

Le *continuum* carcéral, méthode contemporaine de contrôle social

Abstract

Michel Foucault, in Surveiller et punir. Naissance de la prison notes the change of paradigm in criminal law through the history of the prison. The book was published in 1975 at a time when a revolution of the prisoners took place in France, denouncing the inhuman living conditions in prisons and claiming for more rights. However, Michel Foucault considers that the prisoners are rejecting something more subtle. Indeed, they are rejecting the prison itself, as a means of surveillance and control, a means of power and subjugation. Such observation enables the author to perceive prison's role in an unusual way. He also observed the establishment of the continuity of the prison within the society, conducted by various institutions and actors.

The theoretical model of criminal law highlighted by Michel Foucault allows us to understand how the society is invested by the power at the beginning of the twenty-first century. The purpose of this article is to find out what is left of the author's reasoning at a time when contemporary democracies are plunged into a climate of insecurity. Indeed, the terrorism is the sword of Damocles hanging above each State. At European level as at national level, criminal law absorbs security concerns. It is no longer intended to prevent crimes or to punish those who committed them. A criminal law of surveillance and social control is emerging in order to resolve insecurity.

Zusammenfassung

In seinem Werk Surveiller et punir. Naissance de la prison beschreibt Michel Foucault den Paradigmenwechsel des Strafrechts anhand der Geschichte des Gefängnisses. Die Zeit seiner Veröffentlichung im Jahr 1975 war durch eine Reihe von Gefangenen-aufständen in französischen Gefängnissen geprägt, die sich gegen die inhumanen Lebensbedingungen in den Gefängnissen richteten und für mehr Rechte einsetzten. Nach Michel Foucault richteten sich die Aufstände gegen etwas Subtileres. Tatsächlich richteten sie sich gegen das Gefängnis selbst als ein Überwachungs- und Kontrollinstrument, ein Instrument der Macht und Unterwerfung. Derartige Beobachtungen ermöglichten es dem Autor, die Rolle von Gefängnissen in ungewöhnlicher Weise wahrzunehmen. Er beobachtete außerdem die Etablierung einer Fortführung des Gefängnisses innerhalb der Gesellschaft durch verschiedene Institutionen und Akteure.

Das theoretische Modell des Strafrechts nach Michel Foucault erlaubt uns, zu verstehen, wie die Gesellschaft zu Beginn des 21. Jahrhunderts mit Macht ausgestattet ist. Ziel dieses Beitrags ist es, herauszufinden, was von der Argumentation des Autors in einer Zeit, in der Demokratien in ein Klima der Unsicherheit stürzen, übrig bleibt. Das Damoklesschwert des Terrorismus hängt über jedem Staat. Auf europäischer wie

auf nationaler Ebene absorbiert das Strafrecht Sicherheitsbedenken. Es dient nicht mehr länger der Verhinderung von Verbrechen oder der Bestrafung von Tätern. Ein Strafrecht der Überwachung und Kontrolle ist im Entstehen, um die Unsicherheit aufzulösen.

Introduction

Les démocraties se trouvent plongées dans un climat d'insécurité à l'aube du XXIème siècle. La montée du populisme, la progression des illégalités et une crise migratoire difficile à résoudre, révèlent que les Etats se trouvent dans une impasse. Le terrorisme est également fauteur de trouble. L'attentat est perçu comme une épée de Damoclès suspendue au-dessus de chaque Etat qui, lorsqu'il a lieu, met en exergue les failles politiques, économiques et sociales qui lui sont propres. Face à ces problématiques, l'étendard de la sécurité et de l'anticipation du risque est brandit comme la solution miracle à l'ensemble des maux soufferts par la société contemporaine. A l'échelle européenne comme à l'échelle nationale, le droit pénal absorbe les préoccupations sécuritaires. Il n'a plus pour objet de prévenir les crimes ni de punir ceux qui les ont commis. C'est un droit pénal de la surveillance et du contrôle social qui émerge afin d'apporter des réponses à l'insécurité.

De tels développements sont observés par le philosophe *Michel Foucault* dans son ouvrage *Surveiller et Punir. Naissance de la Prison*.¹ L'auteur retrace l'histoire de la prison, démarche qui lui permet de saisir le changement du droit pénal qui s'opère. La fin de l'Ancien Régime se caractérise par le déclin du supplice, le besoin de réforme judiciaire aboutissant à la mise en œuvre d'un droit pénal codifié, aux peines plus mesurées et doté de principes constitutionnels établis par les réformateurs et les philosophes des Lumières. Or, la réforme judiciaire pose les premiers jalons d'un droit pénal de la surveillance, du contrôle et l'assujettissement des individus. L'auteur met ainsi en perspective le rôle de la prison et du droit pénal dans sa globalité. Il se détache des doctrines utilitariste et positiviste. Pour lui l'ambition des réformateurs s'intègre dans une stratégie de contrôle et de discipline.

Il constate également que la prison n'a pas pour but la correction des détenus, leur guérison ou leur éducation, mais de gérer et discipliner les illégalismes. La figure architecturale du *panopticon* de *Jeremy Bentham* fascine le pouvoir disciplinaire puisque d'un simple regard, il peut, sans être vu, observer l'ensemble des détenus. Le modèle de la prison panoptique est donc repris par les instances disciplinaires et forme la société panoptique qui relaye le modèle carcéral en son sein.

Face à la diffusion du panoptisme dans l'ensemble du corps social, *Michel Foucault* constate que celle-ci se situe à la fin de la chaîne carcérale et dont la tâche se limite à continuer le travail que les institutions disciplinaires qui la précèdent n'ont pu terminer. Il fait également état de la continuité de l'incarcération extra-légale que les instances disciplinaires exercent : il s'agit du *continuum* carcéral. La diffusion du panoptique et la mise en œuvre d'un *continuum* carcéral vont à l'encontre des principes

1 M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, (1975), p.360.

constitutionnels du droit pénal ayant pour effet d'enfermer et de contrôler le corps social dans son ensemble.

Le présent article a pour objet de mettre en perspective la pensée de *Michel Foucault* avec le système de justice pénal contemporain. Pour ce faire, il y a lieu de se demander dans quelle mesure la conception de *Michel Foucault* s'applique-t-elle au droit pénal contemporain? De quelles manières le droit pénal doit-il répondre à l'impératif sécuritaire?

Afin de répondre à ses interrogations il s'agit à titre liminaire de dresser les principaux contours du cadre théorique du *continuum* carcéral tel que développé par *Michel Foucault* dont la fonction principale est la surveillance sociale (Partie I) pour ensuite comprendre la mise en œuvre et les particularités du *continuum* carcéral actuel (Partie II).

Partie I. La surveillance sociale, fonction sous-jacente du droit pénal

Dans son ouvrage, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*,² *Michel Foucault* retrace le changement de paradigme en droit pénal à travers l'histoire de la prison. Lorsque celui-ci paraît en 1975, les prisons européennes, et en particulier les prisons françaises, sont sujettes aux émeutes de détenus qui dénoncent un système carcéral inhumain et revendiquent plus de droits et un meilleur traitement à leur égard.³ Or, l'auteur perçoit ces mutineries différemment. Il observe que les mauvaises conditions de vie au sein des prisons ne sont pas la raison des émeutes. Les détenus rejettent quelque chose de plus subtile : le corps même de la prison en tant qu'outil de surveillance et de contrôle, en tant qu'« instrument et vecteur de pouvoir ».⁴ Ils se soulèvent contre le pouvoir disciplinaire puisque celui-ci utilise la prison comme un instrument de surveillance et de contrôle à des fins d'assujettissement et de normalisation. Il s'agit à titre liminaire d'examiner la manière dont le pouvoir de punir est instrumentalisé par une « technologie nouvelle », celle de la discipline, caractérisée par la surveillance et le contrôle (Paragraphe I). Dans un second temps, il y a lieu de se pencher sur ce que *Michel Foucault* appelle le *continuum* carcéral, autrement dit la diffusion du pouvoir disciplinaire relayé par différentes instances et institutions dans la société (Paragraphe II).

Paragraphe I. La surveillance et le contrôle caractéristiques du pouvoir disciplinaire

La sociologie définit de la surveillance comme étant : « l'attention accrue portée à des personnes et des populations dans le but de les influencer, les gérer ou les con-

2 Foucault M., (1975), *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, p. 360.

3 Pour une étude des révoltes au sein des prisons et les revendications des détenus à cette époque, voir Guérin, A., & Perrot, M. (2013). *Prisonniers en révolte : quotidien carcéral, mutineries et politique pénitentiaire en France (1970-1980)*. Agone, p.391.

4 Foucault M. (1975), *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, p. 39.

trôler ». ⁵ Les techniques de surveillance évoluent en fonction des évènements politiques, économiques et sociaux et diffèrent en fonction des pouvoirs exercés en particulier des pouvoirs disciplinaires et sécuritaires.

Le contrôle quant à lui, peut être défini comme l'action d'examiner ce qui est conforme ou ce qui ne l'est pas par rapport à une norme définie par le pouvoir. Il fait appel à la vérification du bon fonctionnement et de la qualité d'une mesure. Le contrôle résulte d'une surveillance dont l'objet est d'assujettir l'individu sur lequel il porte. La soumission peut être exercée par de nombreux acteurs publics et privés dont l'objet peut varier. Il s'agit tantôt d'éduquer, tantôt de soigner, de normaliser mais également d'influencer les choix des personnes afin d'en modeler la vie quotidienne. Nous pouvons préciser que le contrôle peut porter sur une catégorie particulière d'individus mais également sur le corps social tout entier.

Michel Foucault considère que la surveillance et le contrôle s'intègrent tous deux au sein d'un pouvoir disciplinaire dont il dresse le portrait à travers deux exemples, celui de la ville pestiférée et celui du *panopticon*. Le premier fait référence à une situation d'exception à la fin du XVII^{ème} siècle, celle de la ville contaminée par la peste qu'il est nécessaire de combattre. Le second quant à lui, inspiré de la prison panoptique de Bentham est perçu comme « une figure de technologie politique qu'on peut et qu'on doit détacher de tout usage spécifique ». ⁶

Ces deux exemples mettent en exergue les composants d'un pouvoir disciplinaire à savoir l'observation hiérarchisée (A), la « sanction normalisatrice » ⁷(B), aboutissant au processus final de cette observation, « l'examen » ⁸ (C).

A. Une observation hiérarchisée

Le pouvoir disciplinaire a pour objectif principal de « dresser » les individus ⁹ afin de les « façonner », de les rendre utiles, « dociles » ¹⁰ et transparents. Un tel but est observé dans la surveillance et le contrôle en réponse à une situation d'exception : la lutte contre la peste au sein de la ville (1) puis, il se concrétise à travers le *panopticon* (2).

5 Lyon, D. « Le 11 septembre, la “guerre au terrorisme” et la surveillance généralisée », in Bigo, D., Bonelli, L., & Deltombe, T. (2008), Au nom du 11 septembre. *Les démocraties à l'épreuve de l'antiterrorisme*, Paris, La Découverte, p. 93.

6 Foucault M., (1975), *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, p. 239.

7 *Ibidem*, p. 209. Il est nécessaire de préciser que la sanction pour le non respect des règles relatives à la gestion de la ville pestiférée est la mort, elle n'est donc pas considérée comme normalisatrice.

8 *Ibidem*, p. 217.

9 Le pouvoir disciplinaire « " dresse " les multitudes mobiles, confuses, inutiles de corps et de forces en une multiplicité d'éléments individuels – petites cellules séparées, autonomies organiques, identités et continuités génétiques, segments combinatoires ». Foucault M., (1975), *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, p. 201.

10 *Ibidem*, p. 159.

1) La surveillance et le contrôle social face à une situation d'exception

La ville pestiférée du XVII^{ème} siècle grouille de surveillants divers et variés : « les intendants, les syndics, les soldats de garde »,¹¹ ou encore les « bons officiers et gens de bien »,¹² les médecins et pharmaciens, etc. Tous ont pour but d'identifier les habitants de la ville, de distinguer les contaminés des sains et de rapporter les morts. Ces surveillants, et le savoir qu'ils génèrent, rendent compte de la situation aux magistrats qui orchestrent cette observation.¹³

La discipline est mise en œuvre par une observation, composée d'une multitude de dispositifs véhiculant des « effets de pouvoir ». ¹⁴ Ce pouvoir agit par l'intermédiaire d'une « visibilité générale » des individus¹⁵ permise par la répartition des corps dans l'espace mais aussi par la mobilisation d'un réseau d'acteurs. *Michel Foucault* décrit une ville découpée au sein de laquelle les intendants de quartier exercent une surveillance et un contrôle, soutenus par les sentinelles occupant des postes de garde au bout de chaque rue.

Il est nécessaire de préciser que *Michel Foucault* considère que la situation d'exception en réponse à la peste marque la première étape du pouvoir disciplinaire qui évolue et tend vers le panoptisme.

2) Le panoptisme

L'observation hiérarchisée prend une place importante dans le système de la justice pénale, en particulier à travers la prison qui emprunte la figure architecturale du *panopticon* de *Jeremy Bentham*. À l'intérieure de la prison panoptique, chacun peut être vu d'un seul regard par les surveillants et les détenteurs du pouvoir.¹⁶ La bâtisse construite sous forme de cercle divisé en cellules traversées de part en part par de la lumière, sépare les individus qui sont à l'intérieur, rendant impossible la communication entre eux. En son centre se dresse une tour à l'intérieure de laquelle se trouvent les surveillants qui ne peuvent être vus par les détenus, afin de développer chez ces derniers « un état conscient et permanent de visibilité qui assure le fonctionnement automatique du pouvoir ». ¹⁷

Le *panopticon* est une machinerie fascinante de surveillance et de contrôle puisqu'il permet d'un seul regard, la diffusion de la discipline dans la prison. En outre, il ne se cantonne pas uniquement à la prison, il est polyvalent et peut être utilisé pour des finalités diverses et variées.¹⁸ *Michel Foucault* va même plus loin, partant de l'hypothèse que « dans la fameuse cage transparente et circulaire, avec sa haute tour, puissante et savante, il est peut-être question pour Bentham de projeter une institution di-

11 *Ibidem*, p. 228.

12 *Ibidem*, p. 229.

13 *Ibidem*, p. 230.

14 *Ibidem*, p. 217.

15 *Ibidem*, p. 202.

16 « Les pierres peuvent rendre docile et connaissable ». *Ibidem*, p. 203.

17 *Ibidem*, p. 234.

18 « Chaque fois qu'on aura affaire à une multiplicité d'individus auxquels il faudra imposer une tâche ou une conduite, le schéma panoptique pourra être utilisé ». *Ibidem*, p. 240.

disciplinaire parfaite; mais il s'agit aussi de montrer comment on peut « désenfermer » les disciplines et les faire fonctionner de façon diffuse, multiple, polyvalente dans le corps social tout entier ».¹⁹

La surveillance et le contrôle social aboutissent à la mise en œuvre d'une sanction normalisatrice.

B. La sanction normalisatrice

L'objet de la pénalité telle que mise en œuvre par le pouvoir disciplinaire est de réprimer tout ce qui n'est pas conforme par rapport à la norme. L'observation hiérarchisée assujettit les individus et favorise la mise en œuvre de dispositifs de dressage, de correction des défauts, de normalisation. En fonction de leur degré de normalité, la sanction normalisatrice est appliquée. Elle est mise en œuvre par l'intermédiaire d'un complexe « gratification-sanction »²⁰. Le processus de normalisation par le biais de ce complexe permet de hiérarchiser les individus, par exemple, de distinguer « les « bons » et les « mauvais » sujets », ceux qui se rapprochent le plus de la norme, et ceux qui s'en éloignent. Un classement des qualités, des aptitudes s'amorce au sein duquel la gratification permet d'avancer, la sanction fait reculer de place²¹ dans la classification. L'objectif de cette « pénalité hiérarchisante »²² a pour effet d'assujettir les individus situés à différents niveaux de la hiérarchie et de les soumettre au même modèle afin qu'ils parviennent à s'homogénéiser, à se ressembler.

Michel Foucault observe la mise en œuvre d'une « pénalité perpétuelle qui traverse tous les points, et contrôle tous les instants, elle compare, différencie, hiérarchise, exclut. En un mot, elle *normalise* ».²³

L'auteur ajoute que le caractère « normalisateur de la sanction » appliquée par le pouvoir disciplinaire s'explique par l'arrivée des sciences humaines à savoir l'anthropologie criminelle ou encore la sociologie. Le savoir produit sur les criminels et délinquants favorise la compréhension de leur passage à l'acte et leur classification. Il est issu d'un pouvoir disciplinaire qui enclenche un processus de normalisation sociale à travers la sanction qu'il impose.²⁴ Ainsi, l'influence des sciences humaines sur le droit pénal s'inscrit dans la tactique de surveillance et de contrôle orchestrée par le pouvoir disciplinaire.

C. L'examen

L'examen est la combinaison des « techniques de la hiérarchie qui surveille et celles de la sanction qui normalise ».²⁵ Il a pour objet de « qualifier, de classer et de pun-

19 *Ibidem*, p. 243.

20 *Ibidem*, p. 212.

21 Pour un développement plus fourni relatif à la classification, voir *ibidem*, p. 213.

22 *Ibidem*, p. 214.

23 *Ibidem*, p. 215.

24 *Ibidem*, p. 215 à 216.

25 *Ibidem*, p. 217.

ir ».²⁶ *Michel Foucault* s'intéresse aux méthodes de l'examen, aux règles auxquelles il obéit, à ses acteurs ainsi qu'à la manière avec laquelle il classe les individus.²⁷ Il se pose la question suivante : « ce procédé si familier de l'examen, ne met-il pas en œuvre, à l'intérieur d'un seul mécanisme, des relations de pouvoir, qui permettent de prélever et de constituer du savoir? ». ²⁸ Interrogation à laquelle il répond par trois constatations.

Dans un premier temps, il rappelle que le pouvoir disciplinaire prend ses effets lorsque lui-même est invisible et lorsque les individus qui y sont soumis sont en pleine lumière.²⁹ Il précise que la discipline dispose également d'une cérémonie qui lui est propre, celle du passage en revue, de la « parade »³⁰ qui transforme les individus en objet de savoir.

Ensuite, l'auteur fait état de l'importance du « réseau d'écriture »³¹ au sein duquel les individus constamment surveillés sont pris. Son importance est telle, qu'il soutient qu'« un pouvoir d'écriture » se constitue comme une pièce essentielle dans les rouages de la discipline ». ³² D'importantes innovations en la matière sont observées, avec notamment la constitution de codes permettant de répertorier et d'homogénéiser les traits des individus recueillis lors des examens.³³ Les techniques d'anthropologies criminelles, d'anthropométrie et de portraits composites précédemment citées en sont des illustrations. *Michel Foucault* précise également que l'ensemble de ce travail d'écriture, d'enregistrement et de classement favorise la soumission de l'individu, de ses capacités et son développement face au regard permanent du pouvoir disciplinaire. Celui-ci peut mettre en œuvre un système de comparaison permettant « la mesure de phénomènes globaux, la description de groupes, la caractérisation de faits collectifs, l'estimation des écarts des individus les uns par rapport aux autres, leur répartition dans une « population » ». ³⁴ L'émergence de ces nouveaux besoins contribue, elle aussi, à l'apparition des sciences de l'individu d'après l'auteur.

Enfin, il observe que « l'examen, entouré de toutes ses techniques documentaires fait de chaque individu un « cas » ». ³⁵ L'observation permanente des individus surveillés et l'écriture qui est générée sur eux font d'eux des « cas » individuels. Il y a lieu à présent d'introduire l'épanouissement du pouvoir disciplinaire et de la figure architecturale de la prison au sein du corps social.

26 *Ibidem*.

27 *Ibidem*.

28 *Ibidem*.

29 « C'est le fait d'être vu, qui maintient dans son assujettissement l'individu disciplinaire ». *Ibidem*, p. 220.

30 *Ibidem*.

31 *Ibidem*, p. 222.

32 *Ibidem*.

33 *Ibidem*.

34 *Ibidem*, p. 223.

35 *Ibidem*, p. 225.

Paragraphe 2. Le *continuum* carcéral

À la fin de son ouvrage, *Michel Foucault* s'interroge sur le devenir de ce qu'il appelle « le carcéral ». ³⁶ Il observe que « les frontières qui étaient déjà brouillées à l'âge classique entre l'enfermement, les châtiments judiciaires et les institutions de discipline, tendent à s'effacer pour constituer un grand *continuum* carcéral qui diffuse les techniques pénitentiaires jusqu'aux plus innocentes disciplines ». ³⁷ *Michel Foucault* constate que la prison panoptique perfectionne le pouvoir disciplinaire et en garantit les effets. Le *panopticon* de *Jeremy Bentham* apparaît donc utilisable quel que soit le type d'assujettissement souhaité. L'usine et l'école sont deux exemples de systèmes disciplinaires qui reprennent le modèle panoptique afin de surveiller et de contrôler les ouvriers et les écoliers (A). Le *continuum* carcéral est un produit du pouvoir disciplinaire qui instrumentalise le pouvoir de punir afin de normaliser l'ensemble du corps social (B) et rend les frontières entre les châtiments légaux et les mécanismes disciplinaires poreuses (C).

A. Le relai du panoptisme, les exemples de l'usine et de l'école

La prison panoptique est un modèle d'assujettissement utilisé au-delà du système de la justice pénale. L'usine et l'école en reprennent le mode de fonctionnement.

Au sein de l'usine, un contrôle continu exercé par une surveillance hiérarchique composée de commis, de surveillants, de contremaîtres est mis en œuvre. Ces surveillants ont pour fonction d'examiner tant la production que le savoir-faire ainsi que le comportement des hommes au travail. ³⁸ L'importance de l'observation hiérarchisée est telle que *Michel Foucault* constate que « la surveillance devient un opérateur économique décisif, dans la mesure où elle est à la fois une pièce interne dans l'appareil de production, et un rouage spécifié dans le pouvoir disciplinaire ». ³⁹

À l'école, l'aménagement d'une observation hiérarchisée garantit l'ordre de la classe et la bonne mise en œuvre de l'enseignement. Le maître est secondé dans sa tâche par des élèves qu'il désigne : « intendants, observateurs, moniteurs, répétiteurs, récitateurs de prières, officiers d'écriture, receveur d'encre, aumôniers et visiteurs » ⁴⁰ intègrent une relation de surveillance qui s'intègre au sein de l'enseignement « non point comme une pièce rapportée ou adjacente, mais comme un mécanisme qui lui est inhérent ». ⁴¹

Ainsi, l'usine et l'école sont deux exemples de la trame carcérale et disciplinaire qui assurent la continuité des institutions et des mécanismes punitifs dans l'ensemble de la société. Celle-ci favorise l'emprise des délinquants et des déviants par le pouvoir disciplinaire et entraîne l'acceptation du pouvoir de punir chez les assujettis. Le pan-

36 *Ibidem*, p. 343.

37 *Ibidem*, p. 348.

38 *Ibidem*, p. 205.

39 *Ibidem*, p. 206.

40 *Ibidem*, p. 207.

41 *Ibidem*, p. 208.

optisme inspire d'autres institutions et d'autres systèmes qui en reprennent les méthodes ayant pour effet de flouter la limite entre le milieu fermé et le milieu libre.

En dehors du relai du panoptisme par une trame carcérale, il est impératif d'identifier l'objet du *continuum* carcéral à savoir, la normalisation des déviants.

B. La normalisation du corps social

Le droit pénal et le système de justice pénal tels qu'ils sont instrumentalisés par le pouvoir disciplinaire, n'ont plus pour objet de punir mais de normaliser des déviants afin de lutter contre l'anormalité. Ce processus de normalisation précédemment identifié comme caractéristique du pouvoir disciplinaire, s'effectue au sein du système pénal à travers l'intervention d'experts, en particulier les médecins tels que les psychiatres qui aident les juges non pas punir mais à guérir les condamnés. Or, *Michel Foucault* constate qu'à travers la diffusion du *panopticon* au sein de la société, l'ensemble des institutions disciplinaires relayent la normalisation. Il fait état de la prolifération de « juges de la normalité »,⁴² constatant que les détenus ne sont plus les seuls à faire l'objet d'un savoir à des fins d'assujettissement et de normalisation, mais que l'ensemble de la société est concernée.

Le relai du panoptisme par l'école et l'usine puis la normalisation de l'ensemble du corps social par *continuum* carcéral dresse les contours d'une société panoptique, entraînant la disparition des frontières entre les peines prévues par la loi et les mécanismes disciplinaires.

C. La porosité des frontières entre les châtiments légaux et les mécanismes disciplinaires

Le *continuum* carcéral crée une diffusion des mécanismes disciplinaires à l'intérieur du corps social qui pèse sur le moindre illégalisme. Cependant, la continuité de la prison en dehors de la prison est contraire aux principes constitutionnels conférés par les réformateurs du XVIII^{ème} siècle et les Philosophes des Lumières, en particulier le principe qui prévoit la légalité des peines. Il apparaît ainsi que le *continuum* carcéral s'éloigne de ces derniers, créant un emprisonnement extra légal.

L'identification du *continuum* carcéral est l'aboutissement du raisonnement de *Michel Foucault*. Il révèle un passage du droit pénal du supplice à un droit pénal de la surveillance et du contrôle social à des fins de normalisation. La prison sert de modèle disciplinaire et se diffuse dans la société. L'auteur met en évidence le fait que ces changements s'intègrent dans une tactique politique, dans des rapports de pouvoirs et d'assujettissement selon un modèle disciplinaire. La valeur ajoutée de *Michel Foucault* est de présenter le droit pénal moderne comme un modèle de surveillance et de

42 « Nous sommes dans la société du professeur-juge, du médecin-juge, de l'éducateur-juge, du « travailleur social »-juge; tous font régner l'universalité du normatif; et chacun au point où il se trouve y soumet le corps, les gestes, les comportements, les conduites, les aptitudes, les performances ». *Ibidem*, p. 356.

contrôle social orchestré par un pouvoir disciplinaire, mêlant assujettissement des corps, examen et normalisation, tout en se détachant de ses principes constitutionnels.

À travers ses éléments de réflexion, l'auteur nous apporte une grille de lecture du droit pénal et du *continuum* carcéral qu'il orchestre.

Partie II. Le *continuum* carcéral contemporain

Le modèle théorique de droit pénal mis en exergue par *Michel Foucault* dans son ouvrage *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, permet de comprendre comment le corps social est investi par le pouvoir en ce début du XXIème siècle. L'objet de cette partie est de déceler ce qui reste du raisonnement Foucauldien et ce qui s'éloigne, à la lumière des événements terroristes du début du XXIème siècle et l'objectif sécuritaire qui en émane.

L'exception telle que définie par *Michel Foucault* offre une grille de lecture de l'état d'exception mis en œuvre face à la menace terroriste contemporaine. La distinction entre l'exception et le panoptisme effectuée par l'auteur permet de comprendre ce qui pousse à la fusion de ces deux concepts afin de lutter contre le terrorisme. L'exemple de la France à cet égard est particulièrement révélateur (Paragraphe I). Un tel mélange a pour conséquence l'intensification de la surveillance du corps social à travers de nouvelles politiques de partages d'informations, mobilisant le secteur public et le secteur privé, en particulier les fournisseurs de services de communications électroniques (Paragraphe II) dressant ainsi les contours du *continuum* carcéral contemporain.

Paragraphe 1. Le mélange de l'exception et du panoptisme, l'exemple français

Le 31 octobre 2017, la France s'est dotée d'une énième loi relative à la sécurité intérieure et à la lutte contre le terrorisme, mais celle-ci est dotée d'une particularité.⁴³ En effet, elle a pour objet d'inscrire l'état d'urgence dans le droit commun mettant ainsi fin à ce dernier après sa constante prolongation depuis novembre 2015.⁴⁴ Le ministère de l'intérieur et les des préfets se voient donc conférer des pouvoirs décisionnels en matière pénale sans que l'intervention d'un juge soit nécessaire facilitant ainsi la limitation des droits conférés aux individus et donnant plus de pouvoir à l'Etat. La première fois que les citoyens ont observé le déploiement de cet état d'exception de droit commun fut après l'attentat qui s'est déroulé au marché de Noël de Strasbourg, le 11 décembre 2018. L'intégration de l'exception dans le droit commun favorise une intensification quotidienne du contrôle social par le pouvoir et l'extension du *continuum* carcéral. Il y a lieu dans un premier temps d'analyser la surveillance et le contrôle qui émanent du nouveau cadre légal (A) et la limitation des droits des individus (B) qui en résulte.

43 LOI n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, J.O.R.F n° 0255 du 31 octobre 2017, texte n° 1.

44 L'état d'urgence fut proclamé une première fois suite aux attentats du 13 novembre 2015 puis prolongé cinq fois jusqu'en juillet 2017.

A. La surveillance et le contrôle du corps social résultant du mélange de l'exception et du panoptisme

Les caractéristiques de la surveillance et du contrôle social sont similaires à ceux identifiés par *Michel Foucault* mais les acteurs et leurs *modus operandi* change quelque peu. Un quadrillage de l'espace est mis en œuvre (1), par des surveillants émanant du pouvoir exécutif (2) qui modulent leurs actions en fonction du profil à risque des individus (3).

1) Le quadrillage de l'espace

L'établissement de périmètre de protection⁴⁵ et le rétablissement des contrôles aux frontières sont prévus par le nouveau cadre légal qui rappelle le quadrillage de la ville pestiférée évoqué par *Michel Foucault*, à la différence que celui-ci peut s'inscrire dans la durée. Le périmètre de protection est déployé dans un lieu présentant un risque d'attentat. Il est instauré par le préfet de police à travers un arrêté transmis au procureur de la République et au maire de la commune au sein duquel le périmètre est déployé. L'accès et la circulation au sein du périmètre est également limité.⁴⁶

L'autre mesure clé en matière de quadrillage de l'espace est le rétablissement par arrêtés, des contrôles aux frontières dans un rayon de dix kilomètres ainsi qu'aux autres points de passages tels que les gares, les aéroports, ports, etc.

Un tel quadrillage a pour objet de soumettre toute personne à un contrôle d'identité et un contrôle des véhicules afin de permettre la recherche et la prévention des infractions liées à la criminalité transfrontalière.⁴⁷

2) Les surveillants de l'exécutif

La ville pestiférée n'est plus, mais l'observation des individus quant à elle, est toujours bien présente. Le ministre de l'intérieur mène l'observation de concert avec les préfets de police, les maires des communes. Le procureur, les services de police et de gendarmeries, les services de renseignements, les agents de douanes, militaires quant à eux, exécutent l'observation. Déplacements, visites autorisées par le juge des libertés, et saisies peuvent être effectuées.⁴⁸ Il ressort néanmoins des dispositions de ce nouveau cadre légal que le recours au juge est amoindri ce qui est caractéristique des régimes d'exception.

L'utilisation des moyens technologiques est permise grâce à la captation d'image et au vidéo surveillance. Les services de renseignements peuvent intercepter des communications et les exploiter par voie hertzienne. Ainsi, la loi précise l'exclusion de l'implication des opérateurs téléphoniques.

45 LOI n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, J.O.R.F n° 0255 du 31 octobre 2017, texte n°1, article 1.

46 *Ibidem*, article 1.

47 *Ibidem*, article 19.

48 *Ibidem*, article 4.

Les éléments interceptés peuvent également être utilisés à d'autres fins et doivent être supprimés dès lors qu'ils ne sont plus utiles. Le délai de conservation des communications varie entre 6 et 8 ans.⁴⁹

D'autre part, la loi prévoit que, pour la constatation d'actes de terrorisme, les atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation, et les infractions punies d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée égale ou supérieure à trois ans, le ministre de l'intérieur, le ministre de la défense, le ministre chargé des transports et le ministre chargé des douanes, sont autorisés à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel.⁵⁰

Il est également possible pour les ministres précédemment mentionnés d'exploiter des données des dossiers passagers (données PNR), et de coopérer également avec les agences de voyage et les opérateurs de voyages.⁵¹

3) Une surveillance modulée en fonction des profils à risque

Dans une société où l'exception est le panoptisme se mêlent, l'ensemble du corps social est observé par le pouvoir. Cependant, une telle observation varie en fonction des risques présentés par les individus. En effet, une surveillance plus intense est portée sur les individus à l'égard desquels il existe des raisons sérieuses de penser que leurs comportements constituent une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre public ou qui soit en relation avec des individus ou des organisations qui prônent de tels comportements. Ces derniers peuvent être placés sous surveillance électronique mobile.⁵²

En dehors d'une telle mesure, les personnes dites à risques peuvent se voir également imposer un certain nombre d'obligations par les ministres telles que la déclaration de leur domicile, se présenter périodiquement aux services de police ou de gendarmerie une fois par jour, et limiter les déplacements à l'intérieur d'un espace géographique défini.⁵³

Les présents développements mettent en exergue le mélange de l'exception et du panoptisme au service de l'insécurité. Véhiculée par l'exception qui s'installe dans la durée puisqu'inscrite dans le droit commun, un quadrillage de l'espace méticuleux, une observation présente des individus peuvent-être mis en œuvre par l'Etat dès que cela est nécessaire, pour ne pas dire à son bon vouloir. Le *continuum* carcéral est toujours présent, à la différence qu'il propage des mécanismes sécuritaires et de contrôle qui lui sont propres qui sont relayés par les ministres, les forces de l'ordre, les agences de voyages etc., tous devenus les nouvelles tours du *panopticon*. L'ensemble de ces pratiques a pour effet de limiter de redessiner les contours de la démocratie.

49 *Ibidem*, article 15.

50 Les données sensibles sont néanmoins exclues. *Ibidem*, article 14.

51 L'implication du secteur privé en matière pénale est examinée dans le paragraphe 2 du présent point.

52 *Ibidem*, article 3.

53 *Ibidem*.

B. Les conséquences de la fusion entre l'exception et le panoptisme

La fusion entre l'exception et le panoptisme a pour effet de redessiner les contours de la démocratie et de l'état de droit (1) et porte atteinte aux droits fondamentaux reconnus aux individus (2).

1) L'impact sur la démocratie et l'état de droit

Le savoir à la disposition de l'État véhiculé par le recours à l'exception affecte l'état de droit et la démocratie. Le pouvoir profite des données sur les individus qui lui sont données pour les contrôler et limiter leurs droits fondamentaux et leurs libertés individuelles. La démocratie se déguise alors en pouvoir totalitaire. Nous affirmons que l'inscription d'un régime d'exception au sein du droit commun est une solution à court terme pour un problème qui doit être résolu sur le long terme. L'état d'urgence n'est donc pas une solution adéquate de longue durée, pour anticiper et prévenir les infractions terroristes. Nous affirmons que l'état d'urgence, même si il est autorisé par l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme⁵⁴ à condition d'être proportionné, n'est pas une solution pour la préservation de l'État de droit et la démocratie.⁵⁵ D'une part, l'état de droit est fort, celui-ci peut d'ores et déjà prévoir des mesures adéquates face à des situations chaotiques et temporaires. D'autre part, une solution durable et respectueuse tant des principes constitutionnels de droit pénal, des droits fondamentaux et de la démocratie serait le rétablissement du lien social.⁵⁶

Si le mélange de l'exception et du panoptisme s'observe à l'échelle nationale, celui-ci s'observe également à l'échelle de l'Union européenne qui, au nom de l'urgence sécuritaire, façonne un droit pénal de l'anticipation des risques à travers l'adoption de nouvelles politiques de partage d'informations mobilisant le secteur privé et public qui prend part au *continuum* carcéral contemporain.

2) L'impact sur les droits fondamentaux reconnus aux individus

L'exception et le panoptisme entraînent un degré tel de transparence du corps social, qu'ils entraînent inmanquablement une érosion des droits fondamentaux reconnus

54 Convention européenne des droits de l'Homme, signée à Rome, le 4.XI.1950.

55 Salas D., « Le droit pénal à l'ère du libéralisme autoritaire », in Massé M., J-P. Jean, Giudicelli A. (sous la dir), (2009). *Un droit pénal postmoderne? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*. Presses universitaires de France, p.120 et suivantes. Voir également M. Delmas-Marty, « De l'état d'urgence au despotisme doux », Libération, 16 juillet 2017.

56 Cartuyvels, Y., & Ost, F. (1998). Crise du lien social et crise du temps juridique. Le droit est-il encore en mesure d'instituer la société? L'exemple du droit pénal, Bruxelles, Faculté universitaires Saint-Louis, p. 119. Voir également, Lagrange, H. (1998). Du diagnostic à l'action: l'échelle pertinente du territoire. *Les partages de la sécurité*, p. 175-194, Cartuyvels Y. et Hebberecht P., « La politique fédérale belge de sécurité et de prévention de la criminalité (1990-1999) », in *Déviance et Société*, 2001/4 (vol.25), ed. Médecine et Hygiène, point 14.

aux individus, en particulier ceux conférés par les articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁵⁷ (ci-après la Charte). Il s'agit du respect de la vie privée et familiale et de la protection des données à caractère personnel.

Certes, la Charte prévoit à son article 1 paragraphe 52 une limitation de l'exercice des droits et des libertés lorsque celle-ci est prévue par la loi et respecte le contenu essentiel desdits droits et libertés. Elle doit être proportionnée, nécessaire et répondre à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et des libertés d'autrui.

En revanche, l'objectif d'intérêt général dans un contexte d'insécurité et de menace terroriste permanent tend à devenir l'argument phare de légitimation de processus de surveillance. Il est d'autant plus difficile de mettre en œuvre des mesures respectant le difficile équilibre entre la proportionnalité d'une part et la nécessité d'autre part. Il revient au juge de la Cour de justice de l'Union européenne d'éclairer sur la mise en œuvre d'une telle mise en balance.⁵⁸

Si le mélange de l'exception et du panoptisme s'observe à l'échelle nationale, celui-ci s'observe également à l'échelle de l'Union européenne qui, au nom de l'urgence sécuritaire, façonne un droit pénal de l'anticipation des risques à travers l'adoption de nouvelles politiques de partage d'informations mobilisant le secteur privé et public. L'implication du secteur privé en matière pénale est caractéristique de la mise en œuvre du *continuum* carcéral contemporain.

Paragraphe II. Une surveillance hybride vecteur d'intensification du contrôle social

L'implication du secteur privé en matière pénale se banalise. Les banques sont impliquées dans la lutte anti-blanchiment de fonds et le financement du terrorisme.⁵⁹ Les compagnies aériennes quant à elles, sont mobilisées dans la lutte anti-terrorisme dans le cadre de la conclusion des accords sur l'utilisation des données PNR.⁶⁰ L'implication des fournisseurs d'accès aux services de communication électroniques dans le cadre de l'enquête pénale quant à elle se concrétise et a fait l'objet de développements récents. A titre liminaire il y a lieu de faire état de l'implication des fournisseurs de

57 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *J.O.C.E.*, C 326 du 26.10.2012, p. 391-407.

58 Avis 1/15, du 8 septembre 2016, EU :C :2016 :656.

59 Favarel-Garrigues, G., Godefroy, T., & Lascoumes, P. (2008). Sentinels in the Banking Industry Private Actors and the Fight against Money Laundering in France. *British journal of criminology*, 48(1), p.1.

60 Voir en ce sens « Accords entre les Etats-Unis d'Amérique et l'Union européenne sur l'utilisation des données des dossiers passagers (données PNR) et leur transfert au Ministère américain de la sécurité intérieure », du 8.12.2012, 17434/11, conclu le 26.4.2012, et entré en vigueur le 1^{er} juin 2012 et la Directive (UE) 2016/681 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 « relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (PNR) pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière », J.O.U.E., L119/132, 4.5.2016, p. 132-149.

service de communication électroniques au sein de l'enquête pénale (A) qui dresse les contours d'un droit pénal de la gestion du risque (B).

A. L'implication des fournisseurs de services de communications électroniques au sein de l'enquête pénale

L'ère numérique telle que nous la connaissons aujourd'hui avec la démocratisation de l'accès à l'Internet, l'utilisation des réseaux sociaux et des services de communications électroniques, entraîne la prolifération d'une masse incalculable de données. Celles-ci deviennent rapidement incontournables pour les forces de l'ordre dans le cadre de leurs enquêtes. C'est dans un tel contexte que l'implication des fournisseurs de communications électroniques lors des investigations prend place. L'adoption du « Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act » (ci-après *Cloud Act*) aux Etats-Unis (1) et le projet de règlement e-Evidence à l'échelle de l'Union européenne (2) favorisent le renforcement d'une surveillance hybride en matière pénale.

1) Le *Cloud Act* symbole du renforcement de la surveillance hybride en matière pénale

Le *Cloud Act* a été adopté en réponse à un litige opposant Microsoft au Gouvernement américain,⁶¹ l'entreprise ayant refusé de divulguer à ce dernier des informations contenues dans une boîte e-mail d'un individu suspecté de trafic de drogue. La demande d'accès était pourtant autorisée par mandat émanant d'un juge. Le refus de Microsoft est fondé sur le simple fait que ces informations ne sont pas stockées aux Etats-Unis mais en Irlande, empêchant ainsi Microsoft de donner suite à la demande conformément à ce qui était prescrit dans le *Stored Communications Act*.⁶² Microsoft considérait ce dernier comme dénué d'effets extraterritoriaux. La procédure qui permet alors une telle obtention des données est la demande d'entraide judiciaire internationale telle que prévue par la Convention de Budapest du 23 novembre 2001 relative à la cybercriminalité ou par le biais du traité d'assistance mutuelle.⁶³

Adopté par le congrès et signé par le Président Donald Trump le 23 mars 2018, le *Cloud Act* a la particularité de contraindre les fournisseurs de communications électroniques de coopérer avec les forces de l'ordre et ce, quel que soit l'Etat dans lequel les fournisseurs et les données des individus se trouvent.

Par conséquent, ce nouveau texte crée un partage globalisé de données et ainsi qu'une coopération sans frontières entre les gouvernements, les forces de l'ordre d'une part et les fournisseurs de services de communication électroniques tels que Microsoft, Google, Apple etc. d'autre part au nom de la lutte contre la criminalité.

61 *United States v. Microsoft Corp.*, No. 17-2, 584 U.S. (2018).

62 *Stored Communications Act*, Titre II du *Electronic Communications Privacy Act*, 1986.

63 Ces instruments sont jugés désuets et trop longs face à la demande exponentielle de preuves électroniques en matières pénales. In J. Daskal and P. Swire, « Privacy and Civil Liberties Under the CLOUD Act <https://www.lawfareblog.com/privacy-and-civil-liberties-under-clo-ud-act-response>, page consultée pour la dernière fois le 13 décembre 2018.

Toutefois, afin que le *Cloud Act* soit opérationnel et favorise un accès aux données globalisé, la conclusion d'un accord bilatéral entre les Etats-Unis et les autres Etats est nécessaire. Une telle conclusion n'est possible uniquement que si ces derniers disposent d'un cadre légal et de principes conformes à ceux énoncés dans la nouvelle législation américaine.⁶⁴ Un accord avec l'Union européenne est envisagé.⁶⁵ De son côté, l'Union européenne est en train de négocier le projet de règlement de collecte de preuves électroniques (ci-après règlement e-Evidence ou le projet de règlement) qu'il y a lieu à présent d'évoquer.

2) Le projet de règlement e-Evidence

Le jour où la Cour Suprême des Etats-Unis rendait sa décision dans l'arrêt Microsoft précédemment évoquée, la Commission européenne présentait une proposition de règlement⁶⁶ et de directive⁶⁷ visant à accélérer l'obtention des preuves électroniques par les autorités policières et judiciaires. Ledit projet s'inscrit sans surprises dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et la grande criminalité.⁶⁸

Les objectifs de ces propositions sont nombreux. S'il est possible d'y voir une stratégie politique de contrecarrer le dictat des Etats-Unis en la matière,⁶⁹ et d'une réponse apportée à la suite des affaires *Yahoo!*⁷⁰ et *Skype*⁷¹ en Belgique, le règlement e-Evidence⁷² vise à améliorer la coopération entre les autorités des Etats membres et les fournisseurs de services afin de résoudre le complexe problème de la juridiction compétente dans le cyberspace. Ni le règlement ni la directive n'ont pour objet de remplacer les outils d'ores et déjà existants en terme de coopération en matière pénale tels que prévus par la Convention de Budapest sur la cybercriminalité, le traité d'as-

64 Certains arguent que le Cloud Act permettrait ainsi d'élever les standards de la protection des données. *Ibidem*.

65 J. Daskal and P. Swire, "A Possible EU-US Agreement on Law Enforcement Access to Data?", <https://www.lawfareblog.com/possible-eu-us-agreement-law-enforcement-access-data>, page consultée pour la dernière fois le 13 décembre 2018.

66 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux injonctions européennes de production et de conservation de preuves électroniques en matière pénale, COM (2018), 225 final.

67 Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant la désignation de représentants légaux aux fins de la collecte de preuves en matière pénale, COM(2018) 226 final.

68 Commission européenne, Communiqué de presse du 17 avril 2018, « Union de la sécurité : la Commission facilite l'accès aux preuves », IP/18/3343.

69 Peyrou S., Le projet de règlement "e-Evidence" (preuves électroniques) présenté par la Commission européenne: un "Cloud Act" européen, page : <http://www.gdr-elsj.eu/2018/04/24/droits-fondamentaux/le-projet-de-reglement-e-evidence-preuves-electroniques-presente-par-la-commission-europeenne-un-cloud-act-europeen/>, consultée pour la dernière fois le 14 décembre 2014.

70 Hof van Cassatie of Belgium, YAHOO! Inc., No. P.13.2082.N du 1.12.2015.

71 Correctionele Rechtbank van Antwerpen, afdeling Mechelen of Belgium, No. ME20.F1.105151-12 du 27 octobre 2016 (Skype a fait appel de la décision).

72 Voir en ce sens l'exposé des motifs de la proposition de règlement p. 2 et suivantes.

sistance mutuelle ou la décision d'enquête européenne en matière pénale.⁷³ Le projet e-Evidence serait un instrument supplémentaire présenté comme étant plus efficace et plus rapide lors de l'obtention des preuves électroniques tout en renforçant la coopération entre les forces de l'ordre et les fournisseurs de service de communications électroniques au sein de l'Union européenne, mais également avec les pays-tiers, notamment avec les Etats-Unis.

Les trois propositions phares du règlement sont les suivantes : la mise en place d'une **injonction européenne de production**⁷⁴ permettant aux autorités judiciaires d'un Etat membre de demander des preuves électroniques directement auprès d'un fournisseur de service se trouvant dans l'Union européenne et établi ou représenté dans un autre Etat membre. Une telle demande a la particularité d'être possible indépendamment de la localisation des données. La seconde proposition phare est la mise en œuvre d'une **injonction européenne de conservation**⁷⁵ visant à permettre qu'une autorité judiciaire d'un Etat membre puisse contraindre un fournisseur de service présent dans l'Union ou représenté dans un Etat membre de conserver des données utiles dans le cadre d'enquête, afin que ladite autorité puisse disposer de ces informations ultérieurement dans le cadre de l'entraide judiciaire ou d'une décision d'enquête européenne. *In fine*, **le règlement contraint les prestataires de services à désigner un représentant légal dans l'Union** afin que chaque fournisseur se voit imposer les mêmes obligations.⁷⁶ Les représentants légaux sont chargés de la réception et de l'exécution des injonctions émises par les autorités compétentes.

Eu égard des présentes considérations, il ne fait aucun doute qu'une fois adopté, le projet e-Evidence aura pour effet de concrétiser l'implication des fournisseurs de services de communications électroniques en matière pénale.

Il ressort des présents développements que l'implication des fournisseurs de services de communications électroniques au sein de l'enquête pénale dresse les contours de la mise en œuvre d'un droit pénal en réseau, qui se construit autour de l'impératif sécuritaire.

B. La surveillance hybride, symptomatique d'un droit pénal de la gestion et de l'anticipation des risques

Le droit pénal contemporain est un droit en réseaux. La mise en œuvre de la surveillance hybride à travers le *Cloud Act* et par le projet e-Evidence n'est autre que le produit de préoccupations sécuritaires de la part des Etats, légitimant une gestion des risques quotidienne. Le droit pénal absorbe de telles préoccupations. Tout comme l'observe *Michel Foucault*, le droit pénal se caractérise par une forme de douceur (1) et se veut être efficace (2). Ces caractéristiques révèlent que le droit pénal n'a plus pour

73 Directive 2014/41/UE, du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, J.O.U.E., L 130 du 1.5.2014, p. 1-36.

74 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux injonctions européennes de production et de conservation de preuves électroniques en matière pénale, COM (2018), 225 final, article 5.

75 *Ibidem*, article 6.

76 *Ibidem*, article 7. Voir également le projet de directive en ce sens.

objet de punir, mais uniquement de surveiller à des fins de gestion et d'anticipation des risques.

1) La douceur du droit pénal contemporain

Rappelons-nous, dans l'identification des buts de la pénalité qu'il mène, *Michel Foucault* constate un changement de paradigme du droit pénal de l'Ancien Régime occasionné par la disparition des supplices. Il relate les transformations des méthodes punitives qui prennent place. Il fait état d'une sobriété de la punition désormais empreinte d'humanité et dénuée de violence. Peu à peu il constate que le droit pénal n'a pas pour objet de punir mais de surveiller et d'assujettir le corps social dans son ensemble. Il observe néanmoins que malgré ce changement de paradigme une chose est maintenue: l'investissement du droit pénal par le pouvoir. Ces constatations l'amènent à affirmer que l'humanité et la douceur des peines donnent lieu à des punitions intrusives, privant les condamnés et leur famille de leurs libertés et de leurs droits, infligeant sur ces derniers une surveillance et un contrôle continu.

A l'aire du numérique et des nouvelles technologies, le *Cloud Act* et le règlement e-Evidence contribuent à la construction d'une nouvelle tour au sein du *panopticon 2.0* occupée par les fournisseurs de services de communications électroniques. Leurs abonnés, leurs clients alors sont les détenus de cette prison virtuelle qui restreint les libertés et limite les droits de chacun. Microsoft, Google, Apple etc. sont les nouveaux surveillants qui contrôlent les individus et coopère avec l'Etat et les forces de l'ordre afin de prévenir de nouveaux attentats. Le droit pénal de la gestion du risque, à travers sa mise en réseau orchestre la peine la plus douce qu'il soit, une surveillance diffuse et sournoise.

2) Un droit pénal efficace

Faciliter l'accès aux preuves électroniques, telle est la motivation principale qui explique la récente adoption du *Cloud Act* et l'élaboration du règlement et de la directive e-Evidence. Le droit pénal se doit d'être rapide et efficace et utiliser les mêmes méthodes que celles des criminels au XXIème siècle.⁷⁷ Néanmoins, il y a lieu de rappeler que l'efficacité du droit pénal est importante certes mais qu'elle ne fait pas partie de ses principes constitutionnels tels que la prévisibilité de la loi pénale et le principe de légalité. En effet, ces deux principes sont mis à mal lorsque le droit pénal de la surveillance du corps social dans son ensemble n'est pas prévu par un texte de loi.

De surcroit, l'efficacité ne doit pas s'effectuer au détriment des droits fondamentaux et c'est sur ce point en particulier que ni le *Cloud Act*, ni le projet e-Evidence ne font l'unanimité.

77 Commission européenne, Communiqué de presse du 17 avril 2018, « Union de la sécurité : la Commission facilite l'accès aux preuves ».

Aux Etats-Unis, *the American Civil Liberties Union* plaide pour une annulation du *Cloud Act* si celui-ci n'est pas révisé afin d'assurer un plus grand respect des droits fondamentaux, et plaide pour le maintien du système *post adoption*.⁷⁸

Dans la même veine, dans son opinion relative à la proposition de règlement e-Evidence,⁷⁹ le Comité européen de protection des données s'interroge sur la nécessité de ce dernier. Il fait notamment état du manque de justification de la part de la Commission en ce qui concerne la mise en œuvre d'un outil supplémentaire et se demande si une amélioration des outils d'ores et déjà existants ne serait pas bénéfique.⁸⁰ Le comité s'interroge en particulier sur les délais d'exécution des injonctions de productions de dix jours contre les trente jours fixés dans le cadre d'une enquête pénale considérant qu'un tel délai ne permet pas à l'autorité d'exécution un délai de réflexion suffisant pour apprécier la demande.⁸¹

Le Comité s'inquiète également de la levée du principe de double criminalité, s'arrogeant ainsi de l'obligation selon laquelle l'infraction pour laquelle est demandée l'injonction doit exister dans l'ordre juridique des deux Etats, et que l'infraction doit avoir un certain degré de gravité pour pouvoir justifier une telle injonction et son exécution.⁸² Un tel abandon est caractéristique d'un droit pénal de la surveillance qui n'a plus pour objet de punir ou de normaliser mais de surveiller le corps social dans son ensemble.

Le Comité se préoccupe du type de coopération qui prendra place entre les forces de l'ordre et les fournisseurs de services de communications électroniques. En cas d'accès direct des forces de l'ordre aux données stockées par les entreprises privées et de coopération entre ces dernières, il est important que le règlement prévoit des garanties qui s'imposeront aux entreprises permettant le respect des droits fondamentaux tels que le droit à la protection des données et le droit à la vie privée et familiale.⁸³

C'est en vertu de la protection de ces droits que le Comité rappelle que les données de contenu et les métadonnées auxquelles les forces de l'ordre peuvent avoir accès sont des données à caractère personnel puisqu'elles contiennent des données liées à des personnes identifiées ou identifiables. Il rappelle l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne *Tele2*⁸⁴ considérant également que les métadonnées ne sont certes pas des données de contenu mais permettent néanmoins d'identifier le comportement de la personne. Dès lors, il est important de protéger l'accès aux métadonnées au même titre que les données de contenu. Cet argument a été également formulé en ce qui concerne le *Cloud Act*.

78 In J. Daskal and P. Swire, « Privacy and Civil Liberties Under the CLOUD Act <https://www.lawfareblog.com/privacy-and-civil-liberties-under-cloud-act-response>, page consultée pour la dernière fois le 13 décembre 2018.

79 Opinion 23/2018 on Commission proposals on European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters (Art. 70.1.b), Adopted on 26 September 2018.

80 *Ibidem*, p. 5.

81 *Ibidem*, p. 5 et 6.

82 *Ibidem*, p. 6 et 7.

83 *Ibidem*, p. 7.

84 Arrêt du 16 décembre 2016, *Tele2 Sverige*, C-203/15 et C-698/15, EU :C :2016 :970, paragraphe 19.

Il ressort des développements ci-dessus qu'il est possible de rejoindre le raisonnement Foucauldien en observant une humanisation du droit pénal. Son objet n'est pas de punir mais d'anticiper les crimes. Or, la douceur du droit pénal a un prix, celui de la remise en cause de ses principes constitutionnels en particulier celui de la prévisibilité de la loi pénale mais plus globalement à l'atteinte aux droits fondamentaux des individus. La coopération entre les forces de l'ordre et le secteur privé ou encore la surveillance mise en œuvre par l'Etat portent atteinte à l'anonymat des citoyens dans l'espace public, à la protection des données à caractère personnel et le droit au respect à la vie privée. Ces divers instruments d'enquêtes aboutissent à la mise en œuvre d'un contrôle social renforcé. Les données générées favorisent un profilage complet des individus au profit du gouvernement, capable de déterminer ceux qui ont un profil à risques et ceux qui en sont dénué. Un tel profilage repousse les limites du panoptisme de *Michel Foucault* qui voyait en cette institution l'exercice du pouvoir disciplinaire élevé à son degré le plus haut. Le *continuum* carcéral est orchestré par l'Etat qui détient le pouvoir sécuritaire afin non pas de corriger ou de normaliser mais de surveiller, et de contrôler les individus, leurs choix, d'orienter leurs déplacements et d'amoindrir leur libre arbitre.⁸⁵ En d'autres termes, la surveillance généralisée au service de l'anticipation du terroriste a pour effet d'enfermer les individus.

Conclusion :

Que reste-il de la pensée de *Michel Foucault* aujourd'hui?

Une certaine douceur des peines, une forme d'humanisation du droit pénal comme il l'a observé. Ce dernier fait d'ores et déjà état de l'apparition du panoptisme entraînant une incarcération extra-légale révélant que le système pénal se détache de ses principes fondamentaux. Or, celui-ci n'a pas anticipé une telle ampleur de la diffusion du carcéral dans la société émanant du mélange de l'état d'exception avec le panoptisme mettant en péril, non seulement les principes constitutionnels du droit pénal mais également la démocratie, l'état de droit et la protection des droits fondamentaux.⁸⁶

85 Dans ce sens George Pavlich observe : « *It may be interesting to observe in passing that face recognition technologies also have the potential to intensify Foucault's (1977) disciplinary, panoptic gaze beyond corrective hierarchical surveillance into hyperreal, digital realms, where 'identification' enables governors to accumulate unprecedented quanta of governmental knowledge created, generated, analysed and reported digitally* ». Notre traduction : Il peut être intéressant de constater que les technologies de reconnaissance faciale ont aussi le potentiel d'intensifier le regard disciplinaire et panoptique de Foucault (1977) au-delà de la surveillance hiérarchique corrective dans des domaines hyperréalistes et numériques où l'identification permet aux gouvernants d'accumuler des quanta sans précédent de connaissances gouvernementales créées, générées, analysées et rapportées numériquement. Pavlich, G. (2009). The subjects of criminal identification. *Punishment & Society*, 11(2), p. 178.

86 En particulier ceux prévus aux articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *J.O.C.E.*, C 326 du 26.10.2012, p. 391-407.