à la caractérisation du bannissement, déjà présente

⁶⁹ Voir, pour une telle aversion à l'égard de la tromperie et de l'appropriation induite au sein de la communauté, ROUSSEAU, *Du contrat social*, liv. I, chap. 6–7; *Émile ou De l'éducation*, liv. III; *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, deuxième partie. Sur le contexte suisse, notamment en lien avec la Ausschaffungsinitiative et l'extension des motifs de renvoi à des infractions telles que l'abus des assurances sociales ou les infractions fiscales, voir en particulier la Message du Conseil fédéral du 24 juin 2009 relatif à l'initiative populaire « pour le renvoi des étrangers criminels » (FF 2009 5097 ss), qui mentionne expressément le recours abusif aux prestations sociales comme motif d'expulsion; voir également la doctrine relative à l'art. 66a CP. Dans une perspective structurelle, il convient en outre de relever le développement relativement tardif de l'assurance-chômage en Suisse: révision constitutionnelle adoptée en 1976, introduction de l'obligation d'assurance en 1977, adoption de la loi fédérale sur l'assurance-chômage (AVIG) en 1982 (entrée en vigueur en 1984). Cette évolution tardive – la couverture restant encore minoritaire jusque dans les années 1970 – témoigne d'une tradition marquée par une conception restrictive de la solidarité étatique et par une méfiance persistante à l'égard des formes d'assistance susceptibles d'être perçues comme abusives.

⁷⁰ Pour un panorama de ces infractions disproportionnées, voir RADZINOWICZ Leon, *A History of English Criminal Law and its Administration. Vol. I: The Movement for Reform*, Londres 1948, p. 3-5. Sur le fait que cette sévérité était jugée excessive par la société de l'époque elle-même, voir également KING Peter / WARD Richard, *Rethinking the Bloody Code in Eighteenth-Century Britain: Capital Punishment at the Centre and on the Periphery*, in: *Past & Present*, n° 228, 2015, p. 159-205.

⁷¹ Sur le bannissement comme forme de peine alternative et sa qualification comme acte de grâce, cf. notamment FOUCAULT, *Surveiller et punir*, p. 37 ss.

chez Cicéron, comme visant non pas la personne dangereuse, mais la personne mise en danger par sa mise au ban, n'a pas à être approfondie ici⁷².

[73] Plus importante qu'une reconstruction historique de la finalité du bannissement est la question de savoir comment la peine privative de liberté, en tant que type de peine, a pu se substituer au bannissement ainsi qu'à la peine de mort autrefois infligée pour des infractions très diverses. Lorsque Jakobs écrit que le violateur de norme n'accomplit pas l'acte « parce qu'il est une personne, mais parce qu'il est resté sous-développé comme personne »⁷³, cela constitue un point de départ fécond pour d'autres réflexions. Le terme même de violateur de norme, ou de *malfaiteur*, désigne celui qui fait le mal, tout en laissant ouverte – du moins du point de vue actuel – la question de savoir s'il est lui-même mauvais.

[74] La peine de mort, mais aussi sa forme atténuée qu'est le bannissement, ne supposent pas nécessairement que l'on déduise du fait commis une déformation durable de la personnalité du délinquant, une « essence » ou une « nature » erronée. Elles peuvent également se concevoir dans l'hypothèse d'un auteur en principe amendable, mais qui, en raison de la gravité particulière de son acte, est considéré comme étant déchu de son droit à la resocialisation, et, partant, comme n'étant plus *digne* d'un tel processus, contrairement aux autres auteurs d'infractions⁷⁴.

[75] Il n'en demeure pas moins que, dans leur logique première, ces formes de réaction pénale trouvent leur justification la plus directe dans l'idée selon laquelle l'infraction révèle de manière univoque un caractère dangereux. Dans cette perspective, la peine de mort, ou, dans une version atténuée, le bannissement, apparaissent – à l'instar de ce que l'on observe chez Rousseau – comme les instruments premiers de réaction pénale. Le bannissement temporaire contient déjà, à cet égard, une relativisation de la conclusion tirée de l'acte quant à la personnalité, et constitue ainsi un premier pas vers un droit pénal de l'acte⁷⁵.

[76] Ce déplacement du centre de gravité de la réaction pénale – de l'élimination du délinquant vers sa transformation – ne se manifeste pas seulement dans des distinctions conceptuelles, mais trouve son expression la plus nette dans l'évolution historique des formes de peine. Lorsque Foucault, dans son travail sur l'évolution des types de peine, décrit les règles sobres d'une prison moderne un siècle après la sanglante exécution de Damiens (1757), il présente le passage de la

⁷² Sur la caractérisation du bannissement comme visant non pas la personne dangereuse, mais celle qui est en danger, cf. CICÉRON, *Pour Caecina (Pro Caecina)*, in: *Discours. Tome VI: Pour Caecina, Sur la loi agraire, Sur le rabais des blés*, éd. Les Belles Lettres, Paris 2002, § 34; voir également CICÉRON, *Sur sa maison (De domo sua)*, in: *Discours. Tome XIII: Sur sa maison*, éd. Les Belles Lettres, Paris 1952, § 78.

⁷³ JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, p. 59 ss.

⁷⁴ Pour une analyse des arguments rétributifs fondés sur l'« irrécupérabilité » morale du criminel et l'exigence de son élimination définitive, voir la confrontation avec les thèses des partisans de la peine capitale retracée par BADINTER.

⁷⁵ Sur l'évolution contemporaine de la peine de mort et son abolition, cf. Conseil de l'Europe, Protocole n° 13 à la CEDH (2002) relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances. Pour une idée de l'importance de la peine de mort comme première réaction pénale, voir la *Constitutio Criminalis Carolina* (1532), notamment les dispositions relatives au vol, en particulier au vol nocturne, pour lequel la peine de mort pouvait être encourue; une telle qualification s'explique également par le fait que, selon les conceptions de l'époque, ce type d'infraction était susceptible d'être compris non seulement comme une atteinte au patrimoine, mais aussi comme une atteinte à la paix publique; voir également, sur la « Carolina », BECHTEL, in: ZIS 2017, p. 641 ss; ID, in: ZIS 2018, p. 20 ss.

peine de mort à la prison comme un changement du contrôle physique vers le contrôle psychique. La punition infligée au corps est remplacée par «l' amendement» de l'esprit⁷⁶.

3.3.2. *L'État moderne: coresponsable du sous-développement personnel du délinquant*

[77] Si, comme le montre Michel Foucault, la prison moderne doit être comprise comme une institution de contrôle psychique, alors la dimension psychique – ou, plus précisément, la formation des valeurs et des représentations normatives des citoyens – acquiert une importance centrale dans la politique de sécurité de l'État. S'agissant de ses *propres* citoyens, l'État ne peut dès lors se retrancher dans un rôle purement observateur. Là où il intervient profondément, au sens de la gouvernementalité décrite par Foucault, dans la formation du sujet à travers des institutions telles que la scolarité obligatoire, il influe en même temps sur les conditions d'un comportement conforme aux normes. Le citoyen n'apparaît ainsi pas comme une donnée naturelle, mais comme le produit de processus sociaux et institutionnels, structurés et médiatisés par l'État⁷⁷.

[78] Dans cette perspective, la déviance pénale perd son caractère d'écart singulier pour apparaître comme une manifestation parmi d'autres d'une possibilité omniprésente du comportement humain. La délinquance n'est pas l'exception, mais le revers inhérent d'un ordre fondé sur la liberté⁷⁸. La ligne de partage entre le « *citoyen fidèle à la norme* » et le « *délinquant* » apparaît ainsi moins comme l'expression d'une différence catégorielle que comme le résultat d'une attribution contingente, au sein d'une frontière fondamentalement fluide, et d'un franchissement situationnel⁷⁹.

[79] Si, dans ces conditions, l'État réagit à la violation de la norme, il ne peut se décharger entièrement de la responsabilité de sa genèse. La pénétration extensive de la vie sociale par les institutions étatiques implique que des déficits d'orientation normative puissent être dus, au moins en partie, à des influences structurelles ou médiatisées. L'État se voit ainsi contraint non seulement

⁷⁶ FOUCAULT, *Surveiller et punir*, p.5 ss.

⁷⁷ Sur la gouvernementalité et le rôle de l'État dans la formation des sujets, cf. FOUCAULT, *La gouvernementalité*, Dits et écrits, t. III, p. 635 ss; ID., *Sécurité, territoire, population*. Cours au Collège de France (1977–1978).

⁷⁸ cf. LUHMANN Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, Francfort-sur-le-Main 1993; voir également DURKHEIM Émile, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris 1895, selon lequel la déviance constitue un phénomène normal des sociétés.

⁷⁹ Le Tribunal fédéral, dans sa jurisprudence (cf. ATF 136 IV 1), a consacré le topos de la neutralité de l'absence d'antécédents, selon lequel l'absence de condamnations antérieures ne constitue pas un élément d'atténuation, mais correspond à la situation normale. Cette évolution revient en substance à relativiser la figure du primo-délinquant et suggère un changement de statut, abrupt et immédiat. Plus encore que dans le domaine de la fixation de la peine, ce déplacement se manifeste dans le traitement du prévenu à travers des instruments de procédure pénale qui s'apparentent à un « droit pénal de l'ennemi », en ce qu'ils impliquent une dévalorisation de la vérité matérielle au profit d'un traitement pragmatique. Tel est notamment le cas de l'ordonnance pénale rendue sans participation d'un juge, qui confère au ministère public un pouvoir décisionnel de facto, mais aussi de figures moins prises en considération dans leur singularité au regard des exigences de l'État de droit, telles que l'exécution anticipée de la peine ou encore le motif de détention fondé sur un risque de récidive. Les différents niveaux de soupçon, en tant que catégories juridiques largement indéterminées et dépourvues de contenu normatif stabilisé, apparaissent toutefois comme l'expression la plus marquée de ce changement de statut: ils se transforment en une masse décisionnelle ad hoc, révélant le basculement de la personne concernée dès lors qu'elle attire l'attention des autorités de poursuite pénale, indépendamment du point de savoir si cette attention est fondée ou non.

de sanctionner la déviance de ses citoyens, mais aussi de la lire comme le reflet de sa propre (in)capacité à structurer l'ordre social⁸⁰.

3.3.3. Développement personnel du délinquant: réinsertion, non socialisation

[80] Parce que le citoyen resté « *sous-développé* » n'est pas conçu comme fondamentalement situé hors de l'ordre, son incarcération s'inscrit sous le signe de la réinsertion sociale. L'exécution de la peine privative de liberté repose sur l'idée d'un possible retour à l'ordre normatif, pour autant qu'il ne s'agisse pas d'un auteur qui s'en est soustrait d'une manière excluant toute possibilité de réinsertion. Dans de tels cas, l'exigence de protection prime. En règle générale, toutefois, le délinquant demeure accessible aux attentes normatives de l'ordre juridique. L'exécution de la peine tente d'en tenir compte en visant non l'exclusion, mais la réinsertion. Celle-ci ne signifie pas la création ex nihilo d'une existence sociale, mais le rétablissement d'un lien avec des orientations normatives déjà présentes, quoique perturbées dans leur rapport à la valeur juridique socio-éthique lésée par l'infraction.

[81] C'est là que se situe la limite de la prétention étatique. L'exécution de la peine ne peut assumer la tâche de « socialiser » l'auteur dans l'ensemble de sa personne. Une telle responsabilité supposerait que l'État s'attribue une compétence totale à l'égard de la formation de la personnalité du délinquant, ce qui reviendrait, en dernière analyse, à une totalisation de la responsabilité étatique. Une telle perspective – fût-elle conçue, en apparence, en faveur de l'auteur – équivaldrait, dans son principe, à une logique totalitaire, en ce qu'elle conduirait à dissoudre la frontière entre responsabilité individuelle et action de l'État.

[82] La peine marque au contraire une limite claire: en sanctionnant la violation de la norme, elle exprime que l'auteur demeure capable de répondre aux exigences normatives de l'ordre juridique, c'est-à-dire capable de répondre à l'appel des normes dans leur ensemble, même s'il ne l'a pas été à l'égard de celle qu'il a violée dans son acte. Il ne saurait dès lors être réduit à un objet dépourvu de rationalité, comme c'est le cas dans les procédures applicables aux prévenus irresponsables (cf. art. 374 Code de Procédure Pénal [SCC]). L'État ne saurait s'attribuer une telle compétence totale sans renoncer simultanément à la notion de responsabilité individuelle.

III. Expulsion obligatoire, art. 66a CP

A. Nature juridique

[83] En ce qui concerne la nature juridique de l'expulsion, il convient d'abord de déterminer selon quels critères elle doit être qualifiée. Cette qualification ne saurait dépendre de la place systématique des dispositions qui la régissent, mais du sens et de la finalité de la mesure elle-même. Cela s'impose d'autant plus que l'État ne saurait se soustraire ni aux garanties plus strictes ni au symbolisme particulier attachés à la qualification retenue en fonction de sa finalité. Il importe dès lors d'identifier ce que l'expulsion est censée atteindre.

⁸⁰ Sur la coresponsabilité structurelle de l'État dans la genèse de la délinquance, voir l'approche fondamentale de BARATTA Alessandro, *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Bologna 1982; voir également ROBERT Philippe, *Le citoyen, le crime et l'État*, Paris 1999.

1. Caractère pénal

1.1. Double peine

1.1.1. Cumul de l'infraction et de l'abus du droit d'hospitalité

[84] En faveur d'une qualification de l'expulsion comme peine, on pourrait d'abord invoquer l'ancien concept d'abus du droit d'hospitalité⁸¹. Selon cette conception, outre la peine infligée pour la réalisation fautive des éléments constitutifs de l'infraction, une sorte de seconde peine serait attachée à l'abus du droit d'hospitalité lié à la qualité d'étranger, et trouverait son expression dans l'expulsion⁸². Une telle interprétation ne saurait toutefois être déterminante pour la qualification juridique de la mesure. La référence à un abus du droit d'hospitalité permet certes d'éclairer un certain motif de réaction, mais elle ne préjuge pas du sens et de la finalité de l'expulsion elle-même. Il convient dès lors d'en déterminer la portée propre. La nature de l'expulsion doit dès lors être examinée de plus près.

1.1.2. Dissuasion par la perspective de l'expulsion; un indice de caractère pénal

[85] Au-delà des considérations proprement pénales de rétribution liées à l'injustice spécifique que constitue l'abus du droit d'hospitalité, c'est surtout la fonction dissuasive de l'expulsion qui plaide en faveur de sa qualification comme peine, dans une logique fondée sur l'idée de privilège et d'abus, et structurée par une approche d'incitation de type coûts-bénéfices. En effet, une mesure de sûreté ne saurait, du point de vue de sa logique propre, viser à influencer le comportement de l'auteur par la perspective d'un mal annoncé. Des racines utilitaristes et béccariennes du système de contrainte psychologique chez Feuerbach jusqu'à la transposition des raisonnements

⁸¹ En droit suisse, la jurisprudence exclut qu'un « abus de l'hospitalité » puisse fonder une aggravation de la peine, une telle considération revenant à prendre en compte la qualité d'étranger de manière inadmissible (cf. ATF 125 IV 1; ATF 143 IV 145). Cette solution laisse toutefois entrevoir, en creux, que la charge normative associée à un tel « abus » est déplacée vers la logique de l'éloignement, en particulier vers l'expulsion en tant qu'ancienne peine accessoire du droit pénal (art. 55 aCP). En droit allemand, une aggravation de la peine fondée sur la seule qualité d'étranger est en principe exclue. La jurisprudence admet toutefois, à titre exceptionnel, qu'une telle qualité puisse être prise en considération lorsqu'elle présente un lien direct avec l'infraction elle-même. Tel peut être le cas, notamment, lorsque l'auteur exploite des avantages spécifiques liés à sa qualité d'étranger ou à son statut (par exemple en tant que demandeur d'asile), lorsqu'il déplace son activité délictueuse vers l'Allemagne en raison de conditions pénales perçues comme plus favorables, lorsque l'infraction est en lien immédiat avec l'usage du droit d'hospitalité, ou encore lorsqu'elle porte directement atteinte à l'État ou à sa sécurité. En outre, les conséquences défavorables relevant du droit des étrangers sont, en pratique, susceptibles d'être prises en considération dans la fixation de la peine, de sorte qu'un effet atténuant peut également entrer en ligne de compte, voir OLG Köln, ordonnance du 9 décembre 2025, n 1 ORs 231/25.

⁸² Une grande partie de la doctrine met d'une part l'accent sur la nature de l'expulsion comme réponse au « abus du droit d'hospitalité », mais aussi et surtout sur ses effets, assimilables à une véritable *douleur pénale* (*Strafschmerz*), de sorte qu'elle est souvent perçue comme une sanction nettement plus sévère que la peine (elle-même), Fiolka Gerhard / VETTERLI Luzia, *Die Landesverweisung nach Art. 66a StGB als strafrechtliche Sanktion*, in: plädoyer 5/2016, p. 83; BÜCHLER Alexandra, *Der Gesetzgeber schafft Sans-Papiers: Die unbedachten Folgen der neuen strafrechtlichen Landesverweisung*, in: Jusletter 20 mars 2017, n 8; GRÄDEL Rolf / ARN Raphaël, *Die neuen Bestimmungen zur Landesverweisung = Les nouvelles dispositions en matière d'expulsion*, in: Bernische Verwaltungsrechtspflege (BVR) 2017, p. 367; BRUN Stefan / FABBRI Balthasar, *Die Landesverweisung – neue Aufgaben und Herausforderungen für die Strafjustiz*, in: recht (Vol. 35/4) 2017, p. 234; HRUSCHKA, Gastrecht, p. 94). Certains en déduisent un caractère purement pénal (GERMANIER Fabienne, *Einige Ungereimtheiten der Landesverweisung (Art. 66a ff. StGB)*, in: Jusletter 21 novembre 2016, n 9); Fiolka/VETTERLI, in: plädoyer 2016, p. 83.

économiques au droit pénal par Gary Becker, les théories de la dissuasion reposent sur la figure d'un auteur *rationnel*⁸³. Celui-ci doit être en mesure de mettre en balance les avantages attendus de l'infraction, en termes de satisfaction, et les désavantages liés à la peine. Une telle opération de pondération n'est pas concevable chez un auteur dépourvu de rationalité, qui ne relèverait plus que d'une logique de mesures en raison de sa dangerosité totale.

[86] Il est dès lors difficile de contester – malgré le topos souvent invoqué de l'ignorance du droit par le citoyen – que la perspective de l'expulsion exerce, et doit exercer, un effet dissuasif à l'égard des étrangers, ce qui lui confère indéniablement une dimension pénale⁸⁴.

1.2. L'expulsion comme peine accessoire à l'égard des étrangers

[87] C'est aussi dans cette perspective, notamment au regard de la sanction de l'abus du droit d'hospitalité, qu'il demeure envisageable de concevoir l'expulsion comme une peine accessoire. Cette thèse trouve un appui dans le fait que, avant la réforme de 2005, l'expulsion était au moins au point de vue formel, conçue comme telle⁸⁵. De même que des peines accessoires spécifiques pouvaient être prononcées à l'égard de certaines catégories de personnes, l'expulsion pouvait être ordonnée à l'encontre des étrangers en vertu de l'ancien art. 55 CP⁸⁶.

[88] Il faut toutefois reconnaître que cet aspect ne constitue pas le centre de gravité de l'expulsion. Il peut certes apparaître comme un effet secondaire que les étrangers respectent les biens juridiques de leurs concitoyens en raison de la perspective de perdre les avantages liés à un séjour en Suisse. Mais cela ne saurait constituer la finalité principale de l'expulsion, qui s'inscrit, quant à son sens et à sa finalité, dans une logique d'élimination du danger, renvoyant à l'idée d'ennemi esquissée plus haut.

2. Expulsion obligatoire: mesure d'élimination du danger et caméléon des formes pénales

[89] À l'instar du délinquant suisse ayant transgressé la norme – du moins lorsqu'il s'agit d'infractions violentes au sens large évoqué plus haut ou d'infractions économiques portant atteinte à la société –, le délinquant étranger apparaît, à première vue, comme une menace dont il convient

⁸³ Sur la fonction de dissuasion en tant que forme de prévention générale négative et ses fondements historiques, cf. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, p. 95 ss (sur la mécanique de l'exemple dissuasif); GARLAND David, *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*, Oxford 1990 (cité: GARLAND, *Punishment and Modern Society*), p. 49 ss; GARLAND David, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago 2001 (cité: GARLAND, *The Culture of Control*), p. 121-127 (sur le retour du populisme pénal et de la dissuasion); BECKER Gary S., *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in: *Journal of Political Economy* (Vol. 76/2) 1968, p. 176 ss (sur le calcul coût-bénéfice de la peine).

⁸⁴ Voir aussi GERMANIER, in: *Jusletter* 2016; BRUN/ FABBRI, in: *recht* 2017, p. 231 ss, spéc. p. 233.

⁸⁵ Le Tribunal fédéral considérait l'expulsion comme une *mesure* même sous l'ancien droit (ATF 117 IV 229 consid. 1c bb); voir à ce sujet les développements ci-dessous.

⁸⁶ Sur l'évolution historiquement fluctuante de l'expulsion en droit suisse, initialement conçue comme peine accessoire du droit pénal (art. 55 aCP), puis supprimée du Code pénal dans le cadre de la révision de la partie générale (entrée en vigueur en 2007), avant d'être réintroduite et considérablement renforcée à la suite de l'acceptation de l'initiative populaire dite « Ausschaffungsinitiative » (2010) et concrétisée par l'introduction de l'art. 66a CP (entrée en vigueur en 2016), cf. notamment TRECHSEL / BURCKHARDT, ad art. 66a CP, in: *Code pénal suisse, Commentaire pratique*, 5e éd., Zurich 2025 (cité: PK CP-TRECHSEL/BURCKHARDT), n 1, ainsi que le Message du Conseil fédéral du 24 juin 2009 relatif à l'initiative « pour le renvoi des étrangers criminels » (FF 2009 5097 ss).

de se prémunir. En tant qu'ennemi, il est perçu comme portant une atteinte si grave aux valeurs et aux intérêts protégés par les infractions en cause que son éloignement (temporaire) de la société paraît justifié.

[90] La spécificité tient toutefois au fait que, dans le cas du délinquant étranger, la déviance tend à être immédiatement assimilée à une dangerosité, sans qu'une appréciation supplémentaire ne soit nécessaire⁸⁷. À l'inverse, pour les auteurs suisses, même dans les hypothèses les plus graves, une telle assimilation n'opère pas de manière automatique. Même lorsque des mesures particulièrement sévères, telles que l'internement – y compris à vie –, entrent en ligne de compte, elles supposent précisément une *évaluation spécifique de la dangerosité* de l'auteur. La logique d'une *présomption générale de dangerosité* fondée sur la seule infraction, telle qu'elle se manifeste dans le régime de l'expulsion, demeure ainsi étrangère au traitement des délinquants nationaux.

[91] Qu'il s'agisse d'une mesure, et non d'une peine au sens technique, résulte dès lors de cette logique d'élimination du danger. L'État entend ainsi garantir à ses citoyens que les auteurs étrangers d'infractions, qui ne se trouvent pas sur le territoire de la Confédération en qualité de citoyens, mais en tant que résidents ou titulaires d'un droit de séjour, et qui commettent des infractions d'une nature telle qu'elles touchent aux aversions fondamentales de l'ordre juridique suisse, soient écartés de la communauté⁸⁸.

B. Fonctionnement

1. Absence de responsabilité de l'État pour la déviance de l'étranger

[92] Contrairement aux délinquants suisses, cette logique du danger n'est pas contrebalancée, s'agissant de l'étranger, par une quelconque responsabilité de l'État pour la déviance de ses propres citoyens. Il n'a pas à s'attribuer la moindre part de responsabilité du fait du violateur étranger de la norme, orienté de manière erronée sur le plan axiologique et guidé par d'autres dogmes, qu'il n'a ni formé directement dans le cadre de l'école ou du service militaire, ni indirectement à travers des institutions de socialisation présentes dans la société, telles que les associations ou les structures destinées aux enfants et aux jeunes⁸⁹.

[93] Dans cette perspective, l'idée de l'ubiquité de la délinquance ne joue aucun rôle, dès lors que l'auteur de l'infraction, en raison de son statut, ne peut pas même être typiquement compté parmi ceux qui relèvent du « chez nous ».

[94] Il n'en résulte toutefois pas encore un jugement irréversible de dangerosité. Une telle conclusion ne peut intervenir qu'à la lumière d'une appréciation conjointe, d'une part, de l'inadéquation d'une réinsertion et, d'autre part, la nécessité d'une socialisation, entendue non

⁸⁷ De ces éléments, une grande partie de la doctrine déduit un caractère matériellement pénal prépondérant de l'expulsion (BRUN/FABBRI, p. 231 ss, spéc. p. 233; FIOKA/VETTERLI, p. 83).

⁸⁸ La doctrine ancienne concevait l'expulsion avant tout comme une mesure (SCHULTZ Hans, *Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts*, t. II, 4e éd., Berne 1982, p. 130; PFENNINGER Hans Felix, *Strafrechtliche Landesverweisung und administrative Ausweisung*, in: SJZ (Vol. 53) 1957, p. 318; HAFTER Ernst, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 2e éd., Berlin 1946, p. 303), position reprise par le Tribunal fédéral (ATF 117 IV 229 consid. 1 c bb), qui qualifie l'expulsion de mesure même sous l'ancien droit.

⁸⁹ Sur le rôle du système de milice et des associations dans la socialisation politique comme sur le rôle de l'école et des obligations civiques dans la socialisation politique en Suisse, cf. LINDER Wolf / MUELLER Sean, *Swiss Democracy: Possible Solutions to Conflict in Multicultural Societies*, 4e éd., Cham 2022.

comme réintégration dans un ordre normatif déjà intériorisé, mais comme formation première à celui-ci.

2. L'étranger face à l'impossibilité de la réinsertion

[95] À cela s'ajoute que l'étranger n'est pas destiné à faire l'objet d'une réinsertion ni d'une « réhabilitation », mais, en raison de son altérité axiologique, d'une socialisation, c'est-à-dire à être rendu, le cas échéant, seulement alors « compétent » au regard de l'ordre normatif, si l'on ne veut pas courir le risque que son orientation axiologique radicalement *autre* donne lieu à de nouvelles infractions. Cette réserve à l'égard d'une réinsertion de l'étranger s'explique également par une représentation plus générale de l'altérité. Les orientations de la politique intérieure, extérieure et, plus encore, de la politique éducative suisse mettent traditionnellement l'accent sur l'autonomie et la spécificité de l'ordre propre. Les valeurs, les structures démocratiques et les pratiques sociales y apparaissent comme des expressions particulières, difficilement transposables et, partant, imparfaitement partageables par des personnes extérieures à cet ordre⁹⁰.

[96] Indépendamment de la justesse d'une telle dualisation entre un « nous » et un « eux », cette manière de se concevoir comme communauté singulière influe de manière décisive sur l'appréciation de la proximité axiologique et, partant, des possibilités d'intégration de l'étranger. Elle trouve également un écho dans certaines représentations culturelles: chez Walter Faber, dans le roman *Homo Faber*, l'altérité est fréquemment saisie à travers des catégories qui, sous couvert d'objectivité, tendent à maintenir une distance plutôt qu'à ouvrir à une véritable compréhension commune.

[97] Le caractère dissuasif de l'expulsion – plus précisément l'idée selon laquelle même un étranger dépourvu de connaissances juridiques est porté à présumer qu'une violation de la norme peut entraîner son expulsion du territoire suisse – se trouve ainsi relégué au second plan au profit de la logique de la dangerosité évoquée plus haut.

3. La « situation personnelle grave »: coresponsabilité de l'Etat et capacité de réinsertion sociale de l'étranger

[98] Le fait que l'art. 66a CP ne parvienne pas à maintenir le caractère obligatoire de l'expulsion et laisse au juge la possibilité d'y renoncer en présence d'un cas de rigueur personnel grave peut certes, à première vue, s'expliquer par les exigences du droit international⁹¹. Toutefois, si l'on interprète le cas de rigueur à la lumière d'une logique pénale, son existence se comprend de manière cohérente au regard des deux topoï centraux que constituent, d'une part, la coresponsabilité de l'État dans la déviance et, d'autre part, la réinsertion sociale.

[99] Dans cette perspective, le deuxième alinéa de l'article 66a CP permet de renoncer à l'expulsion lorsque celle-ci placerait l'étranger dans un cas de rigueur personnel grave et que les intérêts publics à l'éloignement ne l'emportent pas sur les intérêts privés de l'intéressé à demeurer

⁹⁰ Sur la spécificité de la culture politique suisse et l'importance de l'autonomie institutionnelle, cf. LINDER / MUELLER; SCARINI Pascal, *Politique suisse: institutions, acteurs, processus*, 2e éd., Lausanne 2024. Sur les dynamiques contemporaines de cette spécificité, notamment dans le cadre de mobilisations identitaires, cf. KRIESI Hanspeter et al., *West European Politics in the Age of Globalization*, Cambridge 2008. Pour une perspective historique, voir JORIO Marco, *Défense spirituelle*, in: Dictionnaire historique de la Suisse (DHS), version de 2001, remaniée le 23.11.2006, en ligne: hls-dhs-dss.ch, consulté le 22.05.2026.

⁹¹ PK CP-TRECHSEL/BURCKHARDT, Art. 66a n 10a ss.

en Suisse⁹². L'exigence de « tenir compte de la situation particulière des étrangers nés ou ayant grandi en Suisse » ne constitue, en effet, que l'unique indice textuel permettant d'appréhender ce qu'est un cas de rigueur personnel grave⁹³. Cet indice est toutefois également le seul théoriquement nécessaire du point de vue du droit. Pour les raisons exposées ci-dessus, la société suisse assume une part de coresponsabilité à l'égard de l'étranger qui, après une phase de socialisation en Suisse consécutive à sa naissance sur le territoire, commet en Suisse une infraction violente ou une infraction économique parasitaire; de surcroît, un tel auteur est, en principe, réinsérable, dès lors que sa socialisation déterminante s'est opérée en Suisse. Dans cette mesure, la référence à la naissance et à la croissance en Suisse doit être comprise comme un *hendiadys*.

[100] L'étranger au sens purement formel, même s'il ne saurait être assimilé au citoyen suisse quant à son statut juridique, n'est plus traité comme un *aliud* statutaire, mais comme un *minus*: un sujet de droit doté de moins de droits, et non plus exclusivement comme un danger à écarter. Il en va ainsi lorsque, à l'issue d'une appréciation concrète, il apparaît qu'il est « né *ou* a grandi » en Suisse et a, de ce fait, été *socialisé* comme un Suisse.

[101] Dans un tel cas, les limites précédemment exposées quant à une réaction fondée sur la seule élimination du danger s'appliquent également aux infractions visées à l'art. 66a CP. Ce ne sont donc pas, en définitive, les « liens de la personne avec la Suisse » qui sont déterminants⁹⁴, quand bien même il y a lieu de tenir compte, dans la pesée des intérêts, de la naissance en Suisse et de la durée de la croissance sur le territoire. Ce qui importe est bien plutôt la question des liens de la Suisse *dans* la personne, c'est-à-dire la mesure dans laquelle l'étranger au sens formel apparaît encore comme *tel* ou déjà comme Suisse.

3.1. Critères du cas de rigueur personnel grave

[102] En ce qui concerne la détermination des critères du cas de rigueur personnel grave au sens de l'art. 66a, al. 2, CP, une partie de la doctrine renvoie aux art. 31, al. 1, OASA et 58a LEI⁹⁵. Il ressort de ce dernier que l'autorité tient compte, pour apprécier l'intégration de l'étranger, notamment du respect de la « sécurité et de l'ordre publics », de l'adhésion aux « valeurs de la Constitution », des « compétences linguistiques » ainsi que de la participation à la « vie économique » ou à une formation. L'art. 31, al. 1, OASA complète ces critères en mentionnant l'intégration sociale et professionnelle, les liens familiaux – en particulier la période et la durée de la scolarisation –, la situation financière et la volonté de participer à la vie économique et de se former, la durée du séjour en Suisse, l'état de santé, ainsi que les possibilités de réintégration dans l'État de provenance. Il est à cet égard remarquable que ces critères figurent désormais également à l'art. 12 Loi de la Nationalité (LN) en tant que critères d'intégration dans le cadre des demandes de naturalisation.

[103] Dans ce contexte, il est peu pertinent de vouloir appréhender la « *situation particulière des étrangers (...) nés ou ayant grandi en Suisse* » (secondos) en recourant, en dépit de l'absence de

⁹² BSK CP-ZURBRÜGG/HRUSCHKA, Art. 66a n 39.

⁹³ BSK CP-ZURBRÜGG/HRUSCHKA, Art. 66a n 39.

⁹⁴ BSK CP-ZURBRÜGG/HRUSCHKA, Art. 66a n 39.

⁹⁵ BSK CP-ZURBRÜGG/HRUSCHKA, Art. 66a n 119 et suiv; BRUN/FABBRI, p. 245; FIOKA/VETTERLI, p. 86; BUSSLINGER Marc / UEBERSAX Peter, *Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung*, in: plädoyer 5/2016, p. 100 ss.

nationalité suisse, à l'idée que la Suisse constituerait leur « *propre pays* » au sens de l'art. 12, al. 4, Pacte ONU II⁹⁶. L'enjeu même de l'appréciation du cas de rigueur consiste précisément à déterminer si la Suisse peut être regardée, pour l'étranger devenu délinquant, comme son « *pays d'origine* », du moins sur le plan matériel. Il est évident qu'il en va souvent ainsi pour les étrangers de deuxième (ou troisième) génération, de sorte que la clause de rigueur trouve – et doit trouver – une application particulière à leur égard. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs relevé que « *plus la présence d'un étranger en Suisse a été longue, plus les exigences (...) doivent en principe être strictes s'agissant des mesures d'éloignement* », tout en précisant qu'« *il n'en résulte pas une exclusion générale des mesures d'éloignement à l'égard des étrangers de deuxième génération* »⁹⁷.

[104] La doctrine admet dès lors la pertinence d'une transposition des critères des art. 31 OASA et 58a LEI, en raison tant de la terminologie identique de l'art. 66a, al. 2, CP que de la genèse de la notion de cas de rigueur⁹⁸. Cette approche s'inscrit également dans le prolongement des développements relatifs à la portée de l'infraction dans un modèle contractuel égalitaire, notamment au regard de la logique d'exclusion rousseauiste. Lorsque l'on soutient, par analogie avec d'autres branches du droit, en particulier le droit de la nationalité, que la notion de « avoir grandi » pourrait s'appliquer à une personne ayant passé ses années formatrices en Suisse, une certaine tension apparaît toutefois. En effet, la naturalisation suppose, à première vue, une intégration bien plus aboutie que la simple non-expulsion au sens de l'art. 66a, al. 2, CP ou que les décisions rendues en droit des étrangers. Ainsi, par analogie avec l'art. 9 LN, les années passées en Suisse entre 8 et 18 ans sont comptées double dans la procédure de naturalisation, ce qui réduit à cinq ans la durée minimale ordinaire de séjour⁹⁹. C'est pourquoi certains auteurs considèrent qu'une personne doit être réputée « née et ayant grandi » en Suisse au sens de l'art. 66a, al. 2, CP lorsqu'elle y a accompli au moins cinq années de scolarité obligatoire ou y a passé une part déterminante de sa petite enfance¹⁰⁰.

[105] Même en adoptant cette approche, un séjour d'au moins cinq ans entre 8 et 18 ans crée une forte présomption de socialisation à la suisse, l'intéressé ayant, pour ainsi dire, été « façonné » par cet ordre normatif. Cette constatation se heurte toutefois à l'idée, fondamentale dans une

⁹⁶ Comme le font BSK CP-ZURBRÜGG/HRUSCHKA, Art. 66a N 52.

⁹⁷ ATF 130 II 176, 190 E. 4.4; 122 II 433, 435 ff. E. 2 et 3; 125 II 521, 523 f. E. 2b). Voir aussi BSK CP-ZURBRÜGG/HRUSCHKA, Art. 66a n 123. CourEDH, arrêt *Emre c. Suisse* du 22 mai 2008, requête n° 42034/04, § 68-71.

⁹⁸ BRUN/FABBRI, p. 245; FIOLKA/VETTERLI, p. 86; BSK CP-ZURBRÜGG/HRUSCHKA, Art. 66a n 120.

⁹⁹ BSK CP-ZURBRÜGG/HRUSCHKA, Art. 66a n 124.

¹⁰⁰ BSK CP-ZURBRÜGG/HRUSCHKA, Art. 66a n 124. La jurisprudence du Tribunal fédéral ne semble pas suivre une ligne directrice claire en la matière. D'une part, dans l'arrêt ATF 146 IV 105, il a été reconnu qu'un ressortissant chilien arrivé en Suisse à l'âge de 13 ans y avait passé une partie essentielle de son enfance et de son adolescence, tout en relevant que cela valait également pour la période passée auparavant au Chili. De même, dans l'arrêt 6B_1077/2020 du 2 juin 2021, le Tribunal fédéral a considéré qu'un ressortissant russe, arrivé en Suisse à l'âge de huit ans et y ayant vécu durant quatorze ans, devait être considéré comme ayant grandi en Suisse puisqu'il y avait suivi sa scolarité obligatoire et appris la langue. D'autre part, le Tribunal fédéral a reproché une intégration insuffisante à un ressortissant marocain arrivé à l'âge de neuf ans et ayant passé treize ans en Suisse. Bien que l'intéressé parle le suisse allemand et dispose d'un cercle d'amis, le Tribunal a considéré qu'aucun autre élément ne permettait de conclure à une intégration suffisante (arrêt 6B_1260/2019 du 12 novembre 2020, consid. 4.2. Voir aussi ROSSI Florentina, *Landesverweisung (Art. 66a StGB) – eine Checkliste härtefallbegründender Aspekte für die Praxis*, in: BENius 31/2022, p. 44 ss.

perspective contractuelle, selon laquelle le citoyen, en principe, ne commet pas d'infractions (ou ne se comporte pas de façon déviante)¹⁰¹. Comme l'expose Rousseau de manière représentative pour un modèle contractuel égalitaire, le citoyen est celui qui a également adhéré intérieurement aux dogmes de la société; à défaut, il doit être exclu comme « ennemi » ou, en cas de renoncement actif à ces dogmes, puni. Si les infractions pénales expriment ces dogmes, le délinquant les viole alors activement, ce qui, en soi, demeure difficilement acceptable. Ce qui rend néanmoins cette situation supportable, c'est précisément l'idée que le délinquant – qu'il soit suisse ou étranger « né ou ayant grandi » en Suisse – peut être amendé, parce qu'il a, en principe, été socialisé aux valeurs fondamentales de la Confédération, même si la *norme concrètement* violée n'a pas été effectivement intériorisée¹⁰².

3.1.1. *Les piliers du mode de vie suisse: maîtrise de la langue, participation sociale et indépendance économique*

[106] Il s'agit dès lors d'examiner si, malgré l'infraction figurant au catalogue, l'étranger correspond encore à l'image d'un Suisse ou d'une Suissesse. À cet égard, il doit notamment disposer des compétences linguistiques nécessaires, c'est-à-dire être en mesure de se faire comprendre dans la langue nationale pertinente, à savoir celle du lieu de résidence, de manière à permettre une communication dans la vie quotidienne¹⁰³.

[107] Il doit en outre entretenir une vie sociale permettant de conclure qu'il ne se limite pas à fréquenter ses seuls compatriotes, mais qu'il est intégré dans son environnement social¹⁰⁴. Il n'est toutefois pas nécessaire que ces relations concernent des citoyens suisses d'origine. En particulier dans les zones urbaines caractérisées par une forte proportion de personnes issues de la migration, un réseau social s'étendant au-delà de sa seule sphère linguistique et culturelle peut être considéré comme suffisant. Une telle ouverture favorise en effet l'usage de la langue nationale comme lingua franca et réduit, corrélativement, l'importance des « *possibilités de réintégration dans l'État de provenance* ».

¹⁰¹ Cf. KANT Immanuel, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, Königsberg 1795 (*Vers la paix perpétuelle*), Première section, Premier supplément (« De la garantie de la paix perpétuelle »).

¹⁰² Le fait que les notions de "né" ou de "grandi" en Suisse ne doivent *pas* être interprétées littéralement, mais expriment plutôt un certain degré d'intégration, est illustré par l'arrêt 6B_69/2021 du 30 juin 2021. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a considéré que l'intégration du recourant n'était pas « particulièrement réussie », bien que celui-ci soit né et ait grandi en Suisse. La Cour a relevé qu'il n'avait achevé sa scolarité obligatoire « que » jusqu'à la 10ème année, qu'il avait connu de longues périodes de chômage et n'avait occupé que des emplois temporaires. En outre, le recourant avait perçu l'aide sociale pendant plusieurs années. Cet arrêt démontre que, pour la Haute Cour, le fait d'être né et d'avoir grandi (dans son sens littéral, non-normatif) en Suisse ne suffit pas à admettre une intégration réussie si les critères socio-économiques font défaut.

¹⁰³ Cf. art. 58a al. 1 let. c LEI en relation avec l'art. 31 al. 1 let. a OASA; voir aussi Secrétariat d'État aux migrations (SEM), Directives et commentaires du domaine des étrangers (Directives LEI), octobre 2013 (état au 1er janvier 2026), ch. 5.6.10.1. Ces dispositions précisent que les compétences linguistiques constituent un critère d'intégration essentiel, le SEM exigeant au minimum la maîtrise d'une langue nationale au niveau A1 (oral) pour l'admission d'un cas de rigueur, afin de permettre une communication de base dans la vie quotidienne.

¹⁰⁴ Cf. art. 31 al. 1 let. e OASA; voir aussi Secrétariat d'État aux migrations (SEM), Directives LEI, état au 1er janvier 2026, ch. 5.6.10.1. Le SEM y souligne que l'intégration sociale suppose une participation active à la vie de la société locale et des contacts avec la population suisse, de manière à éviter que l'intéressé ne vive replié au sein de sa seule communauté d'origine.

[108] L'intéressé doit également exercer une activité au sens large, c'est-à-dire être en mesure, en principe, d'assurer sa subsistance sans recourir durablement à la collectivité¹⁰⁵. Exiger qu'il soit effectivement en emploi conduirait, de manière excessive, à exclure des personnes temporairement au chômage ou en formation. Il suffit qu'il existe une présomption fondée selon laquelle, au regard de son parcours, il est capable et disposé à exercer une activité, ou le sera à l'issue de sa formation¹⁰⁶. Enfin, la situation familiale ainsi que l'état de santé doivent également être pris en considération¹⁰⁷.

3.1.2. *Le respect de la sécurité et de l'ordre publics comme aspect de l'intégration*

[109] S'agissant de déterminer si l'étranger respecte la « *sécurité et l'ordre publics* » ainsi que les « *valeurs de la Constitution* », il convient de tenir compte du fait que, par l'infraction même, il a précisément démontré qu'il ne respecte pas la sécurité publique. Ce critère ne peut dès lors revêtir une importance particulière – voire décisive – que dans le cas d'un récidiviste, c'est-à-dire lorsque l'auteur a déjà commis des délits ou des crimes antérieurement. Si tel est le cas, et qu'il s'agit d'infractions relevant du catalogue, alors qu'il a déjà été renoncé à une expulsion, cela doit, en principe, faire obstacle à la reconnaissance d'une situation personnelle grave ou, d'un point de vue plus rigoureux, conduire, dans le cadre de la pesée des intérêts, à faire prévaloir l'intérêt public à l'expulsion.

[110] En l'absence d'infractions relevant du catalogue, il est en revanche douteux de savoir sur quels éléments fonder l'appréciation. Du point de vue du droit positif, on peut se référer à l'art. 4, al. 2, Ordonnance sur la nationalité (OLN), qui concrétise l'art. 12 LN en ce qui concerne le critère d'intégration lié au respect de la sécurité et de l'ordre publics en présence d'antécédents pénaux. Selon cette disposition, le candidat n'est pas considéré comme intégré avec succès lorsque le casier judiciaire (VOSTRA) fait état d'une condamnation à une peine privative de liberté ferme ou partiellement assortie du sursis pour un délit ou un crime. De même, une peine pécuniaire avec sursis de plus de 90 jours-amende ou une peine privative de liberté avec sursis de plus de trois mois fait obstacle à la reconnaissance d'une intégration réussie¹⁰⁸. La pertinence de cette distinction pour le processus de naturalisation sera examinée plus loin. Il s'agit ici de déterminer si, dans le contexte de l'expulsion, une telle différenciation conserve un sens au regard de la logique développée ci-dessus, en particulier à la lumière des critères de réinsertion sociale et de coresponsabilité de l'État.

[111] Certes, le sursis à l'exécution d'une peine privative de liberté ou d'une peine pécuniaire signifie que l'exécution immédiate de la peine n'apparaît pas nécessaire, le prononcé de la condamnation étant jugé suffisant pour avertir l'auteur. Dans cette mesure, un besoin amoindri de réinsertion sociale peut justifier l'octroi du sursis à titre probatoire. Toutefois, lorsque – comme c'est fréquemment le cas – la condamnation intervient par voie d'ordonnance pénale, il demeure

¹⁰⁵ Art. 58a al. 1 let. d LEI en relation avec l'art. 31 al. 1 let. d OASA.

¹⁰⁶ Cf. Secrétariat d'État aux migrations (SEM), Directives et commentaires du domaine des étrangers (Directives LEI), octobre 2013 (état au 1er janvier 2026), ch. 5.6.10.1 (p. 95).

¹⁰⁷ Concernant les relations familiales et l'état de santé comme critères du cas de rigueur, cf. art. 31 al. 1 let. c et f OASA; voir aussi SEM, Directives LEI, ch. 5.6.10.1. Pour une présentation détaillée de la jurisprudence y relative, voir ROSSI, p. 47 ss.

¹⁰⁸ Cf. art. 12 al. 1 let. a LN en relation avec l'art. 4 al. 2 let. a et b OLN.

incertain pour quels motifs le ministère public a refusé d'accorder le sursis. Cette incertitude ne saurait toutefois jouer au détriment de l'auteur d'une infraction relevant du catalogue.

[112] Il convient dès lors, plutôt que de se fonder sur le seul mode d'exécution de la peine, de se référer à la valeur juridique socio-éthique protégée et à sa proximité avec les principes d'aversion à la violence ou avec l'infraction économique parasitaire. Ainsi, un antécédent pénal au sens des art. 94, 95 ou 98, al. 4, LCR, de l'art. 270 CP ou de nombreuses autres infractions du Code Pénal, ne touche pas ces principes et ne saurait, à lui seul, justifier la qualification de l'intéressé comme danger à expulser¹⁰⁹.

3.1.3. *Le respect des valeurs de la Constitution comme aspect de l'intégration*

[113] Il convient encore d'examiner si l'auteur respecte les « valeurs de la Constitution », comme l'exigent les décisions en droit des étrangers et en droit de la nationalité¹¹⁰. À première vue, la commission d'une infraction relevant du catalogue pourrait laisser penser que certaines valeurs fondamentales de la Constitution fédérale ne sont pas respectées. Toutefois, selon le Manuel Nationalité, les éléments qualifiés de « principes fondamentaux » ne sont considérés comme méconnus que dans des cas spécifiques, notamment lorsque la personne concernée remet en cause ces principes par des actes de propagande publique, par un extrémisme politique ou religieux mettant en danger l'État de droit, par l'organisation d'un mariage forcé ou d'une mutilation génitale, ou encore par des propos dénigrant publiquement certaines catégories de personnes¹¹¹. Il en va de même lorsque la personne méconnaît, par ses déclarations ou son comportement, des garanties essentielles telles que la liberté personnelle ou l'égalité entre femmes et hommes, ou lorsqu'elle manifeste une intolérance envers d'autres groupes ou religions¹¹². Une certaine ouverture à l'égard d'obligations fondamentales – telles que le service militaire ou civil (art. 59 Cst.), la scolarité obligatoire (art. 62 Cst.) ou encore l'obligation fiscale (art. 127 Cst.) – peut également être prise en considération¹¹³. Il existe de bonnes raisons de considérer ces hypothèses, sinon comme exhaustives, du moins comme des situations de référence auxquelles d'autres cas doivent être comparables quant à leur gravité. Dans cette mesure, si l'on entend se fonder sur le respect des valeurs constitutionnelles dans le contexte de l'expulsion, ce critère doit recevoir une portée plus exigeante que dans le cadre de la naturalisation. La seule commission d'une infraction du catalogue ne saurait suffire; il faut encore que le comportement de l'auteur fasse naître le soupçon

¹⁰⁹ Ces infractions n'ont été mentionnées ici qu'à titre d'exemple. En l'espèce, il s'agit – comme déjà indiqué – de vérifier si les antécédents pénaux, plus précisément le comportement délictuel antérieur, relèvent de l'aversion à la violence ou, avec la même conséquence juridique, d'un comportement économique parasitaire.

¹¹⁰ Cf. art. 12 LN et art. 5 OLN.

¹¹¹ Cf. § 12 al. 1 let. a et b de la Loi cantonale sur le droit de cité (LDC L[u]; SRL n° 2) en relation avec le guide pratique du service des migrations du canton de Lucerne.

¹¹² Cf. § 12 al. 1 let. b de la Loi cantonale sur le droit de cité (LDC Lu; SRL n° 2). Cette disposition, lue à la lumière des Directives du Service des migrations du canton de Lucerne (en particulier le critère du respect des valeurs constitutionnelles), précise que le mépris de l'égalité entre femmes et hommes ou l'intolérance religieuse font obstacle à la reconnaissance d'une intégration réussie.

¹¹³ Cf. § 12 al. 1 let. a LDC Lu (SRL n° 2) en relation avec l'art. 12 al. 1 let. a LN et l'art. 4 al. 1 OLN. Ces dispositions lient l'intégration réussie au respect de l'ordre public, ce qui inclut l'observation des devoirs constitutionnels fondamentaux tels que l'obligation fiscale, la scolarité obligatoire ou le service national (cf. également le message relatif à la LN, FF 2011 2639).

qu'il méconnaît plus largement les valeurs de la Constitution fédérale et qu'il se distingue ainsi, de manière significative, d'un délinquant suisse quant à sa capacité de réinsertion sociale.

[114] Il convient toutefois d'ajouter que l'exigence, formulée en droit des étrangers et en droit de la nationalité, selon laquelle l'étranger doit adhérer aux valeurs de la Constitution fédérale, revêt en pratique une portée limitée. Dans l'appréciation concrète, elle pèse en effet souvent moins que la vérification de la familiarité avec les réalités locales, telle qu'elle est notamment recherchée dans les entretiens de naturalisation au moyen de questions portant sur la vie communale ou sur des particularités du lieu, et ce non seulement dans les communes de la Suisse centrale. Dans cette mesure, les critiques formulées au nom d'une conception libérale, qui dénoncent l'indétermination de la référence aux « *valeurs constitutionnelles* », apparaissent peu convaincantes¹¹⁴. Il est en effet difficile de considérer comme plus conforme à l'État de droit le fait de renoncer à exiger un tel ancrage normatif, tout en maintenant des exigences portant sur des connaissances locales dont la pertinence pour l'intégration est, au mieux, marginale. Une telle approche ne traduit pas une exigence accrue de précision juridique, mais plutôt un déplacement du critère d'intégration vers des éléments contingents et difficilement justifiables, qui ne permettent guère de saisir l'adhésion effective à l'ordre normatif.

3.2. *L'absence de prépondérance de l'intérêt public à l'expulsion*

[115] Avant même d'aborder la question des intérêts publics susceptibles de justifier une expulsion malgré l'existence d'une situation personnelle grave, il convient de relever que ces éléments sont, la plupart du temps, déjà pris en compte au stade de l'examen de cette situation¹¹⁵. Les intérêts publics ne deviennent dès lors véritablement déterminants que dans les cas où la *gravité* de l'infraction exclut pratiquement tout renoncement à l'expulsion¹¹⁶.

[116] Lorsqu'on affirme en doctrine que tel ne serait le cas que lorsque l'infraction atteint une *gravité* telle que le maintien en Suisse constituerait un risque pour la *sécurité*¹¹⁷, une telle formule est à la fois exacte et peu déterminée. Elle ne précise ni pour quels types d'infractions un tel risque existerait, ni ce qu'il convient d'entendre par « *sécurité* ».

[117] Si l'on tient compte d'un autre intérêt public fréquemment invoqué, à savoir la mise en œuvre d'une politique migratoire restrictive, la notion de risque pour la sécurité pourrait être comprise comme un risque de trouble à l'ordre public. Un tel risque pourrait, par exemple, résulter de réactions d'indignation suscitées par le maintien en Suisse de l'auteur d'une infraction du catalogue, lorsque celles-ci dégénèrent en atteintes à des biens juridiques par des actes de violence. Une telle approche demeure toutefois problématique, en ce qu'elle fait dépendre l'appréciation de la gravité de l'infraction de réactions sociales contingentes.

[118] Du point de vue de la théorie du droit, et à la lumière des principes développés plus haut relatifs à l'aversion à la violence propre à la culture juridique suisse, il apparaît dès lors plus pertinent – et également plus conforme à la pratique – de limiter la notion de gravité de l'infraction

¹¹⁴ Voir notamment KLEY Andreas, *Die Werte der Bundesverfassung*, in: ZBI 11/2015, pp. 563 ss., et *Einfallstor zur Tyrannei*, p. 665 ss. Kley y analyse de manière critique la fonction de ces valeurs comme concept juridique indéterminé.

¹¹⁵ BSK CP-ZURBRÜGG/HRUSCHKA, Art. 66a n 127.

¹¹⁶ BSK CP-ZURBRÜGG/HRUSCHKA, Art. 66a n 127.

¹¹⁷ BSK CP-ZURBRÜGG/HRUSCHKA, Art. 66a n 127.

à certaines infractions *absolument* rejetées. Relèvent en tout cas de cette catégorie les infractions sexuelles contre des enfants, l'infraction d'assassinat, les *mala in se* du droit pénal international – génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre – ainsi que certaines formes particulièrement graves de terrorisme, qui ont mis ou menacé de mettre en danger la vie et l'intégrité corporelle d'un grand nombre de personnes. Ces infractions présentent en outre la particularité d'être *imprescriptibles* (cf. art. 101, al. 1, CP)¹¹⁸. S'agissant des autres infractions, il ne saurait être admis, *de manière générale*, que l'intérêt public à l'expulsion l'emporte. Plus les infractions commises se rapprochent du noyau de la valeur socio-éthique d'aversion à la violence et de prévention de la violence – notamment en cas d'infractions intentionnelles contre la vie, de lésions corporelles graves, d'infractions sexuelles graves, ainsi que d'atteintes graves à la liberté personnelle ou de graves infractions en matière de stupéfiants –, plus l'admission d'un cas de rigueur personnel exige une motivation particulièrement approfondie et plus il y a lieu de considérer que l'intérêt public à l'expulsion l'emporte¹¹⁹.

3.3. Synthèse des développements relatifs à l'expulsion obligatoire

[119] Au terme de ces développements, la logique propre de l'expulsion au sens de l'art. 66a CP apparaît avec une certaine netteté. Loin de constituer une simple peine accessoire, notamment sur la base d'une fonction de dissuasion, elle s'inscrit dans une logique spécifique d'élimination du danger, fondée sur une présomption typifiée de dangerosité à partir de certaines infractions. Cette logique se distingue toutefois de manière décisive du traitement des délinquants nationaux, dans la mesure où elle ne suppose pas, en principe, une appréciation individualisée de la dangerosité, mais opère un déplacement du regard de l'acte vers la personne.

[120] Cette construction n'est cependant pas absolue. Elle connaît des correctifs, en particulier à travers la clause de rigueur, qui réintroduit, sous la forme d'une coresponsabilité de l'État et d'une prise en compte des possibilités de réinsertion sociale, une perspective proprement pénale. De même, l'examen des critères d'intégration montre que la qualification de l'étranger comme danger à écarter ne saurait se fonder sur des considérations purement formelles ou abstraites, mais doit s'appuyer sur une appréciation matérielle de sa position au sein de l'ordre normatif.

[121] Ainsi comprise, l'expulsion ne vise pas seulement à écarter un danger, mais à opérer une distinction entre différentes formes d'appartenance à la communauté juridique, selon que l'individu apparaît encore comme accessible à l'ordre normatif ou comme s'en étant durablement éloigné. C'est dans cette même perspective qu'il convient désormais d'examiner la question de la prise en compte des condamnations pénales dans le cadre des décisions de naturalisation, où se pose, sous une forme différente, la question des conditions d'accès à la communauté politique.

¹¹⁸ TF, 6B_378/2018 du 22 mai 2019, c. 2.2 et les nombreuses réf. citées; TF, 6B_929/2018 du 27 septembre 2019, c. 1.4.2; ATF 139 I 31, c. 2.3.3. PERRIER DEPEURSINGE Camille / MONOD Hadrien, ad art. 66a CP, in: *Commentaire Romand, Code pénal I*, 2e éd., 2021 (cité: CR CP I-PERRIER DEPEURSINGE/MONOD), n 58. L'extension de cette imprescriptibilité à l'assassinat (art. 112 CP), mentionnée ci-dessus, découle de la mise en œuvre de l'initiative cantonale 19.300 (« Pas de prescription pour les crimes les plus graves »), débattue par les chambres fédérales au printemps 2026 et dont les récents développements parlementaires demeurent encore discutés (État au 14.09.2026).

¹¹⁹ PERRIER DEPEURSINGE/ MONOD, art. 66a n 59. Il faut approuver les auteurs lorsqu'ils considèrent que le juge doit rester maître de l'appréciation de la culpabilité. Dans cette optique, l'automatisme de l'art. 66a CP trouve sa limite dès lors que l'infraction, bien que formellement rattachée au catalogue, ne présente pas la gravité matérielle nécessaire pour évincer l'intérêt privé de l'intéressé.

IV. Le refus de naturalisation en raison d'une infraction antérieure

A. La nationalité comme droit de cité

[122] Les principes dégagés ci-dessus, à partir d'un modèle contractuel égalitaire d'inspiration rousseauiste, complété par l'apport de Hobbes quant à la signification de l'infraction, peuvent être transposés *mutatis mutandis* au domaine du droit de la nationalité. Le caractère, en comparaison européenne, particulièrement restrictif du droit suisse de la nationalité – tant au niveau fédéral que dans ses déclinaisons cantonales et communales – peut ainsi être rattaché à la conception égalitaire fondamentale de la Confédération¹²⁰.

[123] Il ne s'agit pas de se soumettre à un souverain, mais, selon la manière dont la Suisse se conçoit elle-même, de « *prendre son semblable pour son maître* ». L'accès à la communauté politique ne se réduit dès lors pas à une question de résidence ou d'intégration formelle, mais suppose une proximité normative plus exigeante, fondée sur l'adhésion aux valeurs constitutives de l'ordre juridique et social. Dans cette perspective, la naturalisation ne constitue pas le simple prolongement d'un séjour régulier, mais l'aboutissement d'un processus d'intégration au terme duquel l'individu est reconnu comme participant, en tant qu'égal, à la formation de la volonté collective. L'exigence d'une telle intégration explique que le droit suisse de la nationalité fasse preuve d'une retenue particulière dans l'octroi de la citoyenneté, en réservant l'accès à ceux qui apparaissent comme durablement insérés dans l'ordre normatif.

[124] C'est dans ce cadre qu'il convient d'examiner la manière dont les condamnations pénales sont prises en compte dans les décisions de naturalisation, et, plus précisément, dans quelle mesure elles font obstacle à la reconnaissance d'une telle appartenance à la communauté politique.

B. La portée de l'infraction en droit de la nationalité

[125] Dans une nation qui ne peut se fonder ni sur une langue commune ni sur une identité construite sur une base ethnique, les dogmes – ou, dans une terminologie contemporaine, les « *valeurs* » – érigés en consensus constituent le principal, sinon le seul, lien unificateur de l'État¹²¹. Dans une telle configuration, l'infraction ne saurait être comprise comme la simple violation ponctuelle d'une norme, mais acquiert une portée qui dépasse l'acte lui-même. Non seulement l'infraction – en tant qu'acte objectivé –, mais déjà des attitudes divergentes, exprimées notamment sous forme de critiques adressées à la société ou de mises en cause de ses fondements, peuvent, d'un point de vue structurel, être perçues comme un danger pour ce substrat de valeurs juridiques socio-éthiques.

¹²⁰ Cf. LINDER / MUELLER, p. 74.

¹²¹ Cette analyse s'inscrit dans la doctrine classique de la Suisse comme « nation par volonté » (Willensnation), où l'adhésion aux valeurs politiques et juridiques supplée l'absence d'unité linguistique ou ethnique; cf. par exemple BIAGGINI Giovanni, *Verfassungsstaatlichkeit: Grundfragen und Herausforderungen* (§ 7), in: Biaggini Giovanni / Gächter Thomas / Kiener Regina (édit.), *Staatsrecht*, 2e éd., Zurich 2015, pp. 24 ss, qui souligne que le *consensus* sur ces principes est le fondement de la cohésion de l'État. Si ce modèle reposait à l'origine, il y a plusieurs siècles, sur une alliance pragmatique dictée par des impératifs géopolitiques et de survie, il a progressivement évolué pour devenir une véritable communauté de valeurs (Werteneration).

[126] Il en résulte que la prise en compte de l'infraction dans le droit de la nationalité ne vise pas seulement à sanctionner un comportement passé, mais à apprécier la relation de l'individu à l'ordre normatif dans son ensemble. L'infraction apparaît ainsi comme un indice – non pas isolé, mais intégré dans le cadre d'une appréciation aussi complète que possible de la personne du requérant à la naturalisation – de la mesure dans laquelle l'individu adhère, ou non, aux valeurs constitutives de la communauté politique.

[127] Cette exigence d'adhésion trouve son fondement dans la conception égalitaire du corps politique: l'individu n'est pas appelé à se soumettre à un souverain, mais à participer à l'exercice de la souveraineté elle-même. L'adhésion aux mêmes valeurs s'explique ainsi par le fait qu'il devient *partie intégrante* du corps politique; non pas comme un citoyen inscrit dans un rapport de supériorité ou de subordination, mais comme cotitulaire de la souveraineté.

C. Admission à la nationalité par « naturalisation »

1. Un acte politique ?

[128] Si le souverain législatif s'identifie à l'ensemble des personnes disposant du droit de vote, la naturalisation ne saurait se réduire à une simple décision positive portant sur une demande d'acquisition de la nationalité, mais implique un véritable changement de statut. Elle signifie l'admission au sein du corps politique lui-même, autrement dit dans l'instance qui non seulement porte l'ordre juridique, mais le constitue.

[129] Dans cette perspective, l'ancienne pratique, autrefois en usage dans certaines communes – notamment germanophones –, consistant à procéder à la naturalisation par une décision prise à l'urne, apparaît pleinement cohérente. Il ne s'agissait pas seulement de statuer sur une demande, mais de décider de l'admission d'un nouveau membre du corps politique¹²². Parallèlement à l'élection d'un représentant, par laquelle l'exercice du pouvoir est confié, la naturalisation par vote populaire revenait à se prononcer sur la composition même du souverain.

[130] Il s'agissait ainsi d'un acte authentiquement politique qui, comme tout acte d'autoconstitution, échappe largement à l'exigence de motivation et à la logique de représentation propre à la démocratie représentative. Dans cette mesure, la décision de naturalisation a, dans certaines pratiques, été comprise comme une décision politique relevant d'organes législatifs¹²³.

¹²² ATF 129 I 217 concernant la commune lucernoise d'Emmen sur la pratique de la naturalisation par les urnes conçue comme un acte de cooptation politique, historiquement ancrée en Suisse centrale, par opposition aux procédures administratives ou parlementaires plus précoces en Suisse romande. Cette spécificité régionale a pris fin avec l'unification de la jurisprudence en 2003, rattachant désormais la décision de naturalisation aux attributs formels de l'État de droit et imposant ses critères à l'ensemble des communes.

¹²³ Sur la critique de ce tournant, voir DÜRR David, *Das Urteil des Richters über den Gesetzgeber – Reflexionen über die Einbürgerungsrechtsfälle BGE 129 I 217 ff. und 232 ff.*, in: Forstmoser Peter / Honsell Heinrich / Wiegand Wolfgang (édit.), *Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis – Festschrift Hans Peter Walter*, Berne 2005, pp. 59 ss, qui fustige l'éviction de la souveraineté populaire. À l'opposé, HANGARTNER, pp. 960 s., admet qu'une décision négative de naturalisation prise aux urnes puisse être motivée a posteriori par une autorité de la collectivité compétente. Dans le même sens, semble-t-il, HANGARTNER /KLEY, *Die demokratischen Rechte*, Zurich 2000, p. 2000 ; ATF 129 I 232, 235 s.

2. Acte juridique et obligation de motivation

[131] Cette conception n'est aujourd'hui plus soutenable. La naturalisation touche au statut juridique d'un individu et intervient sur demande de celui-ci; elle constitue ainsi, par sa nature même, une procédure dans laquelle il est statué, au regard de critères liés au cas d'espèce – notamment l'intégration et la familiarité avec les conditions de vie locales –, sur l'octroi d'une position juridique. La décision de naturalisation apparaît dès lors comme un acte individuel et concret, présentant les caractéristiques d'une décision administrative.

[132] Cette qualification a trouvé une expression contraignante dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. Dans les arrêts ATF 129 I 217 et ATF 129 I 232, la naturalisation par votation populaire a été jugée inconstitutionnelle, notamment en raison de la violation du droit d'être entendu (art. 9, al. 2, Cst.), de l'interdiction de la discrimination (art. 8, al. 2, Cst.) ainsi que de l'interdiction de l'arbitraire¹²⁴. Depuis lors, la décision de naturalisation est soumise à une obligation de motivation, condition sine qua non de l'exercice effectif des voies de droit. La doctrine récente admet majoritairement l'existence d'une telle obligation, même si sa mise en œuvre dans le cas de décisions prises à l'urne demeure controversée. Tandis que certains auteurs proposent une motivation a posteriori par les autorités, d'autres soulignent l'incompatibilité de principe des décisions populaires avec les exigences de l'État de droit¹²⁵.

[133] Le Tribunal fédéral s'est finalement rallié à cette seconde position: là où, pour des raisons systémiques, une motivation est exclue, une procédure susceptible de porter atteinte à des positions protégées par les droits fondamentaux ne saurait être maintenue¹²⁶.

[134] Cette évolution révèle une transformation structurelle profonde: la naturalisation sort du champ de l'autoconstitution politique pour devenir l'objet d'un contrôle relevant de l'État de droit. Ce qui s'y perd, c'est le pouvoir démocratique immédiat de disposer de la composition du corps politique; ce qui s'y gagne, ce n'est pas seulement la sécurité juridique, mais, plus fondamentalement encore, la possibilité même, pour le candidat à la naturalisation, d'exister juridiquement.

[135] Car tant que la décision demeurerait abandonnée à une formation de la volonté du souverain échappant à toute maîtrise juridique, l'individu n'était pas seulement dépourvu de protection; il se trouvait, en un sens précis, privé de droit. Ce n'est qu'avec sa transformation en un acte juridique justiciable qu'il se voit conférer une position reconnue par l'ordre juridique et protégée par celui-ci.

D. L'impact de la nature juridique de la naturalisation sur l'examen des antécédents pénaux

[136] Si la naturalisation ne peut plus, en raison de sa nature juridique, être comprise comme une véritable admission dans le corps politique, se pose alors la question de savoir si le droit de la

¹²⁴ Cf. ATF 129 I 217, consid. 2 (discrimination) et 3 (motivation); ATF 129 I 232, consid. 3.2 (motivation) et 3.3 (arbitraire).

¹²⁵ Sur les références doctrinales relatives à l'ATF 129 I 217, voir notamment MÜLLER Georg, *Reservate staatlicher Willkür – Grauzonen zwischen Rechtsfreiheit, Rechtsbindung und Rechtskontrolle*, in: Eichenberger Kurt (édit.), *Recht als Prozess und Gefüge: Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag*, Berne 1981, p. 109 ss, spéc. p. 119 (cité par le TF pour exiger la fin des « zones de non-droit »).

¹²⁶ Cf. ATF 129 I 232 consid. 3.

nationalité en vigueur – limité ici à la LN et à l'OLN – tient compte de cette évolution ou s'il demeure attaché à des conceptions héritées. Que, selon la conception traditionnelle, une condamnation pénale – fût-elle assortie d'une peine pécuniaire de quelques jours-amende seulement – s'opposât à l'admission dans le corps politique aussi longtemps qu'elle demeurerait inscrite au casier judiciaire s'inscrit dans une conception égalitaire de l'autoconstitution politique: celui qui fait partie du souverain ne peut apparaître simultanément comme violateur de norme sans rompre l'unité entre création et validité de la norme¹²⁷.

[137] Dans une perspective kantienne, on peut préciser que le législateur échappe à l'imputation pénale, en tant qu'il est lui-même la source du droit et n'est soumis à aucune contrainte supérieure. Transposée à l'État démocratique, cette idée signifie que le citoyen, en tant que partie du souverain, ne peut entretenir avec le droit un rapport qui le ferait apparaître à la fois comme son destinataire et comme son violateur.

[138] Une telle rigueur ne saurait toutefois être maintenue dans le cadre d'une compréhension transformée du droit de la naturalisation, désormais largement déterminée par le droit fédéral. Là où la naturalisation n'apparaît plus comme un acte d'autoconstitution politique, mais comme un acte juridique justiciable, l'incompatibilité catégorielle entre violation de la norme et appartenance au corps politique cède la place à une appréciation graduée des manquements juridiques.

[139] La condamnation pénale perd ainsi son caractère de critère d'exclusion absolu pour devenir un élément d'une appréciation aussi complète que possible de la personne du requérant à la naturalisation, appréciation elle-même structurée par le principe de proportionnalité et soumise à une exigence de motivation.

1. La portée de l'arrêt du Tribunal fédéral du 21 mai 2025 (1C_350/2024)

[140] Pour déterminer si la pratique actuelle tient effectivement compte de cette compréhension renouvelée de la naturalisation comme acte juridique, il convient de se tourner vers la jurisprudence récente du Tribunal fédéral.

[141] Dans l'arrêt 1C_350/2024 du 21 mai 2025, celui-ci précise les exigences relatives à l'appréciation de l'intégration au regard de l'art. 12 LN. Cet arrêt s'inscrit dans une évolution amorcée par la jurisprudence relative à la naturalisation, en particulier dans l'ATF 129 I 232, dans lequel il a été établi que les décisions de naturalisation sont soumises aux droits fondamentaux, notamment à l'interdiction de la discrimination et de l'arbitraire. Parallèlement, la liberté de vote a été relativisée en ce sens qu'elle ne confère aucun droit à la reconnaissance d'un résultat matériellement illicite. Avec l'introduction d'une obligation de motivation¹²⁸, la naturalisation a ainsi

¹²⁷ Cette analyse de l'unité entre création et validité de la norme s'appuie sur la conception rousseauiste du citoyen comme membre du Souverain. Selon ROUSSEAU, Du Contrat Social, Livre I, Chapitre VII, « chaque individu, contractant, pour ainsi dire, avec lui-même, se trouve engagé sous un double rapport; savoir, comme membre du Souverain envers les particuliers, et comme membre de l'État envers le Souverain ». Dans cette optique, la violation de la norme par le citoyen rompt l'harmonie du contrat social, justifiant ainsi l'exclusion de celui qui ne peut plus être à la fois législateur et infracteur. Ce modèle s'oppose à celui de Hobbes, où les individus concluent le pacte exclusivement entre eux au profit d'un tiers, le Léviathan, qui reste extérieur au contrat. Alors que Hobbes crée ainsi une rupture radicale entre l'État et ses sujets, Rousseau consacre l'identité parfaite entre les membres constituants du Souverain et ceux qui y sont soumis.

¹²⁸ ATF 129 I 232 consid. 3.

été définitivement soustraite au domaine de l'autoconstitution politique pour être qualifiée d'acte justiciable.

[142] L'arrêt du 21 mai 2025 prolonge cette ligne en ce qui concerne la dimension pénale de l'intégration. Selon une jurisprudence constante, l'intégration ne peut être appréciée de manière schématique sur la base de critères isolés, mais requiert une appréciation d'ensemble des circonstances pertinentes¹²⁹. Ces principes ne concernent pas spécifiquement la prise en compte des condamnations pénales, mais traduisent une exigence générale d'appréciation mesurée des critères d'intégration et s'inscrivent, à ce titre, dans la logique du principe de proportionnalité. Un seul déficit ne saurait exclure l'intégration que s'il revêt une importance décisive.

[143] Appliquant ces principes, le Tribunal fédéral critique la pratique de l'instance précédente, qui avait considéré comme déterminante la condamnation du recourant à une peine pécuniaire avec sursis de 40 jours-amende et nié son intégration en se référant à un délai d'attente de trois ans issu du Manuel Nationalité, sans procéder à une appréciation d'ensemble. Une telle approche méconnaît l'exigence d'un examen individualisé fondé sur les droits fondamentaux¹³⁰. Si le Tribunal fédéral reconnaît l'importance des directives administratives internes pour assurer l'égalité de traitement, il rappelle qu'elles ne lient pas les tribunaux et ne sauraient se substituer à l'examen du cas concret¹³¹. Il en résulte une relativisation de la portée de l'infraction: la sanction en cause se situait dans la partie inférieure de l'éventail pertinent, n'atteignait pas la gravité des cas visés à l'art. 4, al. 2, OLN et se trouvait en outre atténuée par l'épreuve réussie.

[144] La portée de cette décision demeure toutefois limitée. Elle concerne les peines pécuniaires assorties du sursis et ne tranche pas la question de la qualification d'autres types de sanctions, en particulier des peines fermes. Or, c'est précisément à cet égard que se manifestent les tensions avec la pratique administrative. Celle-ci subordonne régulièrement la naturalisation à la disparition des inscriptions correspondantes du casier judiciaire VOSTRA (art. 4, al. 2, OLN en relation avec l'art. 38, al. 3 et 4, LCCJ), ce qui peut entraîner des délais d'attente de dix à vingt ans selon la sanction.

[145] Cette problématique se reflète également dans l'évolution du Manuel Nationalité: alors que les versions antérieures permettaient d'envisager une naturalisation dès la disparition de l'inscription dans l'extrait destiné aux *particuliers*, les versions récentes exigent sa disparition dans l'extrait destiné aux *autorités*, prolongeant ainsi sensiblement les délais. La comparaison avec les sanctions assorties du sursis met en évidence une divergence notable: tandis que celles-ci mettent l'accent sur l'épreuve réussie, les peines fermes conduisent à une exclusion prolongée, sans lien nécessaire avec le contenu d'injustice de l'acte.

[146] Il en résulte que les conséquences, en droit de la naturalisation, dépendent dans une large mesure de la forme concrète de la sanction, dont la détermination relève souvent du ministère public dans le cadre de la procédure d'ordonnance pénale¹³². Le choix entre une peine assortie

¹²⁹ ATF 146 I 49 consid. 4.4; arrêt 1D_5/2022 consid. 2.1.

¹³⁰ Arrêt du Tribunal fédéral du 21 mai 2025 (1C_350/2024).

¹³¹ ATF 148 V 144 consid. 3.1.3; ATF 141 III 401 consid. 4.2.2.

¹³² Sur la prédominance du prononcé par voie d'ordonnance pénale en Suisse (représentant plus de 90 % des condamnations), voir THOMMEN Marc, *Kurzer Prozess – Schnelle Justiz*, Berne 2013 (cité: THOMMEN, *Kurzer Prozess*); cf. également THOMMEN Marc, in: Donatsch/Lieber/Summers/Thommen (édit.), *Commentaire zurichois du CPP*, 3e éd., Zurich 2020, art. 352 n 1 ss. L'auteur y critique la mutation du procureur en « juge de fait et de

ou non du sursis produit ainsi des effets qui dépassent le droit pénal et influencent directement l'accès à la nationalité. Une part essentielle de la décision relative à cet accès se trouve ainsi déplacée vers une procédure préalable, sommaire, qui n'est que partiellement orientée vers ces conséquences.

[147] Dans ce contexte, l'arrêt du 21 mai 2025 apparaît moins comme une refondation que comme une correction ponctuelle d'une application excessivement schématique. La question structurelle de la pondération des condamnations pénales demeure ouverte, notamment quant au rôle des délais de visibilité du casier judiciaire dans l'appréciation d'ensemble. Dès lors, l'aptitude à la naturalisation apparaît moins comme le résultat d'une mise en balance individualisée que comme une fonction de ces règles de visibilité.

[148] Ni le rattachement schématique à ces délais, ni la seule intervention de la jurisprudence ne permettent de fonder un ordre d'évaluation cohérent. Une différenciation fondée sur des critères qualitatifs s'impose, afin de saisir à la fois le contenu d'injustice de l'acte et sa signification pour l'intégration du requérant. Cela implique une mise en balance entre l'intérêt public à la fidélité à l'ordre juridique et l'importance que revêt la naturalisation pour l'intéressé. L'exclusion ne saurait dès lors reposer sur la seule existence d'une condamnation pénale, mais uniquement sur des condamnations révélant une atteinte qualifiée aux valeurs fondamentales de l'ordre juridique.

2. Critères d'appréciation des condamnations pénales

[149] À cet égard, trois principaux critères de rattachement se dégagent: premièrement, le mode d'exécution de la sanction (sursis, sursis partiel ou peine ferme); deuxièmement, la quotité de la peine comme expression de la gravité de l'infraction; et, troisièmement, la nature de l'infraction, notamment à la lumière des différenciations opérées en matière d'expulsion pénale.

2.1. *L'absence de pertinence du mode d'exécution de la peine*

[150] Un premier point d'ancrage, d'apparence intuitive, réside dans le mode d'exécution de la sanction. La distinction entre peines assorties du sursis, partiellement assorties du sursis et peines fermes repose sur des appréciations relatives à la conduite future de l'auteur et n'est, à ce titre, pas étrangère à la question de l'intégration¹³³. Dans la mesure où le prononcé d'une peine ferme repose sur un pronostic défavorable quant au comportement futur, il peut sembler cohérent de tenir compte de cette évaluation dans la procédure de naturalisation. L'idée selon laquelle l'accès à la nationalité ne devrait pas être accordé à des personnes dont une récidive paraît probable s'impose en effet de prime abord.

[151] À y regarder de plus près, toutefois, le mode d'exécution ne constitue qu'un critère de portée limitée. Comme cela a déjà été relevé à propos de l'expulsion pénale, le recours à des catégories issues du droit pénal ne convainc que si celles-ci sont elles-mêmes suffisamment précises et

droit » ainsi que l'occultation de la justice, le Strafbefehl supprimant l'audience publique et le contrôle judiciaire effectif, ce qui réduit la procédure à un pur mécanisme administratif de gestion des masses.

¹³³ Cf. Secrétariat d'État aux migrations (SEM), *Manuel Nationalité*, Berne 2020 (actualisé le 1er janvier 2024), ch. 2.1.1.2. Sous l'empire de l'ancienne loi sur la nationalité (aLN) et jusqu'aux versions du Manuel de 2013 (actualisées en 2015), la pratique se référait à la disparition de l'inscription dans l'extrait pour particuliers (selon l'ancien art. 371 CP). Avec l'entrée en vigueur de la nouvelle LN le 1er janvier 2018, puis de la Loi sur le casier judiciaire (LCJ) le 23 janvier 2023, le critère s'est déplacé vers l'extrait destiné aux autorités (extrait 2). Cette modification, consolidée dans la version du Manuel du 1er octobre 2022 (puis maintenue dans celle de 2024), prolonge les délais d'attente à 10 ans pour la plupart des peines avec sursis, contre environ 5 ans auparavant.

adaptées à la finalité poursuivie. Or tel n'est pas le cas du mode d'exécution. La décision de prononcer une sanction avec ou sans sursis ne repose pas exclusivement sur des considérations de prévention spéciale; elle peut également être influencée par des considérations de prévention générale ou par la prise en compte d'antécédents, y compris non spécifiques. Elle ne reflète dès lors pas nécessairement une appréciation claire de la conduite future.

[152] S'y ajoute une dimension symbolique non négligeable. La peine privative de liberté – en particulier sous sa forme ferme – revêt une charge infamante et fortement expressive. À l'inverse, la peine pécuniaire apparaît, dans sa logique même, comme une sanction d'une autre nature: sa portée symbolique est nettement moindre et se rapproche, à certains égards, de celle des sanctions administratives. Cela vaut d'autant plus que la peine pécuniaire constitue, en pratique, de loin la sanction la plus fréquemment prononcée, même si elle l'est majoritairement sous forme assortie du sursis. Elle se situe en outre, dans la grande majorité des cas, dans des fourchettes relativement basses – typiquement entre 30 et 60 jours-amende – correspondant à des infractions de gravité légère à moyenne. Dans ce contexte, la peine pécuniaire ne saurait être investie d'une signification symbolique comparable à celle de la privation de liberté; sa charge expressive demeure, en comparaison, secondaire, ce qui explique qu'un rattachement au mode d'exécution convainc d'autant moins lorsque l'on déduit d'une peine pécuniaire ferme un obstacle à la naturalisation pouvant s'étendre sur dix ans ou davantage, par exemple dans le cas d'une condamnation à six jours-amende pour une infraction en matière de circulation routière.

[153] Si ces distinctions peuvent remplir une fonction en droit pénal, elles apparaissent dès lors moins pertinentes dans le cadre d'une décision de naturalisation orientée vers une appréciation rationnelle de l'intégration, et, à ce titre, insensible aux mécanismes de satisfaction des besoins punitifs d'ordre symbolique.

[154] L'argument décisif se situe toutefois ailleurs. Le choix du mode d'exécution intervient fréquemment dans le cadre de la procédure d'ordonnance pénale, par le ministère public, sans que celui-ci n'oriente sa décision en fonction des conséquences en droit de la naturalisation. En particulier, il n'aura en règle générale pas connaissance du fait que la qualification d'une sanction comme peine ferme peut entraîner des délais d'attente de dix ans ou davantage pour l'accès à la nationalité. Une part essentielle de la décision relative à cet accès se trouve ainsi, en pratique, déplacée vers une procédure préalable dont les acteurs ne sont ni préparés à ces effets ni en mesure de les intégrer systématiquement.

[155] Dans cette perspective, le mode d'exécution apparaît comme un point d'ancrage intuitif, mais en définitive insuffisant. Il se rattache à des catégories ayant leur logique propre en droit pénal, dont la transposition au droit de la naturalisation ne convainc que de manière limitée. Le rattachement opéré par l'OLN à ce critère ne repose dès lors sur aucune justification théorique pleinement satisfaisante.

2.2. La portée de la quotité de la sanction

[156] Il apparaît plus convaincant de se fonder sur la quotité de la sanction prononcée. Avec la qualification de la naturalisation comme acte administratif justiciable, la décision est soumise aux exigences du principe de proportionnalité. La question déterminante est dès lors de savoir si, par son poids, une condamnation est de nature à mettre sérieusement en cause l'intégration. La quotité de la peine se rattache directement à l'évaluation pénale de la culpabilité et de l'acte. Elle permet ainsi – contrairement aux délais issus du droit du casier judiciaire ou au mode d'exécution – une différenciation fondée sur la gravité de l'acte concret. La question de la pertinence pour l'intégration est ainsi rapprochée du contenu matériel de l'acte. Le droit positif offre à cet égard certains points

d'orientation. En matière de peines pécuniaires, une distinction est opérée entre les sanctions allant jusqu'à 30 jours-amende et celles comprises entre 30 et 90 jours-amende, ces dernières entraînant en règle générale un délai d'attente supplémentaire¹³⁴. En matière de peines privatives de liberté, le seuil de trois mois constitue également une césure significative¹³⁵.

[157] Le recours à la quotité de la peine modifie en outre le rôle des autorités de poursuite pénale. Contrairement au mode d'exécution, il ne s'agit pas ici de se référer à une appréciation pronostique, mais à la fixation même de la sanction, qui relève du cœur de l'évaluation pénale de la gravité l'acte. La préformation qui en résulte apparaît, à cet égard, moins problématique: elle ne repose pas sur un pronostic implicite quant à l'avenir, mais sur une appréciation déjà achevée du comportement délictueux.

[158] Cette différence se manifeste avec une particulière netteté dans les cas limites. Une peine privative de liberté avec sursis allant jusqu'à trois mois exprime une tension: l'acte constitue une infraction, tout en admettant un pronostic favorable quant à la conduite future. Dans de telles constellations, une exclusion schématique ne saurait rendre compte du caractère ambivalent de la sanction. Cette approche n'est toutefois pas exempte de limites. La quotité de la peine, si elle reflète l'évaluation pénale de la culpabilité, ne permet pas à elle seule de saisir la portée normative de l'infraction pour l'intégration. Elle renseigne sur le degré d'injustice de l'acte dans une perspective pénale, mais demeure largement indifférente à la question de savoir quels biens juridiques – et, au-delà, quelles valeurs socio-éthiques – ont été effectivement mis en cause.

[159] Or, du point de vue de l'intégration, cette distinction est déterminante. Toutes les infractions n'impliquent pas la même atteinte aux attentes fondamentales de la communauté juridique. Une sanction relativement élevée peut ainsi résulter de circonstances aggravantes ou de facteurs contextuels sans traduire une désorientation normative fondamentale de l'auteur, tandis que certaines infractions, même sanctionnées de manière modérée, peuvent révéler une remise en cause plus profonde des valeurs structurant la coexistence sociale.

[160] En outre, la détermination de la peine demeure tributaire de marges d'appréciation importantes, en particulier dans le cadre de la procédure d'ordonnance pénale, de sorte qu'elle ne saurait être comprise comme un indicateur entièrement stable et autonome. La quotité de la peine ne constitue dès lors qu'un critère intermédiaire, situé entre les catégories formelles du droit du casier judiciaire et l'appréciation qualitative de la nature de l'infraction. Elle permet ainsi de distinguer entre des infractions significatives et des manquements mineurs, sans toutefois épuiser la question de leur portée pour l'intégration.

2.3. L'impact de la qualité de l'infraction

[161] Enfin, une troisième approche consiste à se fonder sur la *qualité abstraite* de l'infraction commise. Comme il a été exposé plus haut, la question centrale est de savoir si l'on peut déduire de l'infraction une désorientation fondamentale de l'auteur à l'égard des valeurs socio-éthiques de la communauté juridique. Ce qui importe ici n'est pas la quotité de la peine, mais la portée de l'acte en tant qu'indice d'une orientation normative – ou d'une désorientation – du requérant.

[162] Une telle approche n'est pas étrangère au droit positif. Comme cela a été montré dans le contexte de l'expulsion pénale, l'art. 66a, al. 1, CP se rattache, dans des pans essentiels, à des

¹³⁴ cf. art. 4, al. 3, OLN en relation avec le Manuel Nationalité.

¹³⁵ cf. art. 4, al. 2, let. d, OLN.

catégories d'infractions déterminées. Sont visées notamment les infractions qui violent des attentes fondamentales de la communauté juridique, en particulier l'aversion à la violence entendue au sens large (cf. art. 66a, al. 1, let. a, b, g, h, i, j ainsi que, partiellement, k, l, m, o et p CP). À côté de celles-ci, certaines formes de délinquance économique ne sont prises en compte qu'à des conditions qualifiées, notamment lorsque l'auteur agit par métier ou porte atteinte à des systèmes collectifs essentiels tels que le système fiscal ou le système d'assurance sociale.

[163] Dans ces hypothèses, l'auteur apparaît – pour reprendre une intuition rousseauiste – comme « insociable », précisément en raison de l'acte commis, dès lors que celui-ci exprime, par sa nature même, un mépris fondamental pour les bases communes de la vie sociale. Il ne s'agit pas d'un simple indice, mais de la manifestation même d'une rupture avec les valeurs socio-éthiques de la communauté juridique suisse.

[164] Une transposition de cette approche au droit de la naturalisation conduirait à rapprocher le refus de naturalisation de la logique de l'expulsion pénale. Dans les deux cas, la question de l'appartenance à la communauté politique serait rattachée à des infractions apparaissant comme l'expression d'une telle désorientation. On rendrait ainsi, au moins partiellement, justice au caractère originaire de la naturalisation comme acte politique d'inclusion ou d'exclusion, caractère qui subsiste sous une forme atténuée dans l'expulsion¹³⁶.

[165] En définitive, la perspective s'en trouve profondément déplacée: la question de la naturalisation ne se rattache ni à la quantité de la sanction pénale, ni à ses modalités d'exécution, ni à sa simple visibilité dans le casier judiciaire, mais à la qualité matérielle de l'infraction commise.¹³⁷ Ce qui devient déterminant, c'est de savoir si le caractère du requérant peut encore être considéré comme réceptif aux valeurs socio-éthiques de la communauté juridique – ou s'il qualifie l'auteur d'« insociable » et met ainsi en cause son appartenance à la communauté politique.

[166] À défaut d'une telle différenciation qualitative, le risque est grand de substituer à une appréciation fondée sur la proportionnalité une logique de pure visibilité normative, dans laquelle la persistance formelle d'une inscription au casier judiciaire tient lieu de critère décisif. Une telle approche revient, en définitive, à confondre la trace administrative de l'infraction avec sa signification normative, et à faire dépendre l'accès à la nationalité non de la nature de la violation du droit, mais de sa seule persistance documentaire.

3. Synthèse des développements relatifs au refus de naturalisation en raison d'une infraction antérieure

[167] L'analyse qui précède montre que la prise en compte des antécédents pénaux dans le cadre de la naturalisation ne saurait se fonder de manière déterminante ni sur le mode d'exécution de la peine, ni sur sa seule quotité, et encore moins sur la simple persistance d'une inscription au casier judiciaire. Une telle approche reviendrait à substituer à une appréciation normative de l'intégration une logique de pure visibilité administrative.

¹³⁶ Un besoin de clarification ne se manifeste ici que ponctuellement. Ainsi, s'agissant de l'art. 66a, al. 1, let. d CP, il ne saurait être question de toute unité d'actes entre vol et violation de domicile; un cambriolage qualifié dans un *logement* doit être exigé.

¹³⁷ Il va de soi que l'effacement de l'inscription au casier judiciaire demeure une condition préalable indispensable. Toutefois, cette exigence ne doit s'appliquer qu'à l'égard des infractions susmentionnées, indépendamment de la quotité de la peine et, en particulier, sans égard au mode de sanction ou d'exécution prononcé.

[168] Cette tension s'explique par l'évolution de la nature juridique de la naturalisation. Dans une conception traditionnelle, marquée par une logique d'autoconstitution du corps politique, le citoyen – en tant que partie du souverain – ne saurait apparaître comme auteur d'une infraction sans contradiction interne. Dans cette perspective, l'existence même d'antécédents pénaux s'opposait, en principe, à l'admission dans la communauté politique.

[169] Une telle conception ne peut toutefois *plus* être maintenue depuis que la naturalisation a été qualifiée d'acte administratif soumis aux droits fondamentaux. Avec l'abandon des décisions de naturalisation par votes aux urnes, la logique purement politique de l'inclusion a cédé la place à une décision juridique, soumise au principe de proportionnalité et à une exigence de motivation. Le refus de naturalisation constitue dès lors un acte défavorable qui doit être justifié au regard des circonstances concrètes du cas d'espèce.

[170] Dans ce cadre, la persistance d'une inscription au casier judiciaire ne saurait tenir lieu de critère décisif. Elle ne constitue qu'un indice formel, qui ne dispense pas d'une appréciation matérielle de la portée de l'infraction pour l'intégration. Faire dépendre l'accès à la nationalité de délais de visibilité revient à déléguer, de facto, la décision à des mécanismes administratifs étrangers à la logique propre du droit de la naturalisation.

[171] Il en résulte la nécessité de dégager des critères abstraits permettant d'assurer à la fois la sécurité juridique et une application cohérente du droit. À cet égard, le recours à des catégories qualitatives, telles que celles sous-jacentes à l'art. 66a CP, offre un point d'ancrage pertinent. En se référant aux infractions qui traduisent une atteinte aux attentes fondamentales de la communauté juridique – en particulier l'aversion à la violence et le rejet de formes qualifiées de parasitisme économique –, il devient possible de réintroduire, sous une forme juridiquement médiatisée, certains éléments de la logique *d'autoconstitution du corps politique*.

3.1. La question des autres infractions (art. 66a bis CP)

[172] On pourrait objecter qu'un tel modèle laisse de côté les infractions ouvrant la voie à une expulsion facultative au sens de l'art. 66a bis CP. À cet argument, il convient de répliquer que l'art. 66a bis CP ne relève pas d'une injonction législative ou « souveraine » a priori, mais d'une décision judiciaire au cas par cas. Par conséquent, cette disposition ne saurait servir de fondement à la construction d'un critère abstrait, lequel doit en outre tenir compte de la dimension éminemment politique de la décision de naturalisation. Cette portée politique perdure d'ailleurs après l'arrêt ATF 129 I 217. En effet, au sein d'une démocratie directe qui se réalise à l'échelle communale, mais aussi aux autres échelons étatiques, le citoyen demeure le Souverain au sens rousseauiste. L'arrêt susmentionné et le rejet de la légitimité du vote à l'urne ne sauraient en affecter la substance.

3.2. Le parallélisme de la naturalisation à l'expulsion

[173] Une seconde objection réside dans la pertinence même d'assimiler, ou du moins de rapprocher, l'expulsion du territoire national et l'intégration au corps électoral. À cet égard, il convient de constater l'inexistence conceptuelle d'un espace intermédiaire entre le citoyen, l'étranger délinquant potentiellement expulsable et l'étranger requérant la naturalisation. Comme il a déjà été évoqué, une existence en dehors du corps politique est en soi inconcevable. Dans la logique rousseauiste, celui qui refuse le pacte social n'est pas anéanti, mais simplement exclu et toléré au sein de la cité en tant qu'étranger parmi les citoyens.

[174] Du point de vue de leur statut politique, il n'existe aucune différence qualitative entre le non-citoyen criminel et le non-citoyen non-criminel. En réalité, le simple séjour d'un étranger demeure

par essence une anomalie conceptuelle; sa présence n'est que purement tolérée et s'analyse comme un mérite continu de la part de l'étranger, lequel se doit d'être reconnaissant du droit de séjour qui lui est concédé par une soumission sans faille envers l'ordre juridique. Ce n'est qu'avec le dépôt de la demande de naturalisation que l'étranger acquiert une visibilité systémique. Les catégories de l'étranger délinquant et du candidat à la citoyenneté doivent dès lors être régies par des critères analogues.

[175] Bien que cette catégorisation radicale puisse paraître outrée sur le plan de la philosophie du droit, l'évolution politique met précisément en lumière, depuis longtemps, le problème sous-jacent: celui d'accepter des individus sans statut de citoyen, c'est-à-dire des étrangers, comme une entité distincte aux côtés du véritable corps politique. Dès lors, l'exclusion des infractions ne figurant pas dans ce catalogue s'impose au nom de la cohérence systémique, évitant qu'un simple délai d'effacement administratif dans l'extrait du casier judiciaire destiné aux autorités (extrait 2) ne bloque la naturalisation pour des infractions qui ne constituent pas une violation de l'aversion à la violence ou ne s'apparentent pas à de la criminalité économique parasitaire. Il ne s'agit ici que de déterminer la portée de l'infraction en tant qu'obstacle à la naturalisation, sans aucunement préjuger des autres conditions ordinaires. L'absence d'un antécédent majeur visé à l'art. 66a CP ne fait que lever l'empêchement pénal, laissant intacte l'obligation de remplir l'ensemble des autres critères légaux.

[176] La prise en compte des antécédents pénaux en droit de la naturalisation doit ainsi s'orienter non vers leur simple existence ou leur visibilité, mais vers leur portée normative. Ce n'est qu'à cette condition que l'on peut concilier les exigences de l'État de droit avec les fondements matériels de l'appartenance à la communauté politique.

Conclusion

[177] L'expulsion pénale et le refus de naturalisation révèlent une identité fonctionnelle, le *tertium comparationis* résidant dans la volonté d'écarter l'individu dont la dangerosité menace la pérennité de l'État. Cette formulation établit un lien direct entre dangerosité et exclusion de la communauté nationale. Si la société maintient l'infraction comme le baromètre des valeurs de la collectivité, la nature même du pronostic de dangerosité a subi une mutation conceptuelle. Le passage historique de l'élimination physique ou du bannissement à la peine privative de liberté témoigne de la reconnaissance de la *perfectibilité* de l'être humain. Cela signifie que l'État moderne ne peut plus déduire une dangerosité fixe d'un simple comportement déviant, mais doit adapter ses mécanismes de manière à préserver la paix publique tout en maintenant la cohérence interne de l'ordre juridique.

[178] Les fondements de la philosophie du droit mettent en évidence le rapport de force entre le modèle autoritaire, moins strict, de Hobbes et la structure contractuelle égalitaire, plus excluratoire mais émancipatrice, de Rousseau. Alors que Hobbes restreint l'exclusion en raison de l'hostilité manifestée aux actes qui attaquent directement la sécurité de l'État, tout manquement aux valeurs communes conduit chez Rousseau à l'exclusion du contrat social. Le droit pénal et le droit de la nationalité suisses oscillent dans ce cadre. La clause de rigueur (art. 66a al. 2 CP) démontre que le droit positif écarte l'exclusion automatique pour le citoyen matériellement suisse, réactivant ainsi la logique d'amendement et de resocialisation propre au droit pénal. Pour l'étranger matériel, en revanche, la présomption demeure qu'il se situe en dehors de ce cercle, sa présence étant tolérée au titre d'une adhésion continue à l'ordre juridique, ce qui maintient l'individu dans une forme d'invisibilité politique. Cette invisibilité ne se rompt brutalement que dans deux situations bien précises, où l'étranger se trouve contraint de se confronter directement au Souverain. D'une part,

la commission d'une infraction catalogue, par laquelle il transgresse de manière fondamentale l'aversion à la violence ou l'aversion pour un mode de vie économique parasitaire, ce qui conduit le système à réagir par l'expulsion. D'autre part, le dépôt de la demande de naturalisation, par lequel il rompt son acceptation passive pour revendiquer activement son intégration au corps électoral.

[179] Le but de cette recherche consiste à conférer une base théorique à la prise en compte des infractions pénales en droit de la nationalité. En raison de la nature éminemment politique du citoyen, appréhendé comme un membre actif du Souverain et du corps électoral, le recours aux catégories de l'appartenance politique s'avère dans une certaine mesure indispensable. Certes, de lege lata, la pratique actuelle s'appuie à juste titre sur l'art. 4, al. 2 OLN. Toutefois, en liant de manière déterminante l'évaluation de l'intégration au dualisme entre peines privatives de liberté fermes et avec sursis – et en s'étendant de la même manière aux simples peines pécuniaires légères –, cette approche engendre des délais d'effacement administratifs disproportionnés dans l'extrait destiné aux autorités (extrait n° 2 du casier judiciaire). Ce mécanisme comptable, tout comme le seul critère du quantum de la peine, demeure dépourvu de fondement théorique convaincant.

[180] En définitive, aligner l'évaluation de l'intégration pénale sur le catalogue de l'art. 66a CP permet de substituer une logique de justice matérielle à un automatisme purement administratif. Cette mise en miroir offre une solution cohérente pour éviter que l'accès au corps électoral ne dépende de critères de pure temporalité bureaucratique liés au casier judiciaire. Restituer au droit de la nationalité sa fonction propre en tant qu'instrument d'accès au corps politique et, par là même, à un statut constitutionnel, conduit ainsi à distinguer la gestion de masse des infractions quotidiennes de ce qui met véritablement en cause les fondements du lien social: la rupture de l'aversion à la violence et le choix d'une criminalité économique parasitaire.

Bibliographie

BADINTER Robert, *L'Exécution*, Paris 1973.

BARATTA Alessandro, *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Bologna 1982.

BARTH Jonas / COENEN Ekkehard / HOEBEL Thomas / MAYER Lotta / NEF Susanne / VERNEUER-EMRE Lena (édit.), *Soziologische Gewaltforschung. Ein problemorientiertes Handbuch*, Stuttgart 2026 (à paraître) (cité: BARTH ET AL.).

BECCARIA Cesare, *Dei delitti e delle pene*, Livorno 1764.

BECHTEL Alexander, *Die Constitutio Criminalis Carolina von 1532 – Wegbereiter einer eigenständigen deutschen Strafrechtsdogmatik – Teil 2*, in: Zeitschrift für das Juristische Studium 1/2018, p. 20 ss.

BECHTEL Alexander, *Die Constitutio Criminalis Carolina von 1532 – Wegbereiter einer eigenständigen deutschen Strafrechtsdogmatik – Teil 1*, in: Zeitschrift für das Juristische Studium 6/2017, pp. 641 ss.

BECKER Gary S., *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in: Journal of Political Economy (Vol. 76/2) 1968, p. 169 ss.

BIAGGINI Giovanni, *Verfassungsstaatlichkeit: Grundfragen und Herausforderungen (§ 7)*, in: Biaggini Giovanni / Gächter Thomas / Kiener Regina (édit.), *Staatsrecht*, 2e éd., Zurich 2015.

BOBBIO Norberto, *Thomas Hobbes and the Natural Law Tradition*, trad. de l'italien par Daniela Gobetti, Chicago 1993.

BRAND Fabian, *Taking Behavioral Skepticism Seriously: Law and Economics' Deterrence Theory in a Moral World*, in: Mathis Klaus (édit.), *Law and Economics of Crime and Punishment*, à paraître (cité: BRAND, *Taking Behavioral Skepticism Seriously*).

BRAND Fabian, *Strafrecht, Schuld, Verbotsirrtum. Zur schuldtheoretischen Lösung des Verbotsirrtums im deutschen und schweizerischen Strafrecht aus strafrechtsdogmatischer, strafphilosophischer und staatsrechtlicher Sicht. Zugleich ein Beitrag zu Grund und Grenzen der Berechtigung eines sozialetischen Strafrechts*, Francfort-sur-le-Main, à paraître (cité: BRAND, *Strafrecht, Schuld, Verbotsirrtum*).

BRUN Stefan / FABBRI Balthasar, *Die Landesverweisung – neue Aufgaben und Herausforderungen für die Strafjustiz*, in: recht (Vol. 35/4) 2017, p. 231 ss.

BÜCHLER Alexandra, *Der Gesetzgeber schafft Sans-Papiers: Die unbedachten Folgen der neuen strafrechtlichen Landesverweisung*, in: Jusletter 20 mars 2017.

BUSSLINGER Marc / UEBERSAX Peter, *Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung*, in: plädoyer 5/2016, p. 96 ss.

CAMPAGNA Norbert, *Thomas Hobbes: L'Ordre et la liberté*, Paris 2000.

CÁRDENAS-GRACIA Jaime, *El régimen de excepción salvadoreño: una visión extrema del derecho penal del enemigo*, in: Boletín Mexicano de Derecho Comparado 170/2024, p. 65 ss.

CICÉRON, *Discours. Tome VI: Pour Caecina, Sur la loi agraire, Sur le rabais des blés*, éd. Les Belles Lettres, Paris 2002 (cité: CICÉRON, *Pour Caecina*).

CICÉRON, *Discours. Tome XIII: Sur sa maison*, éd. Les Belles Lettres, Paris 1952 (cité: CICÉRON, *Sur sa maison*).

COLDHAM Peter Wilson, *Emigrants in Chains. A Social History of the Forced Emigration to the Americas of Felons, Destitute Children, Political and Religious Non-Conformists, Vagabonds, Beggars and Other Undesirables, 1607–1776*, Baltimore 2007.

CÓRDOVA MARTÍNEZ Andrés Felipe / BEJARANO BEJARANO Erika Monserrath, *Políticas criminales contra el crimen organizado en el Ecuador: ¿insuficientes o eficaces a largo plazo?*, in: LATAM Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades (Vol. 7/1) 2026, p. 1459 ss.

COY Jason Philip, *Strangers and Misfits: Banishment, Social Control, and Authority in Early Modern Germany*, Leiden/Boston 2008.

DUBLER Anne-Marie, *Bannissement*, in: Dictionnaire historique de la Suisse (DHS), version du 11.11.2008, en ligne: hls-dhs-dss.ch, consulté le 13.04.2026.

DURKHEIM Émile, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris 1895.

DÜRR David, *Das Urteil des Richters über den Gesetzgeber – Reflexionen über die Einbürgerungsrechtsfälle BGE 129 I 217 ff. und 232 ff.*, in: Forstmoser Peter / Honsell Heinrich / Wiegand Wolfgang (édit.), *Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis – Festschrift Hans Peter Walter*, Berne 2005, p. 59 ss.

FIOLKA Gerhard / VETTERLI Luzia, *Die Landesverweisung nach Art. 66a StGB als strafrechtliche Sanktion*, in: plädoyer 5/2016, p. 83 ss.

FOUCAULT Michel, *La gouvernementalité*, in: *Dits et écrits*, t. III, Paris 1994 (cité: FOUCAULT, *La gouvernementalité*).

FOUCAULT Michel, *Sécurité, territoire, population (1977–1978)*, Paris 2004 (cité: FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population*).

FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir: Naissance de la prison*, Paris 1975 (cité: FOUCAULT, *Surveiller et punir*).

GARLAND David, *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*, Oxford 1990 (cité: GARLAND, *Punishment and Modern Society*).

GARLAND David, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago 2001 (cité: GARLAND, *The Culture of Control*).

GERMANIER Fabienne, *Einige Ungereimtheiten der Landesverweisung (Art. 66a ff. StGB)*, in: Jusletter 21 novembre 2016.

GRÄDEL Rolf / ARN Raphaël, *Die neuen Bestimmungen zur Landesverweisung = Les nouvelles dispositions en matière d'expulsion*, in: Bernische Verwaltungsrechtspflege (BVR) 2017, p. 360 ss.

GRAN Andreas, *Rechtsbildung als Allgemeinbildung. Fundament für freies und soziales Wirtschaftsleben*, in: JR 2023, p. 257 ss.

HÄFELIN Ulrich / HALLER Walter / KELLER Helen / THURNHERR Daniela, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 11e éd., Zurich 2024.

HAFTER Ernst, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 2e éd., Berlin 1946.

HANGARTNER Yvo, *Grundsätzliche Fragen des Einbürgerungsrechts*, in: AJP 2001, p. 949 ss.

HANGARTNER Yvo / KLEY Andreas, *Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 1re éd., Zurich 2000.

HARTMANN Eddie, *Die Gewalttheorie von Jan Philipp Reemtsma*, in: Zeitschrift für Theoretische Soziologie 1/2019, p. 74 ss.

HASSEMER Winfried, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Francfort-sur-le-Main 1972.

HEFENDEHL Roland / VON HIRSCH Andrew / WOHLERS Wolfgang (édit.), *Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden 2003.

HIRSCH Ernst-Eduard, *Zur Rechtserheblichkeit des Normirrtums in juristischer und soziologischer Sicht*, in: Kaulbach Friedrich / Krawietz Werner (édit.), *Recht und Gesellschaft. Festschrift für Helmut Schelsky zum 65. Geburtstag*, Berlin 1977, p. 211 ss.

HRUSCHKA Constantin, *Gastrecht und Flüchtlingsvölkerrecht. Rechte und Pflichten von Flüchtlingen*, in: von Däniken/Kamm (dir.), *Gastfreundschaft und Gastrecht*, Zurich, 2018, pp. 87 ss.

HÜNING Dieter, *Freiheit und Herrschaft in der Rechtsphilosophie des Thomas Hobbes*, Berlin 1998.

JAKOBS Günther, *Norm, Person, Gesellschaft: Vorstudien zu einer Rechtsphilosophie*, 2e éd., 1999 (cité: JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*).

JAKOBS Günther, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in: HRRS 2004, p. 81 ss (cité: JAKOBS, in: HRRS 2004).

JARCKE Carl Ernst, *Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts: mit Rücksicht auf die Bestimmungen der preussischen, österreichischen, bairischen und französischen Strafgesetzgebung*, vol. 1, Berlin 1827.

JESCHECK Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts. AT*, 2e éd., Berlin 1972 (cité: JESCHECK, *Lehrbuch*, 2e éd.).

JESCHECK Hans-Heinrich / WEIGEND Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. AT*, 5e éd., Berlin 1996.

JORIO Marco, *Défense spirituelle*, in: Dictionnaire historique de la Suisse (DHS), version de 2001, remaniée le 23.11.2006, en ligne: hls-dhs-dss.ch, consulté le 22.05.2026.

KANT Immanuel, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, Königsberg 1795.

KERSTING Wolfgang, *Rechtsverbindlichkeit und Gerechtigkeit bei Thomas Hobbes: Bemerkungen anlässlich der zugleich naturrechtlichen und modernitätseuphorischen Hobbes-Interpretation von Norbert Campagna*, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP) (Vol. 84/3) 1998, p. 354 ss.

KING Peter / WARD Richard, *Rethinking the Bloody Code in Eighteenth-Century Britain: Capital Punishment at the Centre and on the Periphery*, in: Past & Present, n° 228, 2015, p. 159 ss.

KLEY Andreas, *Die Werte der Bundesverfassung*, in: ZBI 11/2015, p. 563 ss (cité: KLEY, in: ZBI 11/2015).

KLEY Andreas, *Werte der Bundesverfassung: Einfallstor zur Tyrannei?*, in: Pahud de Mortanges René (édit.), *Staat und Religion in der Schweiz des 21. Jahrhunderts*, Zurich 2020, p. 665 ss (cité: KLEY, *Einfallstor zur Tyrannei*).

KLUGE Friedrich (begr.) / SEEBOLD Elmar (bearb.), *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache*, 23e éd., Berlin 1995.

KRIESI Hanspeter et al., *West European Politics in the Age of Globalization*, Cambridge 2008.

LINDER Wolf / MUELLER Sean, *Swiss Democracy: Possible Solutions to Conflict in Multicultural Societies*, 4e éd., Cham 2022.

VON LISZT Franz, *Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik (1896)*, in: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. 2, Berlin 1905, p. 170 ss.

LÖFFLER Alexander, *Die Schuldformen des Strafrechts*, Leipzig 1895.

LUHMANN Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, Francfort-sur-le-Main 1993.

MIR PUIG Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 10e éd., Barcelone 2016.

MÜLLER Georg, *Reservate staatlicher Willkür – Grauzonen zwischen Rechtsfreiheit, Rechtsbindung und Rechtskontrolle*, in: Eichenberger Kurt (édit.), *Recht als Prozess und Gefüge: Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag*, Berne 1981, p. 109 ss.

OJEDA ABENDAÑO Pablo Augusto / MALDONADO RUIZ Luis Mauricio, *La Prisión Preventiva en Ecuador: Desnaturalización Garantista y Criminalización Selectiva desde un Análisis Normativo, Jurisprudencial y Empírico*, in: Revista Veritas, 2024.

Oxford English Dictionary, s.v. « lie » (verbe).

PAWLIK Michael, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen 2012.

- PERRIER DEPEURSINGE Camille / MONOD Hadrien, ad art. 66a CP, in: *Commentaire Romand, Code pénal I*, 2e éd., 2021 (cité: CR CP I-PERRIER DEPEURSINGE/MONOD).
- PFENNINGER Hans Felix, *Strafrechtliche Landesverweisung und administrative Ausweisung*, in: SJZ (Vol. 53) 1957, p. 318 ss.
- POLAINO NAVARRETE Miguel, *El bien jurídico en el derecho penal*, Séville 1974.
- RADZINOWICZ Leon, *A History of English Criminal Law and its Administration. Vol. I: The Movement for Reform*, Londres 1948.
- RAMB Michael, *Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer*, Berlin 2015.
- ROBERT Philippe, *Le citoyen, le crime et l'État*, Paris 1999.
- ROSSI Florentina, *Landesverweisung (Art. 66a StGB) – eine Checkliste härtefallbegründender Aspekte für die Praxis*, in: BENius 31/2022, p. 44 ss.
- ROUSSEAU Jean-Jacques, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, in: *Œuvres complètes*, t. III, 1964 (cité: ROUSSEAU, *Discours*).
- ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, Amsterdam 1762 (cité: ROUSSEAU, *Du contrat social*).
- ROUSSEAU Jean-Jacques, *Émile ou De l'éducation*, in: *Œuvres complètes*, t. IV, 1969 (cité: ROUSSEAU, *Émile*).
- ROXIN Claus / GRECO Luís, *Strafrecht Allgemeiner Teil, t. 1 : Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5e éd., Munich, 2020.
- RÜTTE VON Barbara, *Der Entzug des Bürgerrechts. Eine Einordnung der Schweizer Praxis*, in: *sui generis* 2023, p. 95 ss.
- SCHILLER Friedrich, *Guillaume Tell (Wilhelm Tell)*, 1804.
- SCHUBERT Werner, *Die Quellen zum Strafgesetzbuch von 1870/71*, in: GA 1982, p. 191 ss.
- SCHULTZ Hans, *Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts*, t. II, 4e éd., Berne 1982.
- SCIARINI Pascal, *Politique suisse: institutions, acteurs, processus*, 2e éd., Lausanne 2024.
- SCHMITT Carl, *Der Begriff des Politischen : Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*, 9e éd., Berlin, 2015.
- SEM (Secrétariat d'État aux migrations), *Directives et commentaires LEI (Loi sur les étrangers et l'intégration)*, état au 01.01.2026 (cité: SEM, *Directives LEI*).
- SEM (Secrétariat d'État aux migrations), *Manuel Nationalité*, état au 01.01.2024 (cité: SEM, *Manuel Nationalité*).
- STRATENWERTH Günter, *Die Bedeutung der kriminologischen Forschung für die Strafrechtsreform*, in: *MonSchrKrim* 1972, p. 196 ss.
- STUDER Rafael, *Die Ungefährlichkeitsvermutung im Massnahmenrecht: Eine Synthese aus dem Grundsatz in dubio pro reo und der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*, Berne/Zurich 2026.
- Svenska Akademiens Ordbok, s.v. « ljug ».
- TERREL Jean, *Les théories du pacte social: droit naturel, souveraineté et contrat*, Paris 2001.
- THOMMEN Marc, *Kurzer Prozess – Schnelle Justiz*, Berne 2013 (cité: THOMMEN, *Kurzer Prozess*).
- THOMMEN Marc, ad art. 352 ss CPP, in: Donatsch/Lieber/Summers/Thommen (édit.), *Commentaire zurichois du CPP*, 3e éd., Zurich 2020 (cité: THOMMEN, *Commentaire zurichois*).
- TRECHSEL Stefan / PIETH Mark / GETH Christopher (édit.), *Code pénal suisse, Commentaire pratique*, 5e éd., Zurich 2025 (cité: PK CP).

WELZEL Hans, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975 (cité: WELZEL, *Abhandlungen*).

WELZEL Hans, *Das Deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung*, 11e éd., 1969 (cité: WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*).

WELZEL Hans, *Die Entstehung des modernen Rechtsbegriffs*, in: *Der Staat* 1969, p. 441 ss (cité: WELZEL, *Die Entstehung des modernen Rechtsbegriffs*).

WELZEL Hans, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, nouvelle éd., Berlin 1958 (cité: WELZEL, *Naturrechtslehre*).

ZURBRÜGG Matthias / HRUSCHKA Constantin, ad art. 66a, in: Niggli Marcel Alexander / Wiprächtiger Hans (édit.), *Strafrecht I: art. 1–110 StGB, JStGB*, 4e éd., Bâle 2019 (cité: BSK CP-ZURBRÜGG/HRUSCHKA).