

**Faculté de droit et de criminologie**

**Les notions de « *discipline* » (Michel FOUCAULT) et « *contrôle* » (Gilles DELEUZE) ; itinéraire d'une analyse au travers de leurs représentations dans le système juridique belge et de la théorie du Nudge**

Auteur : REMY Marine

Promoteur(s) : COPPENS Philippe

Année académique : 2022-2023

Intitulé du master et de la finalité : DROI2MS/ET  
(Master à finalité spécialisée : État et Europe)

## Plagiat et erreur méthodologique grave

---

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation\*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

\* À ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Je tiens à remercier, tout particulièrement, mon Promoteur et Professeur, Philippe COPPENS et le Professeur Nicolas ZDANOWICZ pour leur soutien sans commune mesure depuis la naissance réflexive jusqu'à la rédaction de ce mémoire.

À Lionel, mon grand frère, sans qui l'espoir n'aurait été qu'un mot de plus dans mon vocabulaire. Tu as cru en moi dès le premier jour, dès ma naissance. Tu es et tu resteras à tout jamais mon héros.

À mes parents de m'avoir offert ce cadeau merveilleux qu'est la vie et d'avoir toujours pris mon parti dans les moments les plus difficiles.

À mon Bopa.

REMY Marine.

## Table des matières

|                                                                                                                                                                                                                                                 |           |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>Introduction .....</b>                                                                                                                                                                                                                       | <b>1</b>  |
| <b>Chapitre 1. Définition juridique et philosophique des notions de « discipline » et de « contrôle » ; les réflexions de Michel FOUCAULT et Gilles DELEUZE .....</b>                                                                           | <b>4</b>  |
| <b>Section 1. La « discipline » des corps ; une réponse aux maux de la société ? .....</b>                                                                                                                                                      | <b>4</b>  |
| Sous-section 1.1. Définition philosophique/sociologique (FOUCAULT/DELEUZE).....                                                                                                                                                                 | 4         |
| Sous-section 1.2. Définition juridico-philosophique de la notion de « discipline » .....                                                                                                                                                        | 8         |
| <b>Section 2. Le « contrôle » des individus ; une forme de justice préventive ou tout autre chose ? .....</b>                                                                                                                                   | <b>10</b> |
| Sous-section 2.1. Définition philosophique/sociologique (FOUCAULT/DELEUZE).....                                                                                                                                                                 | 10        |
| Sous-section 2.2. Définition juridico-philosophique de la notion de « contrôle » .....                                                                                                                                                          | 15        |
| <b>Section 3. Confrontation des définitions et analyse des divergences/convergences entre les différents auteurs (DELEUZE et FOUCAULT) .....</b>                                                                                                | <b>16</b> |
| Sous-section 3.1. La notion de « discipline » contient-elle des convergences/divergences dans la pensée des auteurs ? 17                                                                                                                        |           |
| Sous-section 3.2. La notion de « contrôle » contient-elle des divergences/convergences dans la pensée des auteurs ? . 19                                                                                                                        |           |
| <b>Chapitre 2. Les notions de « contrôle » et de « discipline » analysées à l'aune de la loi du 12 janvier 2005 ainsi qu'une focale sur quelques arrêts de jurisprudence (de Belgique et de la Cour européenne des droits de l'homme) .....</b> | <b>22</b> |
| <b>Section 1. Les notions de « discipline » et de « contrôle » développées par Michel FOUCAULT et Gilles DELEUZE se retrouvent-elles dans la loi du 12 janvier 2005 ? .....</b>                                                                 | <b>22</b> |
| Sous-section 1.1. La « discipline » telle que définie par Michel FOUCAULT est-elle de rigueur dans la loi du 12 janvier 2005 ? .....                                                                                                            | 22        |
| Sous-section 1.2. La notion de « contrôle » à l'aune de la loi du 12 janvier 2005 ; un réel changement sociétal ? .....                                                                                                                         | 28        |
| <b>Section 2. Les notions de « discipline » et de « contrôle » développées par Michel FOUCAULT et Gilles DELEUZE se retrouvent-elles dans la jurisprudence belge/CEDH ? .....</b>                                                               | <b>34</b> |
| Sous-section 2.1. La sanction propre à la notion de « discipline » disparaît-elle vraiment avec la mise en place du « contrôle » dans la jurisprudence belge/CEDH ? .....                                                                       | 34        |
| Sous-section 2.2. La volonté de contrôler les groupes humains se retrouve-t-elle dans la jurisprudence belge/CEDH de ces dernières années ? .....                                                                                               | 40        |
| <b>Chapitre 3. Le rôle de l'État belge dans ces concepts de « contrôle » et « discipline » ? Une explication de la théorie du Nudge (ou paternalisme libéral) au regard des définitions de Michel FOUCAULT et Gilles DELEUZE .....</b>          | <b>44</b> |
| <b>Section 1. Le « contrôle collectif » une nouvelle méthode de surveillance des individus particuliers (la théorie du Nudge) .....</b>                                                                                                         | <b>44</b> |
| Sous-section 1.1. La théorie du « Nudge » ou de « paternalisme libéral » ; explication et mise en pratique à l'aune des définitions de « discipline » de Michel FOUCAULT et de « contrôle » de Gilles DELEUZE .....                             | 44        |
| Sous-section 1.2. De nouveaux moyens juridiques permettant de désengorger les tribunaux et de rattraper l'arriéré judiciaire ? (surveillance électronique, etc.) .....                                                                          | 50        |
| <b>Section 2. Les impacts d'un contrôle et d'une surveillance constante entre les individus ; une critique foucauldienne de la théorie du Nudge .....</b>                                                                                       | <b>53</b> |
| Sous-section 2.1. Le contrôle collectif (dit « la théorie Nudge ») permet-il d'éviter la criminalité ou d'asseoir de meilleurs rapports entre les individus ? .....                                                                             | 53        |
| <b>Conclusion .....</b>                                                                                                                                                                                                                         | <b>60</b> |
| <b>Bibliographie .....</b>                                                                                                                                                                                                                      | <b>1</b>  |

## Introduction

Dans un premier temps, nous aborderons les notions de « *discipline* » et de « *contrôle* », telles que développées par Michel FOUCAULT (pensant Jeremy BENTHAM)<sup>1</sup> et Gilles DELEUZE (pensant Michel FOUCAULT - **chapitre 1**)<sup>2</sup>. Partant, la notion de « *discipline* » sera analysée au regard des réflexions de Michel FOUCAULT sur le Panoptique de Jeremy BENTHAM. Qu'est-ce que le Panoptique (1) ? Quel est son rapport au pouvoir (2) ? Quelles en sont les conséquences sur les individus (3) ? Autant de questions permettant de circonscrire les caractéristiques essentielles d'une société dite « *disciplinaire* ». (1) Le Panoptique est un bâtiment en anneau avec en son centre une tour (l'espace de surveillance du gardien). La caractéristique principale de ce bâtiment est simple, les individus sont vus par les gardiens mais ils ne peuvent pas les voir en retour<sup>3</sup>. (2) Michel FOUCAULT, aperçoit dans le Panoptique de Jeremy BENTHAM<sup>4</sup>, un dispositif fonctionnel qui vise à améliorer l'exercice du pouvoir en le rendant plus rapide, plus léger et plus efficace. Dès lors, la « *discipline* » est un type de pouvoir ainsi qu'une modalité pour l'exercer<sup>5</sup>. (3) La conséquence visible du Panoptique sur les individus est qu'ils sont dans un état conscient et permanent de visibilité. Cet état assure le fonctionnement du pouvoir, de la « *discipline* »<sup>6</sup>. Suivant, Gilles DELEUZE, critique la pensée de Michel FOUCAULT concernant la notion de « *discipline* »<sup>7</sup>. Selon lui, le Panoptique est plus fort que les verrous. Il ne cherche pas seulement à agir sur les corps par l'infliction de la douleur physique mais avant tout sur l'esprit<sup>8</sup>. De plus, la notion de « *discipline* » se retrouve-t-elle dans l'ordonnancement juridique ? Herbert HART, semble être l'auteur approprié pour expliquer la pensée « *utilitariste* » propre au Panoptique de Jeremy BENTHAM<sup>9</sup>. En ce sens, le système social qu'est le système juridique regroupe des règles d'évaluation que les individus reçoivent et qui engagent leur comportement et celui des autres (**section 1**)<sup>10</sup>. Ensuite, nous analyserons la notion de « *contrôle* » développée par Gilles DELEUZE et Michel FOUCAULT. Cette dernière est caractérisée par une transformation dans les conceptions de l'espace, du temps et de leurs rapports. Selon Gilles DELEUZE, le passage d'une société disciplinaire à une société de « *contrôle* » est le passage de milieux clos

---

<sup>1</sup> M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975/1993, pp. 228 à 264.

<sup>2</sup> G. DELEUZE, *Foucault*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1986, p. 31.

<sup>3</sup> M. FOUCAULT, *op. cit.*, p. 234.

<sup>4</sup> J. BENTHAM, *Le panoptique*, Paris, Belfond, 1977, pp. 5 à 8.

<sup>5</sup> M. FOUCAULT, *op. cit.*, p. 251.

<sup>6</sup> M. FOUCAULT, *op. cit.*, p. 234.

<sup>7</sup> G. DELEUZE, *op. cit.*, p. 31.

<sup>8</sup> J. READ, « Le post-scriptum comme préface : théoriser le contrôle après Deleuze », *Variations*, 24/2021, p. 2.

<sup>9</sup> H.-L.-A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976, pp. 1 à 314.

<sup>10</sup> J.-Y. CHÉROT, « Actes du colloque d'Aix du 26 novembre 2006 : Introduction », *R.I.E.J.*, 2007/2, p. 11.

à des milieux ouverts<sup>11</sup>. Des exemples comme le « *capitalisme* », « *l'entretien* », etc. seront analysés sous le joug de cette notion de « *contrôle* ». Michel FOUCAULT, quant à lui, démontre la progressive disparition des milieux d'enfermement. Il introduit le concept de « *contrôle social* » comme dispositif ouvrant à la conversion de la société disciplinaire. À cela, Gilles DELEUZE ajoute que le passage d'une société disciplinaire à une société de « *contrôle* » est, en partie, dû aux nouvelles technologies numériques (**section 2**). Enfin, nous confronterons les définitions de « *discipline* » et de « *contrôle* » (propres à Michel FOUCAULT et Gilles DELEUZE) et reproduirons un tableau regroupant les caractéristiques essentielles d'une société disciplinaire et d'une société de « *contrôle* » (**section 3**).

Dans un deuxième temps, nous nous attarderons sur l'application des notions de « *contrôle* » et de « *discipline* » au départ de la loi du 12 janvier 2005<sup>12</sup> ainsi que sur quelques arrêts de jurisprudence (Belgique ou Cour européenne des droits de l'homme - **chapitre 2**). Tout d'abord, les notions de « *discipline* » et de « *contrôle* » se retrouvent-elles dans la loi citée ci-devant ? Concernant la notion de « *discipline* », l'article 122 de la loi du 12 janvier 2005<sup>13</sup> nous permettra d'analyser le concept « *normalisation* » propre à la pensée de Michel FOUCAULT<sup>14</sup>. Un détour par le Panoptique - dans sa conception architecturale - de Jeremy BENTHAM sera l'occasion de réitérer nos propos sur le pouvoir et ses conséquences sur les détenus que ce soit au niveau du « *contrôle* » ou de la « *discipline* »<sup>15</sup>. Ensuite, la notion de « *contrôle* », telle qu'analysée par Gilles DELEUZE, sera envisagée au travers de l'article 43 §1<sup>er</sup> de la loi du 12 janvier 2005<sup>16</sup> (sécurité passive et sécurité active) et nous repasserons sur la notion de « *contrôle social* » de Michel FOUCAULT, en l'exemplifiant au travers de l'article 41 de la loi du 12 janvier 2005<sup>17</sup>. De plus, comme précisée ci-dessus, la notion de « *contrôle* » est étroitement liée aux nouvelles technologies et aux nouveaux moyens de télécommunication. Pour ce faire, nous conclurons cette section au travers de la théorie du Nudge (son rapport avec la « *législation indirecte* » développée par Herbert HART et Jeremy BENTHAM<sup>18</sup>) et l'article 65 de la loi du 12 janvier 2005<sup>19</sup> (**section 1**). Dans la deuxième section de ce chapitre, nous

<sup>11</sup> E. DA SILVA (dir.), *Foucault-Deleuze : de la discipline au contrôle*, Lyon, ENS Éditions, 2003, pp. 59 à 73.

<sup>12</sup> Loi de principes du 12 janvier 2005 concernant l'administration des établissements pénitentiaires ainsi que le statut juridique des détenus, *M.B.*, 1<sup>er</sup> février 2005.

<sup>13</sup> Loi de principes du 12 janvier 2005 précitée, art. 122.

<sup>14</sup> M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population – Cours au Collège de France. 1977-1978*, Paris, Seuil/Gallimard, 2004, pp. 57 à 81.

<sup>15</sup> J. BENTHAM, *op. cit.*, pp. 5 à 8.

<sup>16</sup> Loi de principes du 12 janvier 2005 précitée, art. 43, §1<sup>er</sup>.

<sup>17</sup> Loi de principes du 12 janvier 2005 précitée, art. 41.

<sup>18</sup> H.-L.-A. HART, *op. cit.*, pp. 1 à 314.

<sup>19</sup> Loi de principes du 12 janvier 2005 précitée, art. 65.

analyserons plusieurs arrêts de jurisprudence concernant la (1) « *discipline* » et le (2) « *contrôle* ». (1) Nous débiterons par les arrêts *WADEH*<sup>20 21</sup> devant le Conseil d'État du 21 décembre 2001 et 15 janvier 2002 (ils amorceront la distinction entre les notions de « *discipline* » et de « *contrôle* » régnant dans les milieux d'enfermement). Partant, un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, l'arrêt *BAMOUHAMMAD c. Belgique*<sup>22</sup> du 17 février 2016, ajoutera des éléments à cette distinction. L'arrêt *JEANTY c. Belgique*<sup>23</sup> du 31 juillet 2020, quant à lui, appuiera la notion vue précédemment de « *normalisation* »<sup>24</sup>. (2) Concernant la notion de « *contrôle* » nous analyserons les arrêts suivants : l'arrêt *TEKIN et ARSLAN c. Belgique*<sup>25</sup> et l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*<sup>26</sup> du 21 janvier 2011 (**section 2**). Ces deux arrêts, nous permettrons de circonscrire la notion de « *contrôle* » - développée par Gilles DELEUZE - afin d'analyser son rapport étroit avec les nouvelles technologies de surveillance des individus et la théorie du Nudge.

Enfin, le chapitre final, s'ouvrira sur une analyse de la théorie du Nudge à l'aune des définitions de « *discipline* » et de « *contrôle* » telles que développées dans les chapitres précédents par Michel FOUCAULT et Gilles DELEUZE (**chapitre 3**). Nous produirons un tableau schématique regroupant les caractéristiques principales des notions de « *discipline* » et de « *contrôle* » pour y ajouter les éléments centraux de la théorie du Nudge. Dès lors, il s'agira artificiellement de déterminer si la théorie du Nudge relève plus du domaine de la « *discipline* » ou de celui du « *contrôle* ». Il est tout à fait envisageable qu'elle se situe à l'interface de ces deux domaines. Ensuite, nous repasserons sur certains articles de la loi du 12 janvier 2005<sup>27</sup> et sur certains arrêts de jurisprudence - précédemment analysés - pour savoir si le Nudge est en mesure d'y produire sa pleine et entière efficacité (**section 1**). Tout ceci nous amènera à une critique foucaldienne de la théorie du Nudge. À savoir, est-ce que ce « *contrôle collectif* » (ce « *paternalisme libéral* ») peut être rapproché de la notion de « *contrôle* » propre à Gilles DELEUZE tout en invisibilisant son caractère disciplinaire ? Est-ce que la théorie du Nudge peut être mise au service de l'État dans la gestion des individus ? Faut-il s'en méfier ? Que pouvons-nous légitimement craindre si application de cette théorie du Nudge au niveau national il y a ?

---

<sup>20</sup> C.E. (11<sup>e</sup> ch. réf.), 21 décembre 2001, n° 102.343, WADEH.

<sup>21</sup> C.E. (11<sup>e</sup> ch. réf.), 15 janvier 2002, n° 102.527, WADEH.

<sup>22</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Bamouhammad c. Belgique*, 17 février 2016.

<sup>23</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Jeanty c. Belgique*, 31 juillet 2020.

<sup>24</sup> M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population...*, op. cit., pp. 57 à 81.

<sup>25</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Tekin et Arslan c. Belgique*, 5 décembre 2017.

<sup>26</sup> Cour eur. D.H., arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011.

<sup>27</sup> Loi de principes du 12 janvier 2005 précitée.

(section 2) Toutes ces questions nous accompagneront lors de la conclusion de ce mémoire. LA plus importante demeure toutefois : *existe-t-il une nette séparation entre la société de « contrôle » de Gilles DELEUZE et la société « disciplinaire » de Michel FOUCAULT ?*

## **Chapitre 1. Définition juridique et philosophique des notions de « discipline » et de « contrôle » ; les réflexions de Michel FOUCAULT et Gilles DELEUZE**

Ce chapitre se concentrera sur la définition juridique et philosophique des notions de « discipline » (Section 1) et de « contrôle » (Section 2) dans la philosophie de Michel FOUCAULT et dans la relecture de cette approche proposée par Gilles DELEUZE. Ensuite, nous pourrons jeter les bases d'une éventuelle différence/convergence entre ces deux notions et ce grâce à une confrontation/analyse des définitions exprimées par les différents auteurs (Section 3).

### **Section 1. La « discipline » des corps ; une réponse aux maux de la société ?**

#### **Sous-section 1.1. Définition philosophique/sociologique (FOUCAULT/DELEUZE)**

Tout d'abord, Michel FOUCAULT dans son livre « *surveiller et punir* » aborde le panoptisme de Jeremy BENTHAM<sup>28</sup>. Il considère le panoptisme comme un espace découpé, immobile et figé dans lequel le simple fait de bouger sans en avoir l'autorisation entraîne une punition<sup>29</sup>. Il s'ensuit que la surveillance s'opère partout et tout le temps et ce par des individus dont le rôle est déterminé préalablement. Chaque individu a une place déterminée dans une cage/cellule mais aussi un poste qui lui est conféré à une fenêtre. Ces individus doivent répondre à leur nom quand ils sont interpellés ; ce qui permet une identification formelle ainsi qu'une répartition organisée de chacun dans l'espace social<sup>30</sup>. De plus, il existe un système d'enregistrement permanent complété par des rapports détaillés des fonctions de chacun. Tout est millimétré dans le temps et dans l'espace. Les décisions individuelles n'existent pas et elles sont par ailleurs proscrites. Ce modèle est celui d'un espace clos, découpé et surveillé, où tous

---

<sup>28</sup> M. FOUCAULT, *Surveiller et punir...*, op. cit., pp. 229 à 264.

<sup>29</sup> M. FOUCAULT, *Surveiller et punir...*, op. cit., p. 229.

<sup>30</sup> M. FOUCAULT, *Surveiller et punir...*, op. cit., p. 230.

les individus ont une place fixe<sup>31</sup>. Dès lors, la « *société punitive* » de Michel FOUCAULT, trouve déjà sa place à ce stade. L'enfermement en vient à jouer un rôle qui comporte trois caractéristiques distinctes : (1) il intervient dans la distribution spatiale des individus (les enfermer permet de fixer leur place et éviter qu'ils ne se déplacent), (2) et il intervient aussi au niveau de la conduite des individus. L'enfermement sanctionne à un niveau infrapénal (par exemple : des discours, des refus d'autorité, etc.) c'est-à-dire qu'il intervient davantage au nom de la régularité et de l'ordre que de la loi. (3) Enfin, l'enfermement échappe en partie au contrôle de la justice<sup>32</sup>.

Le pouvoir s'exerce sans partage selon une figure hiérarchique continue et dans lequel l'individu est sans cesse repéré, examiné, distribué entre les vivants, tout cela constitue un modèle compact du dispositif disciplinaire<sup>33</sup>. Mais qu'est-ce que la « *discipline* » ? C'est un pouvoir d'analyse, procédant d'une hantise des révoltes, des crimes et du désordre. Le panoptisme opère des « *séparations multiples, des distributions individualisantes, une organisation des surveillances et des contrôles* ». Dès lors, nous apercevons ici que le « *contrôle* » (défini ci-après) a une place secondaire mais non totalement hétérogène à la notion de « *discipline* »<sup>34</sup>.

Le *Panopticon* de Jeremy BENTHAM est un bâtiment en anneau avec en son centre une tour. Le bâtiment en tant que tel est découpé en cellules et tapissé de fenêtres aussi bien extérieures qu'intérieures. La tour est l'espace de surveillance du gardien<sup>35</sup>. De ce fait architectural découle une réalité simple, les individus dans les cellules sont vus par les gardiens mais ils ne peuvent pas les voir en retour. Ce qui semblait être à la base était une collection d'individus enfermés - peut-être même une potentielle communauté - est abolie au profit d'une collection d'individualités séparées ayant la capacité de se voir sans se parler<sup>36</sup>. Ainsi, du point de vue du gardien dans la tour, cette foule est remplacée par une multiplicité dénombrable et contrôlable. C'est l'effet majeur du Panoptique, induire chez le détenu un état conscient et permanent de visibilité qui assure le fonctionnement du pouvoir, de la discipline<sup>37</sup>. Une explication de ce mécanisme pourrait être démontrée comme suit. Pour que le Panoptique fonctionne, il est

---

<sup>31</sup> M. FOUCAULT, *Surveiller et punir...*, op. cit., p. 230.

<sup>32</sup> M. FOUCAULT, *Dits et écrits 1954-1975*, Paris, Quarto Gallimard, 2001, pp. 1332 à 1333.

<sup>33</sup> M. FOUCAULT, *Surveiller et punir...*, op. cit., pp. 230 à 232.

<sup>34</sup> M. FOUCAULT, *Surveiller et punir...*, op. cit., pp. 230 à 232.

<sup>35</sup> J. BENTHAM, op. cit., pp. 5 à 8.

<sup>36</sup> M. FOUCAULT, *Surveiller et punir...*, op. cit., p. 234.

<sup>37</sup> M. FOUCAULT, *Surveiller et punir...*, op. cit., p. 234.

important que le détenu pense qu'il est sans cesse surveillé (avoir une vue sur la tour) sans pour autant être sûr que c'est bien le cas (il ne sait pas si un gardien l'observe réellement). La différence fondamentale peut être résumée comme suit : (1) le détenu est toujours vu par les gardiens mais il ne peut jamais les voir et (2) le gardien n'est jamais vu par les détenus mais il les voit à tout instant<sup>38</sup>. Dans la pensée de Jeremy BENTHAM, l'individu soumis à un « *champ de visibilité* » et qui le sait, reprend sans cesse pour lui les contraintes du pouvoir et devient le principe de son propre assujettissement<sup>39</sup>. En outre, il est important d'ajouter que le Panoptique constitue un appareil de contrôle sur ses propres mécanismes (les gardiens sont épiés par les directeurs, etc.) donc tout le monde est - si l'on se passe l'expression - logé à la même enseigne<sup>40</sup>.

Michel FOUCAULT aperçoit dans le Panoptique de Jeremy BENTHAM, un dispositif fonctionnel qui vise à améliorer l'exercice du pouvoir en le rendant plus rapide, plus léger et plus efficace. En somme, « *des coercitions subtiles, des inflections considérées comme naturelles par les individus dans le but de garantir une société future où le mot d'ordre est la sécurité* »<sup>41</sup>. En soi, la discipline ne peut être identifiée ni comme une institution ni comme un appareil. Elle est un type de pouvoir, une modalité pour l'exercer, comportant en elle tout un ensemble d'instruments, de techniques, de cibles. Elle peut se résumer comme « *une physique ou une anatomie du pouvoir* »<sup>42</sup>. La « *discipline* » comme physique du pouvoir, tente de se définir au travers de trois critères : (1) rendre l'exercice du pouvoir le moins coûteux possible, (2) faire que les effets de ce pouvoir social soient maximisés dans leur intensité et dispersés le plus loin possible et (3) faire croître la docilité et l'utilité de tous les éléments du système<sup>43</sup>. Enfin, il faut voir la « *discipline* » comme une sorte de contre-droit. Elle introduit des dissymétries insurmontables et exclut les réciprocités. Au contraire, là où les systèmes juridiques qualifient les sujets de droit selon des normes universelles, la « *discipline* » caractérise, classifie, spécialise, répartit autour d'une norme et hiérarchise les individus les uns par rapport aux autres<sup>44</sup>.

Ensuite, Gilles DELEUZE dans son livre intitulé « *Foucault* » en vient à critiquer la

---

<sup>38</sup> M. FOUCAULT, *Surveiller et punir...*, *op. cit.*, p. 235.

<sup>39</sup> J. BENTHAM, *op. cit.*, pp. 8 à 11.

<sup>40</sup> M. FOUCAULT, *Surveiller et punir...*, *op. cit.*, p. 238.

<sup>41</sup> M. FOUCAULT, *Surveiller et punir...*, *op. cit.*, pp. 244 à 247.

<sup>42</sup> M. FOUCAULT, *Surveiller et punir...*, *op. cit.*, p. 251.

<sup>43</sup> M. FOUCAULT, *Surveiller et punir...*, *op. cit.*, p. 254.

<sup>44</sup> M. FOUCAULT, *Surveiller et punir...*, *op. cit.*, p. 259.

pensée de ce dernier ainsi que sa nouvelle conception du pouvoir<sup>45</sup>. Pour ce faire, il part de plusieurs postulats tirés du livre « *Surveiller et punir* » de Michel FOUCAULT<sup>46</sup>. Le postulat de départ est résumé comme suit ; « *le pouvoir serait moins la propriété d'une classe qui l'aurait acquis, qu'une stratégie dont les effets sont dus à des dispositions, des tactiques, des techniques et fonctionnements* ». Ce pouvoir s'exerce plutôt qu'il se possède, il n'est pas le privilège d'une classe dominante mais l'effet d'un nombre de positions stratégiques<sup>47</sup>. Ensuite, le second postulat est celui de la localisation, en ce sens que le pouvoir serait celui de l'État et les pouvoirs privés ne seraient que des appareils d'État spéciaux. Michel FOUCAULT, quant à lui, démontre que l'État est un effet d'ensemble, le résultat d'une multiplicité de rouages et de foyers qui se situent à un niveau différent et qui constituent une microphysique du pouvoir<sup>48</sup>. Dès lors, les pouvoirs privés sont des pièces explicites de l'appareil d'État. Ce dernier ne vient qu'entériner, contrôler ou couvrir leurs fonctionnements<sup>49</sup>. Attention, c'est ici qu'intervient la notion de « *discipline* », non pas comme une institution mais comme un pouvoir qui traverse l'État, les institutions pour les relier, les prolonger, les faire converger. Le pouvoir n'est donc pas un attribut capable de qualifier ceux qui le possèdent (dominants) en le distinguant de ceux qui le subissent (dominés). Au contraire, il serait sollicité par les plus humbles (parents, collègues, voisins) car la relation de pouvoir s'insère partout où il y a des singularités, des rapports de forces<sup>50</sup>. De plus, là où l'on pourrait croire que le pouvoir opère avec violence et répression, dans les sociétés « *disciplinaires* », il se traduit par des actions visant à répartir, normaliser, sérier ou composer les individus. Le pouvoir est donc un producteur du réel et non de répression<sup>51</sup>. En outre, la vision du Panoptique de Michel FOUCAULT selon Gilles DELEUZE, n'est plus « *voir sans être vu* » mais « *imposer une conduite quelconque à une multiplicité humaine quelconque* »<sup>52</sup>.

Dès lors, pour Gilles DELEUZE, la « *discipline* » décrite par Michel FOUCAULT opère dans des lieux nécessairement fermés - l'école, la prison, l'asile psychiatrique - comme une forme de pouvoir<sup>53</sup>. Ce pouvoir est d'autant plus persuasif qu'il devient moins matériel, moins focalisé sur l'infliction de la douleur physique ou même l'enfermement, agissant à travers des

---

<sup>45</sup> G. DELEUZE, *op. cit.*, p. 31.

<sup>46</sup> M. FOUCAULT, *Surveiller et punir...*, *op. cit.*, p. 238.

<sup>47</sup> G. DELEUZE, *op. cit.*, p. 33.

<sup>48</sup> B. MAZABRAUD, « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, 2010/2, pp. 127 à 130.

<sup>49</sup> G. DELEUZE, *op. cit.*, p. 33.

<sup>50</sup> G. DELEUZE, *op. cit.*, p. 36.

<sup>51</sup> G. DELEUZE, *op. cit.*, p. 36.

<sup>52</sup> G. DELEUZE, *op. cit.*, p. 41.

<sup>53</sup> J. READ, *op. cit.*, p. 2.

perceptions et des idées plutôt que directement sur des corps. Le Panoptique est plus fort que les verrous, plus sûr que la cellule, car il ne cherche pas à contenir les corps mais agit sur l'esprit<sup>54</sup>.

### Sous-section 1.2. Définition juridico-philosophique de la notion de « discipline »

Que peut-être la « discipline » telle que développée par FOUCAULT dans le monde juridique ? Si l'on remonte aux peuples dits « *primitifs* », la notion de vengeance n'était que très rarement codifiée par des lois/des usages, elle était donc privée (la justice était automatique, irraisonnée, aussi vieille que l'homme). Si codification ou coutume venait à définir la vengeance afin qu'elle n'excède pas l'outrage, c'est la loi du talion qui était de mise (reposant entre autres sur des règles religieuses). Cependant, règles et codes sont nés de la réflexion des hommes permettant le passage d'un chaos total à une « discipline » rigoureuse assurant le vivre ensemble<sup>55</sup>. Traditionnellement, la mort comme perte et la mort comme restauration sont événementialisées et distinguées dans la vengeance (mortelle). Elle crée une opposition entre le crime et la juste revanche. L'analyse classique du droit pénal de DURKHEIM nous apprend que toute sanction légale est fondée sur le partage d'un sentiment d'outrage, qui est motivé par un désir de « vengeance ». Cette vengeance repose sur une idée forte, qui est même un principe démocratique, celle de la substituabilité des individus dans la vie comme dans la mort<sup>56</sup>. De plus, c'est entre autres l'invention de l'écriture qui a permis de conserver des exemples de lésion/réparation et donc d'édicter des règles colligées sous forme de lois et de codes. Repensant aux peuples « primitifs », l'adoption de ces règles a entraîné le recul de la vengeance privée et un embryon de droit est né, puis s'est développé<sup>57</sup>. Cependant, on aperçoit qu'au fil du temps, le droit n'est plus affaire de juristes généralistes mais de spécialistes. Il se décortiqua en branches, sans cesse ramifiées. Dès lors, il ne fut plus l'affaire d'un souverain mais d'une multiplicité d'individus. Cette ramification, toujours plus large du droit, sembla, petit à petit, menacée par d'autres disciplines telles que la sociologie<sup>58</sup>. C'est dans cette situation de peur que le droit se munit d'un langage propre. Il s'enferma à la suite d'un mouvement que l'on pourrait caractériser de « *repli identitaire* », privilégiant le découpage du champ social et la

---

<sup>54</sup> J. READ, *op. cit.*, p. 2.

<sup>55</sup> P. LUCAS, *Histoire de la réparation des préjudices corporels*, Wavre, Anthémis, 2020, p. 83.

<sup>56</sup> T. ASAD, « Sur les attentats-suicides », *La revue des études arabes*, 2007/15, pp. 123 à 130.

<sup>57</sup> P. LUCAS, *op. cit.*, p. 86.

<sup>58</sup> J.-L. HALPÉRIN, « L'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire ? », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, 2001/1, p. 26.

répartition des individus à l'intérieur de ce dernier<sup>59</sup>.

Ensuite et s'agissant de la définition juridico-philosophique de la « *discipline* », un auteur semble approprié. Herbert HART<sup>60</sup>, proche de la pensée de Jeremy BENTHAM concernant le Panoptisme, nous apprend que sa vision du droit est avant tout « *utilitariste* »<sup>61</sup>. Le positivisme benthamien est caractérisé par (1) l'analyse des concepts juridiques et (2) le fait qu'il n'y a pas de connexion nécessaire entre le droit et la morale, c'est-à-dire entre le droit tel qu'il est et le droit tel qu'il devrait être. Dès lors, selon Jeremy BENTHAM, la mise par écrit est une condition nécessaire mais non suffisante qui doit permettre d'arriver à un corps complet de législation. Donc, que des règles soient écrites ne suffit pas à en faire des lois. Pour preuve, selon Jeremy BENTHAM, le droit coutumier ne mérite pas, à proprement parler, la qualification de droit et cela parce que la matière juridique reprise dans ces recueils n'est pas organisée de façon systématique<sup>62</sup>. On voit par-là que l'idéal benthamien de codification va au-delà de la simple codification quantitative qui se contente de rassembler les matériaux juridiques dans un document unique. En ce sens, pour Jeremy BENTHAM, la systématique du droit ne découle pas du droit lui-même mais plutôt de « *l'application à la masse informe des lois et principes qui lui sont extérieurs* »<sup>63</sup>. Par prolongation de cette thèse, Herbert HART, ajoute que les règles ont une signification sémantique. Cependant, face à des cas difficile - « *hard cases* » - la signification de la règle devient périphérique et ce parce qu'elle est floue, ambiguë. Dans de tels cas, Herbert HART, explique que les règles ne sont plus à même de guider la décision du juge. C'est le pouvoir discrétionnaire de ce dernier qui prend le pas sur la règle formelle<sup>64</sup>. En outre, ces décisions discrétionnaires deviennent des décisions qu'on peut qualifier de « *disciplinaires* »<sup>65</sup>.

De plus, un système social tel que le système juridique doit être compris comme regroupant des règles d'évaluation que les individus reçoivent et qui engagent leur comportement et celui des autres<sup>66</sup>. Les individus se doivent d'accepter ce rôle de la règle de droit parce qu'elle est

---

<sup>59</sup> J.-L. HALPÉRIN, *ibidem*, p. 26.

<sup>60</sup> H.-L.-A. HART, *op. cit.*, pp. 1 à 314.

<sup>61</sup> P. GÉRARD, F. OST et M. van de KERCHOVE (dir.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1987, pp. 301 à 352.

<sup>62</sup> P. GÉRARD, F. OST et M. van de KERCHOVE (dir.), *ibidem*, pp. 301 à 352.

<sup>63</sup> P. GÉRARD, F. OST et M. van de KERCHOVE (dir.), *ibidem*, pp. 301 à 352.

<sup>64</sup> H.-L.-A. HART, *op. cit.*, pp. 1 à 314.

<sup>65</sup> M. LA TORRE, « Le modèle hiérarchique et le Concept de droit de Hart », *Revus*, 2013/21, p. 130.

<sup>66</sup> J.-Y. CHÉROT, *op. cit.*, pp. 10 à 11.

accompagnée d'une menace de sanction telle que l'enfermement<sup>67</sup>. La loi étant une gestion de l'illégalisme, les pouvoirs « *disciplinaires* » découpent et formalisent des infractions sous le terme de « *délinquance* » qui permettent de mettre en place un nouveau système de contrôle des individus<sup>68</sup>. Dès lors et d'une manière assez continue dans l'histoire, l'évolution de la notion « *d'individu dangereux* » qui n'accepte pas la règle de droit, parasite ce dernier par des savoirs-expertises disciplinaires entraînant une refonte du droit dans sa globalité<sup>69</sup>. Attention doit tout de même être portée au fait que cette refonte du droit a tenu compte de l'invention du concept de « *responsabilité sans faute* », permettant à l'individu de se départir de la règle de droit sous certaines conditions. Ce qui annonça une société à la fois libérale, assurantielle et sécuritaire permettant de détendre les disciplines, d'assouplir ou de démultiplier les normes tout en rendant possible une dérive, un engrenage sécuritaire et démagogique. Dès lors, la « *discipline* » ne disparaît pas avec une refonte du droit au contraire, elle devient multiforme et circule autant à l'intérieur qu'à l'extérieur du système juridique<sup>70</sup>.

En outre, on a pu remarquer que l'ascendant gouvernemental du « *néolibéralisme* » n'a aucunement amoindri la punitivité (« *discipline* ») de cette société, bien au contraire<sup>71</sup>. Le droit, selon Michel FOUCAULT donne à voir sa pleine puissance à l'intérieur de l'État, autoritaire et absolu (il sert de leurre, il dissimule les techniques disciplinaires)<sup>72</sup>.

## **Section 2. Le « *contrôle* » des individus ; une forme de justice préventive ou tout autre chose ?**

### **Sous-section 2.1. Définition philosophique/sociologique (FOUCAULT/DELEUZE)**

Premièrement, à l'intérieur de la pensée foucaldienne, que peut-on considérer comme du « *contrôle* » ? Il est intéressant de voir que Michel FOUCAULT était déjà conscient du passage d'une société dite « *disciplinaire* » à une société dite de « *contrôle* »<sup>73</sup>. Au début du vingt et unième siècle, l'entre-deux se forge entre un maintien des techniques disciplinaires résiduelles

---

<sup>67</sup> J.-Y. CHÉROT, *op. cit.*, p. 11.

<sup>68</sup> G. DELEUZE, *op. cit.*, p. 37.

<sup>69</sup> C. GORDON, « Le possible : alors et maintenant. Comment penser avec et sans Foucault autour du droit pénal et du droit public », *Cultures & Conflits*, 2014, pp. 124 à 125.

<sup>70</sup> C. GORDON, *ibidem*, p. 125.

<sup>71</sup> C. GORDON, *ibidem*, p. 128.

<sup>72</sup> J. GRANGE, « Statophobie, antijuridisme et critique du libéralisme dans les dernières œuvres de Bourdieu et Foucault », *Presses Universitaires de France*, 2012/3, pp. 92 à 94.

<sup>73</sup> E. DA SILVA (dir.), *op. cit.*, p. 59.

(écoles, prisons, etc.) et l'apparition des techniques de « *contrôle* ». Tous ces changements semblent caractérisés par une transformation dans les conceptions de l'espace, du temps et de leurs rapports<sup>74</sup>. Nous avons vu que les sociétés « *disciplinaires* » se caractérisaient par un quadrillage serré de l'espace, ce qui permettait une répartition rationnelle des individus. Cependant, au fur et à mesure que se développent les nouveaux moyens de communication, les structures garantissant le bon fonctionnement spatial et temporel d'une société « *disciplinaire* » semblent s'inverser<sup>75</sup>. Le postulat de la localisation (spatialité), critiqué par Gilles DELEUZE, des individus cède le pas à la vitesse (temporalité). Il apparaît donc que le domaine des purs rapports de forces se déplace d'un ordonnancement précis, à la société dans son ensemble et sa complexité.

Un exemple du dysfonctionnement de la société « *disciplinaire* » est le « *capitalisme* » tel que nous le connaissons actuellement<sup>76</sup>. Là où la « *discipline* » était synonyme de lenteur en ce qu'elle voulait former les individus en corrigeant leurs déviations, afin de les « *normaliser* », le capitalisme est venu briser les barrières d'un territoire/d'une vitesse fixe et ce grâce à la mutation technologique permettant une transmission de données à grande vitesse et en constante accélération<sup>77</sup>. De plus, dans une société « *disciplinaire* », l'individu est face à un recommencement perpétuel (de l'école à la caserne et de la caserne à l'usine) alors que dans la société de « *contrôle* » la formation est toujours possible et souvent encouragée, sur tous les sujets ou presque et à tous les instants. Ensuite, toutes les instances de « *contrôle individuel* » fonctionnent sur un double mode : (1) celui du partage binaire et du marquage (fou/non-fou, normal/anormal) et (2) celui de l'assignation coercitive, de la répartition différentielle (qui il est, où il doit être, etc.)<sup>78</sup>. On aperçoit que les mécanismes « *disciplinaires* » se multiplient et se décomposent en procédés souples de contrôle, ils se diffusent dans la société, non plus par des institutions fermées mais par des « *foyers de contrôle* » (par exemple : des associations de bienfaisance)<sup>79</sup>.

Le passage d'une société « *disciplinaire* » vers une société de « *contrôle* » est donc le passage de milieux clos à des milieux ouverts<sup>80</sup>. Un exemple parlant est celui des méthodes de

---

<sup>74</sup> E. DA SILVA (dir.), *op. cit.*, p. 59.

<sup>75</sup> E. DA SILVA (dir.), *op. cit.*, pp. 60 à 73.

<sup>76</sup> E. DA SILVA (dir.), *op. cit.*, pp. 60 à 73.

<sup>77</sup> E. DA SILVA (dir.), *op. cit.*, pp. 60 à 73.

<sup>78</sup> M. FOUCAULT, *Surveiller et punir...*, *op. cit.*, p. 232.

<sup>79</sup> M. FOUCAULT, *op. cit.*, pp. 244 à 247.

<sup>80</sup> E. DA SILVA (dir.), *op. cit.*, pp. 60 à 73.

recrutement : la société « *disciplinaire* » se caractérisait par sa pratique de « *l'examen* » au cours duquel on cherchait à voir si l'individu était capable de se conformer aux exigences de hiérarchisation et de « *normalisation* ». A contrario, dans une société de « *contrôle* », on se base sur « *l'entretien* ». Ce dernier ne vise pas à « *normaliser* » l'individu mais à déterminer si, face à l'imprévisible, il est capable de réagir de manière optimale sans être confronté à sa hiérarchie. L'individu dans une société de « *contrôle* » est un électron libre inséré dans un flux, individualisé au maximum. Dès lors, l'individu n'est pas localisable à n'importe quel moment, mais seulement si le besoin s'en fait sentir<sup>81</sup>.

De plus, à l'intérieur de la société « *disciplinaire* », l'école ou l'université sont des lieux de « *normalisation* »<sup>82</sup>. Dans la société de « *contrôle* » ces lieux conduisent à des débouchés en face desquels l'individu devra encore se former et faire ses preuves<sup>83</sup>. Ce que Michel FOUCAULT appelle le « *contrôle social* » est une façon de surveiller les comportements des individus de toutes les manières et dans tous les domaines et ce jusque dans les moindres détails<sup>84</sup>. En ce sens, la notion même de « *contrôle social* » donne à penser qu'elle résulte d'une entreprise systématique et cohérente d'encadrement des populations par l'État. Cependant, cette notion renvoie simultanément à des formes de pouvoir bien plus large et à des modes d'intégration sociale, dont le mode de contrôle est celui de la surveillance-correction<sup>85</sup>. C'est-à-dire, surveiller les individus et les corriger, dans les deux sens du terme, les punir et les pédagogiser<sup>86</sup>.

En s'attardant sur le « *contrôle* », Michel FOUCAULT, rappelle que la dilution de la prison dans l'espace social est un « *surpouvoir pénal* »<sup>87</sup>. En ce sens où, l'institution-prison est en train de diminuer et les fonctions sociales, les fonctions de surveillances, les fonctions de contrôle qui devaient être assurées par cette dernière sont maintenant déléguées à d'autres mécanismes de contrôle<sup>88</sup>. Il est important d'ajouter à ce stade que Jeremy BENTHAM, dans sa vision du Panoptique, donne un poids déterminant au tribunal de l'opinion publique<sup>89</sup>. Chacun doit être

---

<sup>81</sup> E. DA SILVA (dir.), *op. cit.*, pp. 60 à 73.

<sup>82</sup> M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population...*, *op. cit.*, pp. 57 à 81.

<sup>83</sup> E. DA SILVA (dir.), *op. cit.*, pp. 60 à 73.

<sup>84</sup> R. LENOIR, « Contrôle (du) social : La construction d'une notion et ses enjeux », *Informations sociales*, 2005/6, p. 6.

<sup>85</sup> R. LENOIR, *ibidem*, p. 8.

<sup>86</sup> R. LENOIR, *ibidem*, p. 6.

<sup>87</sup> M. FOUCAULT, *Surveiller et punir...*, *op. cit.*, pp. 200 à 227.

<sup>88</sup> N. BOURGOIN, « Montée en force du bracelet électronique : vers une société de contrôle ? », *R.S.C.*, 2017/4, p. 725.

<sup>89</sup> J. BENTHAM, *op. cit.*, pp. 31 à 32.

observateur et juge des autres, exercer un « *contrôle* » permanent sur les agissements d'autrui. Cette sanction sociale est celle qui a le plus d'influence sur les individus. Quand bien même elle est considérée comme secondaire dans la société « *disciplinaire* », elle est primordiale dans la société de « *contrôle* »<sup>90</sup>. L'État en lui-même favorise cette surveillance mutuelle générale en établissant des normes/critères ou en diffusant des informations sur les individus qui seront accessibles à tous, à tout moment. Jeremy BENTHAM avait imaginé les prémisses d'une société de « *contrôle mutuel généralisé* », où chaque individu serait toujours identifiable et ce pour le bon fonctionnement de l'intérêt général. Cependant, l'État dans cette réflexion ne fait que distribuer le plus largement possible les moyens de contrôle des individus les uns sur les autres<sup>91</sup>.

Deuxièmement, Gilles DELEUZE, suivant la pensée de Michel FOUCAULT, développe sa théorie d'une « *société de contrôle* »<sup>92</sup>. Il situe le contrôle comme quelque chose qui déplace la « *discipline* ». Les espaces de contrôle sont donc ouverts et en état de flux constants. De plus, le contrôle poursuit une tendance à l'internalisation et l'incorporation du pouvoir. L'auteur donne un exemple de cette incorporation accrue du pouvoir dans la société de « *contrôle* ». Cet exemple c'est la dette<sup>93</sup>. Comme il le souligne « *l'homme n'est plus enfermé, mais l'homme endetté* »<sup>94</sup>. La dette fonctionne comme une sorte d'enfermement, de prison, d'autant plus efficace qu'elle n'agit pas directement sur des corps, ni même sur des esprits, mais enferme par l'imposition de calculs et de risque individualisé nos actions et décisions. Elle emprisonne sans prison, sans tour de surveillance comme dans le Panoptique, faisant de nous nos propres gardiens contrôlant les risques, les coûts et les bénéfices de nos vies<sup>95</sup>. Dans cette acception, la notion de « *contrôle* » semble plus difficile à saisir que la notion de « *discipline* » car il apparaît qu'on est sous son emprise sans discontinuer. Dès lors, « *la dette comme système de contrôle, c'est moins la moralisation et l'individualisation que l'incapacité à la reconnaître, soit comme une condition collective, soit comme un destin individuel* »<sup>96</sup>. D'une certaine manière ici, du « *contrôle* » considéré face à la « *discipline* », s'exprime un caractère qui peut passer pour davantage pernicieux, a minima dans son application. De plus et parallèlement, nous

---

<sup>90</sup> C. LAVAL, « Surveiller et prévenir. La nouvelle société panoptique », *Revue du MAUSS*, 2012/2, p. 57.

<sup>91</sup> C. LAVAL, *ibidem*, pp. 57 à 59.

<sup>92</sup> J. READ, *op. cit.*, p. 2.

<sup>93</sup> J. READ, *op. cit.*, p. 2.

<sup>94</sup> G. DELEUZE, « Post-scriptum sur les sociétés de contrôle », *L'autre journal*, 1990/1, pp. 1 à 4.

<sup>95</sup> J. READ, *op. cit.*, p. 3.

<sup>96</sup> J. READ, *op. cit.*, p. 5.

remarquons que le « *contrôle* » agit comme autodiscipline, comme principe moral indiquant à chaque individu ce qu'il est bon de faire ou pas<sup>97</sup>.

De plus, Gilles DELEUZE situe la transition de la société « *disciplinaire* » vers une société de « *contrôle* » au travers d'une « *transformation autant de la machinerie et de la technologie que des techniques de pouvoir et d'assujettissement* »<sup>98</sup>. Ces deux notions, l'asservissement machinique et l'assujettissement social apparaissent comme les deux faces du « *contrôle* » même si elles agissent de manière très différente. La première opère à travers des techniques de division et de combinaison qui œuvrent en dessous de l'expérience vécue et au-delà de sa conscience, recombinaison ces derniers en ensemble nouveaux. La seconde s'adresse nécessairement à l'individu en tant que tel, établissant le contexte et le fondement de l'expérience<sup>99</sup>. Dès lors, l'homme du contrôle est plutôt ondulatoire, mis en orbite, sur faisceau continu. Le « *contrôle* » quant à lui est à court terme, à rotation rapide et illimitée<sup>100</sup>.

En outre, cette société de « *contrôle* », selon Gilles DELEUZE, serait sous le joug d'une surveillance continue et d'une communication instantanée. Le problème de cette société c'est le brouillage, le piratage et l'introduction de virus. C'est en ce sens qu'il parle d'une mutation du capitalisme et pas seulement d'une évolution technologique<sup>101</sup>. L'usage des différents mécanismes de surveillance accélère l'avènement d'une « *société transparente où chacun est livré sans défense au regard intrusif de l'État* »<sup>102</sup>. La notion même du « *contrôle social* » définie par Michel FOUCAULT est donc modifiée. Ce « *contrôle social* » devient préventif et déplace l'action répressive en amont des comportements criminels. Il vise à prévenir les passages à l'acte en sanctionnant un individu par anticipation (par exemple : si on décide de prendre la prison comme élément central de la sanction, le fait de contraindre un individu à visiter des professionnels de la santé peut être considéré comme une punition par anticipation car si l'individu ne respecte pas ces règles il sera automatiquement sanctionné d'une peine de prison). Par la suite, les procédés d'assujettissements deviennent plus souples, plus insidieux et finalement plus efficaces<sup>103</sup>. On parle, par exemple, des assignations à domicile ainsi que des contrôles à la fois techniques et automatisés des déplacements. Cette surveillance se glisse

---

<sup>97</sup> G. DELEUZE, « Post-scriptum... », *op. cit.*, pp. 1 à 4.

<sup>98</sup> J. READ, *op. cit.*, pp. 6 à 7.

<sup>99</sup> J. READ, *op. cit.*, p. 8.

<sup>100</sup> G. DELEUZE, « Les sociétés de contrôle », *EcoRev'*, 2018/1, pp. 10 à 11.

<sup>101</sup> N. BOURGOIN, *op. cit.*, p. 725.

<sup>102</sup> N. BOURGOIN, *op. cit.*, p. 726.

<sup>103</sup> N. BOURGOIN, *op. cit.*, p. 726.

jusque dans l'intimité des individus en bouleversant sa structure et son fonctionnement. Par le jeu des technologies numériques « *la surveillance est démultipliée et masquée dans un mouvement Panoptique* » (visibilisation de l'intime et invisibilisation de l'institution)<sup>104</sup>. Force est de constater que la généralisation des dispositifs de « *contrôle* » ne s'est pas substituée aux formes coercitives disciplinaires traditionnelles, mais s'y est surajoutée. Face aux prisons, la montée en force du bracelet électronique n'a fait que freiner l'inflation carcérale mais sans pour autant inverser la tendance<sup>105</sup>.

### Sous-section 2.2. Définition juridico-philosophique de la notion de « *contrôle* »

Tout d'abord, les nouvelles technologies de « *contrôle* » et les connexions de fichiers informatiques accompagnent les opérations de validation d'activités de toutes sortes. Ceci est d'autant plus vrai que les échanges et les croisements d'informations entre les différentes institutions tendent à s'accroître. Cela faciliterait l'accès aux droits tout en accentuant et en accroissant les vérifications des conditions d'obtention de ces derniers<sup>106</sup>.

De plus, dans une société de « *contrôle* », il serait indispensable de disposer de mécanismes de régularisation et de vérification. Tout ce qui peut se réguler suppose des « *agents disciplinés/réguliers ainsi qu'une représentation de la justice et de la justesse de la répartition* »<sup>107</sup>. Cette répartition se produit par certification accordée par des agents dont les verdicts sont socialement reconnus. Les agents classent les individus dans des catégories faisant correspondre la situation de ces derniers aux types de droits auxquels ils peuvent prétendre. Le but majeur de la certification est de rendre une situation singulière en une situation régulière et donc légitime (avantages juridiques garantis)<sup>108</sup>. Michel FOUCAULT, nous apprend que ce qui a fondamentalement transformé la pénalité, c'est l'ajustement du système judiciaire à des mécanismes de surveillance et de contrôle et ce de par leur intégration commune dans un appareil d'État centralisé. Cette transformation d'une société « *disciplinaire* » à une société de « *contrôle* », dans la pensée de Michel FOUCAULT, répond vraisemblablement à de nouvelles menaces et à un nouveau jeu dans la pratique de l'illégalisme<sup>109</sup>.

---

<sup>104</sup> N. BOURGOIN, *op. cit.*, p. 728.

<sup>105</sup> N. BOURGOIN, *op. cit.*, p. 729.

<sup>106</sup> R. LENOIR, *op. cit.*, p. 7.

<sup>107</sup> R. LENOIR, *op. cit.*, pp. 10 à 11.

<sup>108</sup> R. LENOIR, *op. cit.*, p. 11.

<sup>109</sup> M. FOUCAULT, *Dits et écrits...*, *op. cit.*, pp. 1333 à 1334.

Ensuite, la question du « *contrôle social* » mérite d'être posée dans le sens où, il faut savoir qui contrôle et comment contrôler les modalités instituées sous forme de réglementations, de dispositifs ou de professions ? À cet égard, il est essentiel de distinguer « *les modes de contrôle interne, que tout groupe secrète et les modes de contrôle externe, que les groupes imposent à ceux qu'ils dominent* »<sup>110</sup>. C'est en contrôlant l'image d'un groupe que l'on contrôle le groupe lui-même. L'essentiel du contrôle social n'est peut-être pas où on le croit. Nous pouvons dire qu'il est plus dans les « *modes de représentation des groupes sociaux* »<sup>111</sup>, qui passe désormais surtout par les écrans (ceux de la télévision, de la télésurveillance et plus largement, des ordinateurs qui figurent et configurent les groupes sociaux en fonction des indicateurs sociaux : algorithmes)<sup>112</sup>. Dans le cadre strictement juridique, lors d'un procès, l'acquittement apparent serait l'opium des sociétés « *disciplinaires* » (entre deux enfermements) et la dette ferait partie des sociétés de « *contrôle* » (en variation continue). Les deux font partie de modes de vie juridiques très différents, pourtant il semble que le contrôle social qu'ils engagent n'est pas si différent<sup>113</sup>.

Enfin, que signifie être sous surveillance/contrôle ? Il pourrait s'agir d'une société dont l'organisation et la structure reposent sur l'utilisation de techniques de surveillance. Cela veut dire que « *les données relatives à nos déplacements et activités personnelles seraient enregistrées par des technologies pour le compte des organisations et gouvernements qui façonnent notre société* »<sup>114</sup>. Ces données sont ensuite, analysées et classées, pour servir de base à des décisions qui par la suite affecteront notre quotidien. Ces dernières touchent au droit et à l'accès aux prestations sociales, au travail, aux produits, à la justice pénale, etc. En outre, surveiller/contrôler c'est prévenir les dangers, réduire les risques et faire en sorte que les individus agissent conformément au droit du seul fait d'être sous le regard virtuel d'autrui<sup>115</sup>.

### **Section 3. Confrontation des définitions et analyse des divergences/convergences entre les différents auteurs (DELEUZE et FOUCAULT)**

---

<sup>110</sup> R. LENOIR, *op. cit.*, p. 13.

<sup>111</sup> R. LENOIR, *op. cit.*, pp. 14 à 15.

<sup>112</sup> R. LENOIR, *op. cit.*, pp. 14 à 15.

<sup>113</sup> G. DELEUZE, « Les sociétés... », *op. cit.*, p. 8.

<sup>114</sup> C. LAVAL, *op. cit.*, p. 69.

<sup>115</sup> C. LAVAL, *op. cit.*, p. 69.

### Sous-section 3.1. La notion de « discipline » contient-elle des convergences/divergences dans la pensée des auteurs ?

Tout d'abord, la « discipline » dans la pensée foucauldienne est une relation de pouvoir<sup>116</sup>. Ce dernier s'exerçant sur les corps de façon brutale et violente. Le pouvoir disciplinaire est vu comme un pouvoir discret qui se cache derrière certaines idéologies juridiques<sup>117</sup>. Historiquement, tout rapport de pouvoir qui articule tant les savoirs que les appareils par lesquels il circule touche les corps (de manière violente ou non). C'est pourquoi, Michel FOUCAULT analyse le pouvoir du côté de la domination, des opérateurs matériels, des formes d'assujettissement et des dispositifs de savoir et non pas du côté de l'édifice juridique<sup>118</sup>. La « discipline » naquit entre les mains d'individus pratiquant le savoir-pouvoir anti-juridique permettant d'assujettir le peuple à un nouveau régime de vérité, comme fut l'institution carcérale et le panoptisme.

En ce qui concerne la pensée de Gilles DELEUZE, il propose une relecture du Panoptique de Jeremy BENTHAM. De prime abord, il construit une critique concernant la comparaison du Panoptique à l'univers carcéral et l'organisation<sup>119</sup>. Ensuite parce qu'il s'oppose au portrait dressé par Michel FOUCAULT d'une société conçue comme un appareil intrusif et omnipotent du pouvoir. Le plus grand regret de Gilles DELEUZE se place au niveau de l'institution carcérale, considérée par Michel FOUCAULT comme « *l'institution moderne du pouvoir disciplinaire* ». Alors que selon Gilles DELEUZE, l'école ou la manufacture auraient pu mieux décrire la réalité des pratiques « *disciplinaires* »<sup>120</sup>. Ainsi, la métaphore du Panoptique serait inadaptée à une bonne compréhension du pouvoir et de l'évolution de la société. Cependant, la métaphore du Panoptique est plus large que ce à quoi elle est réduite dans la réflexion de Michel FOUCAULT. En effet, elle « *dépasse la simple mise en œuvre de pratiques disciplinaires et carcérales pour tendre vers un contrôle mutuel généralisé et global* »<sup>121</sup>.

Ensuite, la cible principale du pouvoir « disciplinaire » est le corps individuel de sorte que l'assujettissement tend à domestiquer et à produire l'individu en vérifiant le moindre de ses

---

<sup>116</sup> M. FOUCAULT, *Surveiller et punir...*, op. cit., pp. 228 à 264.

<sup>117</sup> B. MAZABRAUD, op. cit., p. 131.

<sup>118</sup> B. MAZABRAUD, op. cit., p. 132.

<sup>119</sup> A. LECLERCQ-VANDELANNOITTE et H. ISAAC, « Technologies de l'information, contrôle et panoptique : pour une approche deleuzienne », *Systèmes d'information & management*, 2013/2, p. 12.

<sup>120</sup> A. LECLERCQ-VANDELANNOITTE et H. ISAAC, *ibidem*, p. 12.

<sup>121</sup> A. LECLERCQ-VANDELANNOITTE et H. ISAAC, *ibidem*, p. 13.

faits et gestes<sup>122</sup>. Dans cette optique, les disciplines s'accompagnent d'appareils de surveillance continue, assurant un « *dressage* » permanent. En soi, on pourrait réduire le pouvoir disciplinaire foucauldien en quatre mots : sélection (1), normalisation (2), hiérarchisation (3) et centralisation (4)<sup>123</sup>. (1) Premièrement, la sélection est le processus par lequel on choisit ceux qui sont aptes à exercer telle ou telle fonction de façon optimale. (2) Deuxièmement, la « *normalisation* » permet de dresser les corps en fonction des segments normatifs, c'est-à-dire d'assujettir l'individu dans sa conduite à tel ou tel comportement de façon quasi automatique et ce pour qu'à la suite il reconduise lui-même la surveillance disciplinaire<sup>124</sup>. (3) Troisièmement, la hiérarchisation donne à chaque corps docile une place située sur une échelle de valeurs sociale. Cela permet de faire circuler le pouvoir à des niveaux différents, tout en faisant que chaque individu reconduise ce pouvoir par la suite. (4) Quatrièmement, la centralisation signifie que les diverses places ne sont pas distribuées de manière arbitraire mais agencées autour d'un pôle central à partir duquel se développe la hiérarchisation<sup>125</sup>. Cependant, dans la réflexion deleuzienne « *le Panoptique est un modèle généralisable, applicable à n'importe quelle fonction sociale et pas seulement au corps individuel* ». Il illustre les rapports de pouvoir quotidiens, diffus dans la société. Dès lors, les sociétés « *disciplinaires* » sont loin d'être immuables et éternelles. Ajoutons à cela que les deux auteurs insistent sur le caractère transitoire des sociétés « *disciplinaires* »<sup>126</sup>.

Enfin, la « *discipline* » foucauldienne procède d'un « *champ dans lequel on essaie de rabattre les individus vers la norme, de les dresser en ce sens, tout en mesurant leur aptitude à la suivre* »<sup>127</sup>. Le Panoptique est donc statique et unidirectionnel<sup>128</sup>. Cependant, on mesure aussi le moindre écart à la norme, et en deçà d'un seuil minimum, l'individu est inséré dans le champ de l'anormal. Il est dès lors exclu et redressé indéfiniment<sup>129</sup>. En ce sens, la sanction disciplinaire se révèle radicalement différente de la sanction juridictionnelle. Pour elle, il ne s'agit pas de « *coder l'écart de conduite dans le registre de la faute à effacer symboliquement, mais dans celui de l'anomalie à redresser continuellement* »<sup>130</sup>.

---

<sup>122</sup> B. MAZABRAUD, *op. cit.*, pp. 147 à 148.

<sup>123</sup> B. MAZABRAUD, *op. cit.*, p. 148.

<sup>124</sup> B. MAZABRAUD, *op. cit.*, pp. 148 à 149.

<sup>125</sup> B. MAZABRAUD, *op. cit.*, pp. 148 à 149.

<sup>126</sup> A. LECLERCQ-VANDELANNOITTE et H. ISAAC, *op. cit.*, pp. 13 à 14.

<sup>127</sup> B. MAZABRAUD, *op. cit.*, pp. 148 à 149.

<sup>128</sup> A. LECLERCQ-VANDELANNOITTE et H. ISAAC, *op. cit.*, p. 16.

<sup>129</sup> B. MAZABRAUD, *op. cit.*, p. 152.

<sup>130</sup> B. MAZABRAUD, *op. cit.*, p. 154.

### Sous-section 3.2. La notion de « *contrôle* » contient-elle des divergences/convergences dans la pensée des auteurs ?

Tout d'abord, à l'intérieur de la pensée foucauldienne, le dispositif sécuritaire/de contrôle a doublé le dispositif disciplinaire et les appareils juridiques. Il constitue une nouvelle manière pour le pouvoir de s'exercer. À l'inverse du dispositif disciplinaire, le dispositif sécuritaire s'exerce sur une masse organique, la population<sup>131</sup>. Cependant, la « *discipline* » en tant que telle n'a pas disparu, simplement le « *contrôle* » est venu s'ajouter à cette dernière. Dès lors, la discipline n'existe plus qu'en sorte d'îlots, d'instances tactiques. Elle tente d'obtenir un effet sur le « *champ social* »<sup>132</sup>. Par exemple, ce changement de paradigme est visible dans les modifications du régime de la peine. Alors que la peine consistait, dans le dispositif disciplinaire comme un processus de dressage de l'individu dangereux, dans le dispositif sécuritaire/de contrôle « *la peine est un élément dans une gestion économique globale de la criminalité* »<sup>133</sup>.

Par ailleurs, les schèmes de comportements sont passés de l'obligatoire/interdit (« *discipline* ») à une logique de tolérable/intolérable (« *sécuritaire/contrôle* »). Le « *contrôle* » régule le pouvoir selon un schéma économique de type utilité/inutilité, évaluant donc la pertinence de l'action du gouvernement selon un rapport d'intériorité<sup>134</sup>. Cependant, contrairement à Michel FOUCAULT, Gilles DELEUZE pense que « *le contrôle est co-produit par les contrôlés* », incitant à la liberté et à la responsabilité individuelle dont il fait ses carburants<sup>135</sup>. Pour ce faire, il part du principe que trois types de sociétés se sont succédé depuis l'époque classique (société de souveraineté, société disciplinaire et société de contrôle) correspondant à une évolution de la nature des techniques utilisées. On voit donc apparaître une mutation profonde du système économique qui quant à lui devient plus dispersif et de moins en moins clos et concentré<sup>136</sup>. De plus, ce que Michel FOUCAULT appelle la « *gouvernementalité néolibérale* », s'appuie sur le dispositif sécuritaire/de contrôle tout en le réorganisant au profit de nouvelles techniques tendant à surdéterminer les autres dispositifs (juridiques et disciplinaires). Cette idée a été développée par Gilles DELEUZE qui voyait une torsion dans les dispositifs sécuritaires eux-

---

<sup>131</sup> B. MAZABRAUD, *op. cit.*, p. 169.

<sup>132</sup> B. MAZABRAUD, *op. cit.*, p. 186.

<sup>133</sup> B. MAZABRAUD, *op. cit.*, pp. 171 à 172.

<sup>134</sup> B. MAZABRAUD, *op. cit.*, pp. 175 à 176.

<sup>135</sup> F. CLAISSE, « Contr(ôl)e-fiction : de l'empire à l'interzone », *Multitudes*, 2012/1, p. 107.

<sup>136</sup> A. LECLERCQ-VANDELANNITTE et H. ISAAC, *op. cit.*, p. 14.

mêmes<sup>137</sup>.

De plus, Gilles DELEUZE oppose aux sociétés de « *discipline* » et de « *contrôle* » leurs propres signes, c'est-à-dire, (1) le numéro matricule dans la société « *disciplinaire* » et (2) le mot de passe dans la société de « *contrôle* »<sup>138</sup>. L'individu dans la société de « *contrôle* » serait sous le paradigme de l'informatique et de l'ordinateur connecté dont les instances sont nombreuses et variées. Elles seraient toutes reliées à une « *infrastructure sous-jacente et invisible de technologies interconnectées* »<sup>139</sup>.

Quatre traits du dispositif de « *contrôle* » présenté par Gilles DELEUZE peuvent être identifiés :

- Premièrement, « *l'individu est assujetti aux réseaux qui possèdent des entrées ou des voies d'accès* ». L'individu peut passer d'un réseau à l'autre mais sa participation à un réseau le situe dans le champ social et détermine donc la place dans la société que les autres vont lui attribuer<sup>140</sup>.
- Deuxièmement, une nouvelle économie de la norme fonctionne dans les dispositifs de contrôle qu'on peut nommer « *le pouvoir-être* ». Il n'y a donc plus d'écart possible avec la norme et ce parce que « *le dispositif de contrôle intervient en amont de toute conduite* », en organisant les capacités des individus, en prévenant de manière anticipative toute infraction.
- Troisièmement, à cela correspond un tout nouvel outillage ou machinerie (les bracelets électroniques, la biométrie, etc.).
- Quatrièmement, ce dispositif de contrôle suscite de nouveaux foyers de résistance. De nouvelles figures de délinquants apparaissent comme le pirate ou le parasite. Le premier débloque les « *incapacités organisées* » et le second « *falsifie son identité* » pour accéder à un réseau. Ensuite, les résistances s'organisent dans la lutte entre les réseaux ce qui crée des contre-réseaux (terrorisme), usant d'autres techniques telles que le brouillage ou les virus venant désorganiser les réseaux adverses<sup>141</sup>.

La société de « *contrôle* » pensée par Gilles DELEUZE s'exerce comme le pensait Michel

---

<sup>137</sup> B. MAZABRAUD, *op. cit.*, pp. 187 à 188.

<sup>138</sup> A. LECLERCQ-VANDELANNOITTE et H. ISAAC, *op. cit.*, p. 14.

<sup>139</sup> A. LECLERCQ-VANDELANNOITTE et H. ISAAC, *op. cit.*, p. 16.

<sup>140</sup> B. MAZABRAUD, *op. cit.*, p. 188.

<sup>141</sup> B. MAZABRAUD, *op. cit.*, p. 189.

FOUCAULT, par un « *contrôle continu* » à travers les développements technologiques<sup>142</sup>. Donc, l'information c'est exactement le mode de fonctionnement du contrôle pour Michel FOUCAULT<sup>143</sup>. Cependant, Gilles DELEUZE, dans sa perspective du contrôle, permet de rendre compte du regard que les surveillés portent sur les autres surveillés et sur les surveillants, à travers l'introduction d'une domination distancée par les modulations et les faisceaux d'informations<sup>144</sup>. Enfin, l'approche deleuzienne offre une relecture des systèmes de contrôle, intégrant davantage les usages des technologies modernes et les nouveaux espaces-temps dans lesquels elles opèrent, ce à quoi Michel FOUCAULT n'avait pas songé<sup>145</sup>.

Enfin, pour clôturer ce chapitre, nous proposons de reproduire un tableau regroupant les caractéristiques d'une société « *disciplinaire* » et d'une société de « *contrôle* ». La première colonne étant rattachée à Michel FOUCAULT et la seconde à Gilles DELEUZE<sup>146</sup>.

|                                    | Société disciplinaire (FOUCAULT)                                                         | Société de contrôle (DELEUZE)                                                                         |
|------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Principe</b>                    | Moule (panoptique)                                                                       | Modulation (changement continu)                                                                       |
| <b>Espace</b>                      | Enfermement<br>immobilité, fixité dans l'espace, espace limité,<br>confinement physique  | Liberté de mouvement,<br>contrôle continu à travers une communication instantanée                     |
| <b>Temps</b>                       | Court terme, rotation rapide                                                             | Temps continu, temps réel et intrusif                                                                 |
| <b>Subjectivité</b>                | Îlot de résistance,<br>corps dociles                                                     | Élément de manipulation, source du contrôle,<br>corps mobiles                                         |
| <b>Communication</b>               | Aucune communication possible,<br>individus vus comme les objets d'une information       | Communications latérales,<br>participation active des individus aux flux de communication             |
| <b>Orientation</b>                 | Statique et unidirectionnelle,<br>descendante                                            | Dynamique (assemblages de surveillance), connexion,<br>réseau,<br>descendante, ascendante et latérale |
| <b>Dispositifs de surveillance</b> | Visibilité des corps,<br>visibilité permanente,<br>surveillance, normalisation, dressage | Computation des traces codées,<br>contrôle à l'air libre,<br>faisceau d'information                   |

<sup>142</sup> A. LECLERCQ-VANDELANNOITTE et H. ISAAC, *op. cit.*, pp. 16 à 17.

<sup>143</sup> A. LECLERCQ-VANDELANNOITTE et H. ISAAC, *op. cit.*, pp. 16 à 17.

<sup>144</sup> A. LECLERCQ-VANDELANNOITTE et H. ISAAC, *op. cit.*, pp. 16 à 17.

<sup>145</sup> A. LECLERCQ-VANDELANNOITTE et H. ISAAC, *op. cit.*, pp. 17 à 18.

<sup>146</sup> A. LECLERCQ-VANDELANNOITTE et H. ISAAC, *op. cit.*, p. 18.

## **Chapitre 2. Les notions de « *contrôle* » et de « *discipline* » analysées à l'aune de la loi du 12 janvier 2005 ainsi qu'une focale sur quelques arrêts de jurisprudence (de Belgique et de la Cour européenne des droits de l'homme)**

Lors de ce deuxième chapitre, nous proposons, dans un premier temps, une analyse des notions de « *discipline* » et de « *contrôle* » sous le joug de la loi du 12 janvier 2005<sup>147</sup> concernant l'administration des établissements pénitentiaires ainsi que le statut juridique des détenus (les différents articles mentionnés ci-dessous sont entrés en vigueur par arrêtés royaux à des dates postérieures - entre 2011 et 2019). De plus, un détour par les éléments essentiels de la théorie du Nudge nous permettra d'objectiver l'imbrication des notions vues ci-dessus (**section 1**). Dans un deuxième temps, il s'agira d'analyser certains arrêts de jurisprudence - du Conseil d'État et de la Cour européenne des droits de l'homme - afin d'éclairer les notions de « *discipline* » et de « *contrôle* » et de réfléchir, par la suite, à leurs potentielles implications dans un changement sociétal (**section 2**).

### **Section 1. Les notions de « *discipline* » et de « *contrôle* » développées par Michel FOUCAULT et Gilles DELEUZE se retrouvent-elles dans la loi du 12 janvier 2005 ?**

#### **Sous-section 1.1. La « *discipline* » telle que définie par Michel FOUCAULT est-elle de rigueur dans la loi du 12 janvier 2005 ?**

Tout d'abord, le titre VII de la loi du 12 janvier 2005 concernant l'administration des établissements pénitentiaires ainsi que le statut juridique des détenus traite, en partie, du régime disciplinaire<sup>148</sup>. En son article 122 alinéa premier, il est dit que « *le régime disciplinaire vise à garantir l'ordre et la sécurité dans le respect de la dignité, du respect de soi ainsi que de la responsabilité individuelle et sociale des détenus* »<sup>149</sup>. Ensuite, au second alinéa de ce même article on apprend que « *le recours à la procédure disciplinaire doit être limité aux situations dans lesquelles le maintien de l'ordre et de la sécurité de l'établissement le justifie de manière*

---

<sup>147</sup> Loi de principes du 12 janvier 2005 précitée.

<sup>148</sup> Loi de principes du 12 janvier 2005 précitée.

<sup>149</sup> Loi de principes du 12 janvier 2005 précitée, art. 122, al. 1.

*impérieuse et qu'aucun autre moyen ne peut être employé pour l'assurer*»<sup>150</sup>. La loi du 12 janvier 2005 aborde la notion de «*normalisation*» telle qu'analysée par Michel FOUCAULT<sup>151</sup>. Elle nous apprend que le «*surcodage ou dédoublement de la réalité rend délicate la situation des détenus face à une configuration de pouvoirs hétérogènes*»<sup>152</sup>. Le pouvoir disciplinaire, s'acharne à normaliser les individus, dresser les corps, faire croître leur utilité et docilité. C'est à travers cette «*disciplinarisation*» des corps qu'on tente d'atteindre l'âme pour la transformer. Il en est déduit que le pouvoir disciplinaire fonctionne essentiellement par la norme/la loi<sup>153</sup>. Donc, le pouvoir disciplinaire/de normalisation - qui est un contre-droit - au sein de la prison, produit un «*excès de pouvoir car il est davantage difficile de résister à une configuration qui mixe différentes rationalités*». Dès lors, il y a une «*légalisation des excès de normalisation*» lorsque ce pouvoir fonctionne comme une norme juridique<sup>154</sup>. En outre, il est avancé que l'administration pénitentiaire doit veiller à ce que les conditions de détention respectent la dignité humaine. Cette dernière se concrétise par la préservation ou l'accroissement de l'amour-propre du détenu<sup>155</sup>. Ce qui apparaît sous forme de droit ressurgit en termes d'obligation. En ce sens, l'amour propre et l'accomplissement personnel du détenu deviennent des obligations sociales au sein du pénitencier. Cependant, ce principe d'obligation présente, positivement, le passage de la «*discipline*» à «*l'autodiscipline*», car ce qui est camouflé sous la forme d'un droit pour le détenu, n'est en fait qu'une nouvelle sorte d'assujettissement ordonné par ceux qui détiennent le pouvoir<sup>156</sup>.

Ensuite, le principe de «*normalisation*» défini par Michel FOUCAULT cherche à limiter les effets préjudiciables de la détention et à faire «*correspondre la vie à l'intérieur des murs aux situations du monde extérieur*»<sup>157</sup>. Quand bien même certains privilèges sont accordés aux détenus (sous certaines conditions) comme la libération conditionnelle, il n'en est pas moins réel que l'objectif de «*normalisation*» est toujours un résultat à atteindre<sup>158</sup>. De plus, ce que Michel FOUCAULT voit comme une «*punition*» devient aujourd'hui une «*économie des droits suspendus*», c'est-à-dire, une suspension minimum considérée comme nécessaire pour qu'un

---

<sup>150</sup> Loi de principes du 12 janvier 2005 précitée, art. 122, al. 2.

<sup>151</sup> M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population...*, op. cit., pp. 57 à 81.

<sup>152</sup> T. SLINGENEYER, «*Le statut juridique des détenus en Belgique : illustration des effets de l'articulation des pouvoirs de souveraineté et de normalisation*», *Raisons politiques*, 2010/1, p. 172.

<sup>153</sup> T. SLINGENEYER, *ibidem*, p. 173.

<sup>154</sup> T. SLINGENEYER, *ibidem*, p. 175.

<sup>155</sup> T. SLINGENEYER, *ibidem*, p. 176.

<sup>156</sup> T. SLINGENEYER, *ibidem*, p. 176.

<sup>157</sup> T. SLINGENEYER, *ibidem*, p. 177.

<sup>158</sup> T. SLINGENEYER, *ibidem*, p. 178.

crime ne soit pas reproduit une seconde fois et pour que la « *disciplinarisation* » du détenu soit totalement atteinte<sup>159</sup>. La punition, qu'elle soit formelle ou informelle, fait presque toujours usage de l'espace carcéral comme forme de sanction. Par exemple, si un détenu discute à travers la porte de sa cellule, il sera placé en régime d'isolement pour une période plus ou moins longue (punition « *dans* » et « *par* » l'espace). Le lieu de la cellule devient l'espace de punition et le moyen de punir<sup>160</sup>. Donc, les privilèges (libération conditionnelle, bracelet électronique, etc.) accordés aux détenus font partie intégrante de la « *normalisation* », en ce sens qu'on légalise leurs conditions générales et particulières ainsi que leurs interdictions/obligations. Il est intéressant de souligner que pour certaines modalités d'exécution de la peine, il est prévu des « *conditions générales* » qu'on pourrait associer à la notion de « *contrôle* » développée par Gilles DELEUZE comme : avoir une adresse fixe, communiquer les changements de résidence au ministère public ainsi qu'à l'assistant de justice et de donner suite à leurs convocations, etc.<sup>161</sup>. Cependant, ces « *conditions générales* » - automatiques - sont aussi considérées comme propre à la société « *disciplinaire* » de Michel FOUCAULT. On peut légitimement avancer que l'obtention des modalités d'exécution de la peine privative de liberté est vue comme un droit subjectif qui n'est octroyé au détenu que s'il semble répondre aux conditions de « *normalisation* »<sup>162</sup> (notion de « *discipline* » - Michel FOUCAULT) et qui permet un retour à une vie partiellement libre (notion de « *contrôle* » - Gilles DELEUZE)<sup>163</sup>.

De plus, la loi du 12 janvier 2005<sup>164</sup> prévoit une liste d'infractions, de sanctions et de procédures disciplinaires. Ce listing favorise la sécurité juridique du détenu, en ce qu'il ne pourrait être puni pour d'autres infractions que celles définies par la loi. Cependant, ces formulations indéterminées de la loi nous questionnent. Par exemple en son article 129, 6° il est mentionné comme infraction disciplinaire « *l'incitation à des actions collectives mettant sérieusement en péril la sécurité ou l'ordre dans la prison, ou la conduite de telles actions* »<sup>165</sup>. Cet article produit, à la fois, une réponse à une infraction dite « *disciplinaire* » et une réponse à une question dite « *sécuritaire/de contrôle* ». Dès lors, « *l'ordre* » peut être défini comme « le respect des règles de conduite au sein de la prison » et la « *sécurité* » comme « un état de protection et de préservation des détenus et de la société extérieure dans son ensemble ». Il

<sup>159</sup> T. SLINGENEYER, *ibidem*, p. 179.

<sup>160</sup> D. SCHEER, « Le paradoxe de la modernisation carcérale », *Cultures & Conflits*, 2013/90, p. 111.

<sup>161</sup> T. SLINGENEYER, *op. cit.*, p. 180.

<sup>162</sup> M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population...*, *op. cit.*, pp. 57 à 81.

<sup>163</sup> T. SLINGENEYER, *op. cit.*, p. 180.

<sup>164</sup> Loi de principes du 12 janvier 2005 précitée.

<sup>165</sup> Loi de principes du 12 janvier 2005 précitée, art. 129, 6°.

s'ensuit qu'une telle juridicisation des mesures disciplinaires se révèle être d'autant plus « *normalisatrice* » qu'elle produit un effet mystificateur pour le détenu<sup>166</sup>. Dans cette même optique, une autre notion développée par Michel FOUCAULT se retrouve dans la loi du 12 janvier 2005, celle de « *classification* ». Dans le chapitre II à l'article 38 § 3 il est dit que « { ... } le plan de détention contient aussi des avis éventuels concernant des transferts qui peuvent être raisonnablement prévus pour le condamné { ... } »<sup>167</sup>. Il est prévu que le condamné puisse s'opposer aux décisions de transfert. Ce droit lui étant reconnu, il permet de maintenir dans l'ombre les effets de « *normalisation* » subis par les autres détenus qui ne bénéficient pas de ce même traitement (régimes ouvert, semi-ouvert, etc.)<sup>168</sup>. Un travail d'examen (qui dans la société de « *contrôle* » sera remplacé par « *l'entretien* ») permanent de la dangerosité des détenus est donc mis en place pour déterminer où placer les détenus dans l'espace d'enfermement. Ce travail d'examen est nécessaire afin de déterminer si un transfert est nécessaire ou pas. Il est même essentiel pour l'exercice des techniques du pouvoir (« *normalisation* ») puisqu'il permet « la *classification permanente des détenus* »<sup>169</sup>. Partant, l'ordre et la sécurité constituent, comme analyser supra, les motifs de limitation des droits fondamentaux<sup>170</sup>. Cependant, en l'absence d'une réelle politique pénitentiaire, le concept même de « *sécurité* » se caractérise par son manque de limites et sa multiplicité d'aspects. La Commission DUPONT (ayant mené à l'adoption de la loi du 12 janvier 2005) distingue les « *mesures de sécurité* » (mesures d'ordre intérieur qu'on peut rapprocher de la société de « *contrôle* » de Gilles DELEUZE) des « *mesures disciplinaires* » (mesures affectant la situation juridique des détenus - Michel FOUCAULT)<sup>171</sup>.

Un détour par le Panoptique (Jeremy BENTHAM) dans sa conception architecturale nous en apprend plus sur les pénitenciers belges. Le bâti carcéral nous renseigne sur l'affaiblissement, le morcellement de l'institution pénitentiaire contemporaine<sup>172</sup>. Pourquoi ? Prenons l'exemple de la prison d'Haren (Belgique) et plus particulièrement ses escaliers. Ils semblent avoir été placés de manière naturelle (l'espace pénitentiaire est simple, facilement lisible). Le placement des escaliers témoigne de l'orientation politique de l'établissement. En ce sens, ils ne sont plus

<sup>166</sup> T. SLINGENEYER, *op. cit.*, pp. 182 à 183.

<sup>167</sup> Loi de principes du 12 janvier 2005 précitée, art. 38, §3.

<sup>168</sup> T. SLINGENEYER, *op. cit.*, p. 184.

<sup>169</sup> T. SLINGENEYER, *op. cit.*, p. 184.

<sup>170</sup> J. DETIENNE, « Le monde pénitentiaire : des propositions à la réalité », *C.H. CRISP*, 2002/21, p. 56.

<sup>171</sup> J. DETIENNE, *ibidem*, p. 56.

<sup>172</sup> D. SCHEER, « Conceptions architecturales et pratiques spatiales en prison : de l'investissement à l'effritement, de la reproduction à la réappropriation », *R.S.C.*, 2016/2, pp. 419 à 420.

situés dans les ailes de détention mais autour d'un imposant « *centre de commandes* » (on peut faire le lien avec la tour de garde dans le Panoptique de Jeremy BENTHAM)<sup>173</sup>. De même, un retour au modèle architectural propre au « *panoptisme* » de Jeremy BENTHAM fait sens car il permet d'avoir une vue englobante de chaque détenu. En pénétrant les murs, on trouve les fenêtres, disposées spécifiquement vers l'intérieur. Là où dans le « *panoptisme* », la justification de la fenêtre était celle de la surveillance, du « *être vu, sans voir en retour* ». Aujourd'hui l'argument est celui du passage de l'air et de la lumière<sup>174</sup>. Cependant, la fonction de la fenêtre reste largement la même qu'auparavant, permettre aux gardiens de voir et annihiler les possibilités d'échanges entre les détenus<sup>175</sup>. Le fait est que, peu importe l'investissement dans l'architecture carcérale, l'amélioration de la prison comme moyen d'amendement, le pénitencier moderne vise la sécurisation maximale et le contrôle (de hauts murs, un espace toujours plus fractionné) ainsi qu'un durcissement de la pénalité<sup>176</sup>. A contrario, nous pouvons tenter de déceler une forme d'évolution dans l'architecture de l'institution pénitentiaire. Le bâti carcéral se rapproche davantage de la théorie du « *contrôle* » de Gilles DELEUZE, en ce que s'entrecroisent de multiples rationalités, laissant l'individuation des détenus à l'œuvre tout en continuant de les normaliser, les contraindre, les responsabiliser, etc. La prison reste figée face aux savoirs post-modernes<sup>177</sup>. En outre, la particularité des pénitenciers belges, c'est qu'ils continuent de suivre le dessein propre au Panoptique de Jeremy BENTHAM<sup>178</sup>, c'est-à-dire, visée individuelle des gardiens sur les détenus et gestion disciplinaire de la population<sup>179</sup>.

Mais pourquoi les vieilles prisons suivant la conception architecturale du « *Panoptique* » de Jeremy BENTHAM et Michel FOUCAULT sont-elles encore valorisées aujourd'hui (tant par les gardiens que les détenus)<sup>180</sup> ? Un exemple concret serait de dire que les circulations au sein du bâtiment sont minutieusement orchestrées et qu'il existe des postes de commande actionnant les ouvertures des grilles, des portes, etc. Cette « *hypersectorisation* » des espaces, tant en verticalité qu'en horizontalité permet aux agents pénitentiaires de se voir attribuer un poste loin des contacts avec les détenus<sup>181</sup>. De plus, ce que Gilles DELEUZE, entrevoyait comme la fin de

---

<sup>173</sup> D. SCHEER, « L'architecture carcérale en Belgique : l'emplâtre sur une jambe de bois ? », disponible sur <https://journals.openedition.org/criminocorpus/7503>, 14 septembre 2020.

<sup>174</sup> D. SCHEER, « Conceptions... », *op. cit.*, p. 422.

<sup>175</sup> D. SCHEER, « Conceptions... », *op. cit.*, p. 423.

<sup>176</sup> D. SCHEER, « Conceptions... », *op. cit.*, p. 424.

<sup>177</sup> D. SCHEER, « Conceptions... », *op. cit.*, p. 425.

<sup>178</sup> J. BENTHAM, *op. cit.*, pp. 5 à 8.

<sup>179</sup> D. SCHEER, « Le paradoxe... », *op. cit.*, p. 96.

<sup>180</sup> D. SCHEER, « Le paradoxe... », *op. cit.*, p. 104.

<sup>181</sup> D. SCHEER, « Le paradoxe... », *op. cit.*, p. 104.

la société « *disciplinaire* » avec le développement des technologies se révèle être un « *panoptisme* » moderne (le cloisonnement spatial, la segmentation des lieux, le retranchement technologique et la sophistication du contrôle en sont autant de preuves)<sup>182</sup>. L'infrastructure de la prison vise une sécurité passive optimale ; imposant un système de caméras, des procédures précises en cas de conflits avec une possibilité de repli dans certaines zones de « *contrôle* » et d'appareillages techniques de contrôle des flux<sup>183</sup>.

Gilles DELEUZE, dans sa critique sur la « *discipline* », nous apprend que le pouvoir s'exerce, plutôt qu'il ne se possède. Il n'est pas le privilège de la classe dominante mais l'effet de positions stratégiques. Dès lors, le « *pouvoir* » est celui de l'État, considéré comme producteur de réel et non de répression<sup>184</sup>. Partant, le recours au droit s'est progressivement imposé, dans le discours politique, comme la « *modalité par excellence de régulation de la vie en prison* »<sup>185</sup>. De plus, il devint l'outil le plus adéquat pour opérer le cadrage des pratiques et des rapports « *interindividuels* ». D'une part en mettant un point d'honneur à respecter la dignité humaine des détenus (« *normalisation* ») et d'autre part, en permettant à ceux-ci des recours contre les abus de pouvoir de la part de l'administration pénitentiaire. Cependant, en même temps qu'émerge l'idée d'une multiplication de droits pour les détenus, force est de constater que l'État, dans ses discours politiques, fait un pas en arrière. Cela est dû au passage d'une « *insécurité sociale* » (mode individuel) à une « *insécurité civile* » (mode collectif)<sup>186</sup>. En ce sens, le sentiment partagé d'injustice induit, dans la population, une attitude défensive et un déplacement des conflictualités du social vers le civil. La focalisation sur toutes les formes de menaces sociales, en particulier sur la déviance et la délinquance, favorise, dans le discours politique, un retour à la « *normalisation* » et à la « *discipline* ». La prison est, dès lors, présentée comme un instrument de « *sécurité civile* », permettant de rassurer les individus<sup>187</sup>. En outre, on retrouve dans la conception de la « *discipline* » de Gilles DELEUZE, l'impact du pouvoir politique, agissant non pas sur les corps, mais sur l'esprit. Les individus étant satisfaits du discours politique, le taux d'incarcération augmente et surgit l'hypothèse du « *populisme pénal* ». Attention cette hypothèse de « *populisme pénal* », n'appelle pas forcément à une punitivité exacerbée. Il n'y a pas de réelle contradiction à vouloir, d'un côté, introduire le droit

---

<sup>182</sup> D. SCHEER, « Le paradoxe... », *op. cit.*, p. 109.

<sup>183</sup> D. SCHEER, « Le paradoxe... », *op. cit.*, p. 105.

<sup>184</sup> G. DELEUZE, *Foucault...*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>185</sup> M.-S. DEVRESSE, « La gestion de la surpopulation pénitentiaire : perspectives politiques, administratives et juridictionnelles », *Droit et société*, 2013/2, pp. 342 à 343.

<sup>186</sup> M.-S. DEVRESSE, *ibidem*, p. 344.

<sup>187</sup> M.-S. DEVRESSE, *ibidem*, p. 344.

en prison tout en encourageant, d'un autre côté, le recours à celui-ci<sup>188</sup>.

### Sous-section 1.2. La notion de « *contrôle* » à l'aune de la loi du 12 janvier 2005 ; un réel changement sociétal ?

Tout d'abord, l'orientation sécuritaire/de contrôle que prend l'organisation de la détention résulte entre autres des avancées technologiques. L'infrastructure pénitentiaire moderne est destinée à offrir une sécurité maximum. Dès lors, un agent (le « chef circulations ») reçoit la seule et unique tâche de coordonner les divers mouvements au sein de la prison. Pour ce faire, il a recours aux technologies modernes comme les caméras, ouverture des grilles à distance, etc.<sup>189</sup>. Nous nous trouvons donc, au croisement de la société « *disciplinaire* » de Michel FOUCAULT, quant au travail donné à l'agent (il est normalisé dans sa fonction, son rôle, etc.) et la conception de Gilles DELEUZE quant à l'émergence de la société de « *contrôle* » réglée par les diverses technologies modernes. Chacune de ces infrastructures architecturales est la « *manifestation bâtie d'un véritable projet de l'institution pénitentiaire* »<sup>190</sup>. Partant, elles reflètent un projet de société qui ne fait que surajouter un contrôle plus pointu à une discipline tout aussi rigoureuse qu'auparavant. Nous pouvons dire que, l'objectif de « *normalisation* » de Michel FOUCAULT<sup>191</sup>, est remis au goût du jour (la prison pensée comme la ville), mais perpétuent la quête de sécurité par segmentation définie par Gilles DELEUZE<sup>192</sup>.

La quête sécuritaire peut être approchée de différente manière. En ce sens, l'individuation propre à la société de « *contrôle* » de Gilles DELEUZE risque de transformer la sécurité en un bien de consommation comme les autres et accentuerait donc la dualité socio-économique (ce qui implique une exclusion sociale ainsi que le recours à la contrainte, à la violence)<sup>193</sup>. Par exemple, l'article 43 §1<sup>er</sup> de la loi du 12 janvier 2005<sup>194</sup> permet aux détenus de porter leurs propres vêtements/chaussures tant qu'ils répondent aux normes du pénitencier. Ce privilège pourrait créer des tensions entre les détenus, certains se sentant exclus, ne subissant pas le même traitement s'engagerait sur le chemin de la violence. De plus, l'adhésion aux normes sociales paraît compliquée et la surpopulation pénitentiaire ne fait qu'augmenter face à une insécurité

---

<sup>188</sup> M.-S. DEVRESSE, *ibidem*, p. 345.

<sup>189</sup> D. SCHEER, « Le paradoxe... », *op. cit.*, p. 107.

<sup>190</sup> D. SCHEER, « Le paradoxe... », *op. cit.*, p. 116.

<sup>191</sup> M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population...*, *op. cit.*, pp. 57 à 81.

<sup>192</sup> D. SCHEER, « Le paradoxe... », *op. cit.*, p. 116.

<sup>193</sup> P. MARY et Y. CARTUYVELS, « Le plan fédéral de sécurité », *C.H. CRISP*, 2001/22, p. 38.

<sup>194</sup> Loi de principes du 12 janvier 2005 précitée, art. 43, §1<sup>er</sup>.

toujours grandissante<sup>195</sup>. Partant, la délinquance rentre dans la gestion intégrale de la sécurité/du contrôle au sein des pénitenciers. Cette dernière suppose une intégration horizontale et verticale dans une chaîne de sécurité composée de plusieurs maillons dont le maillon « *préventif* » vise l'élimination des causes directes d'insécurité ou une limitation des conséquences d'infractions réelles<sup>196</sup>. Dès lors, on peut dire que le « *contrôle/la sécurité* » se place en amont même de la « *discipline* » (la prévention avant la répression). Cependant, la suite immédiate de ce propos amène directement les politiques à prendre des décisions rigoureuses sur tous les points de la vie qui peuvent être contrôlés. L'on parle d'investissements en infrastructures (comme la construction de nouveaux pénitenciers dotée d'une meilleure technologie de contrôle)<sup>197</sup> visant à accroître la sécurité, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du bâtiment. Ensuite, la sécurité peut être divisée en (1) sécurité passive et (2) sécurité active. La sécurité « *passive* » consiste à diriger les individus dans un sens bien précis (par exemple, les escaliers dans les pénitenciers ne sont empruntés que dans un seul sens). La sécurité « *active* », quant à elle, fait prévaloir les logiques organisationnelles telles que ; le principe de répartition des responsabilités juridiques, des espaces géographiques entre les individus privés et publics, etc. (elle est un mode de production de l'ordre sous-tendu par la volonté d'influencer<sup>198</sup>). Enfin, la sécurité étant une gestion des risques, le « *contrôle* » se place aussi bien en amont avec l'identification, la hiérarchisation, l'analyse de la menace qu'en aval avec le commandement unique, la recherche d'un bon équilibre entre la prévention et la répression<sup>199</sup>.

Le décryptage du régime de pénalité moderne et le paradoxe selon lequel les réformes carcérales participent à la reproduction du système - parce qu'elles épousent implicitement/explicitement la rationalité et les impensés - nous permettent de prolonger la pensée « *disciplinaire* » de Michel FOUCAULT et la mettre en lien avec la pensée de Gilles DELEUZE concernant le « *contrôle/la surveillance* »<sup>200</sup>. Les discours et pratiques pénales actuelles traduisent l'avènement progressif d'une nouvelle pénologie non plus orientée vers les individus et leur « *normalisation* » mais vers la gestion efficace des populations. La prison serait donc le maillon ultime d'un « *circuit d'exclusion* » n'essayant même plus de réintégrer

<sup>195</sup> P. MARY et Y. CARTUYVELS, *op. cit.*, p. 39.

<sup>196</sup> P. MARY et Y. CARTUYVELS, *op. cit.*, p. 39.

<sup>197</sup> P. MARY et Y. CARTUYVELS, *op. cit.*, pp 55 à 56.

<sup>198</sup> G. CHANTRAINE, « La prison post-disciplinaire », *Déviance et Société*, 2006/3, p. 280.

<sup>199</sup> F. DIAZ, « Coproduction de la sécurité : une nouvelle forme de l'interventionnisme étatique pour une meilleure sécurité du public ? », *Déviance et Société*, 2003/4, pp. 443 à 445.

<sup>200</sup> G. CHANTRAINE, *op. cit.*, p. 274.

les détenus dans des « *circuits d'inclusion* »<sup>201</sup>. En ce sens, nous sommes déjà entrés dans une ère carcérale « *post-disciplinaire* ». Dès lors, l'utopie pénitentiaire ne serait plus le Panoptique (Jeremy BENTHAM), lieu de visibilité, de transparence et de surveillance qui a inspiré Michel FOUCAULT, mais plutôt une prison presque entièrement automatisée, conçue pour réduire les contacts des détenus, un pur instrument de neutralisation. Cependant, la mutation d'une prison purement disciplinaire à une prison totalement contrôlante est surestimée, érigée en idéal d'une gouvernamentalité carcérale spécifique<sup>202</sup>.

De plus, il est important d'ajouter que la « *détotalitarisation* » de l'institution carcérale met en lumière la reconfiguration et la complexification des modes d'exercice du pouvoir (la théorie du Nudge s'applique jusqu'en prison)<sup>203</sup>. Beaucoup ont insisté sur le décalage entre la société « *disciplinaire* » moderne analysée par Michel FOUCAULT et l'organisation concrète de la vie quotidienne en prison. Loin d'être ordonné autour d'un unique principe disciplinaire, l'impératif du « *contrôle* », développé par Gilles DELEUZE, impose à l'administration pénitentiaire et à ses agents une gestion pragmatique de la vie quotidienne derrière les barreaux. Partant, la théorie du Nudge semble s'appliquer dans le milieu carcéral « *post-disciplinaire* », qu'on pourrait qualifier de milieu de « *contrôle* »<sup>204</sup>. La théorie du Nudge fonctionne davantage aux récompenses qu'aux peines. En ce sens, le système de récompenses, bien qu'il ait ses spécificités propres, par d'une analyse qui gagne à être mise en parallèle avec les transformations des politiques néolibérales. Il se base sur l'octroi d'un « *confort relatif plutôt que sur des privations strictes* », mais également sur « *l'instrumentalisation des marges d'autonomie des détenus* », producteurs de leurs propres récompenses. Donc, les détenus créent librement des activités, qui sont des privilèges, qui leur sont retirés en cas de trouble à l'ordre interne (voir les articles 76 et suivants de la loi du 12 janvier 2005<sup>205</sup>). Ces privilèges sont à la base d'un « *contrôle explicite des uns sur les autres* » (parallèle avec Gilles DELEUZE)<sup>206</sup>. En outre, une prison post-disciplinaire/de contrôle est, tout à la fois un lieu où les droits sont davantage respectés, les risques hyperévalués, la communication sécuritaire renforcée, l'autonomie des détenus contrôlée, etc. Pourtant, ce modèle de gestion carcérale ne constitue pas moins une inflexion du projet « *disciplinaire* » décrit par Michel FOUCAULT<sup>207</sup>. Les

---

<sup>201</sup> G. CHANTRAINE, *op. cit.*, pp. 274 à 275.

<sup>202</sup> G. CHANTRAINE, *op. cit.*, pp. 274 à 275.

<sup>203</sup> G. CHANTRAINE, *op. cit.*, pp. 274 à 275.

<sup>204</sup> G. CHANTRAINE, *op. cit.*, pp. 283 à 285.

<sup>205</sup> Loi de principes du 12 janvier 2005 précitée, art. 76 à 80.

<sup>206</sup> G. CHANTRAINE, *op. cit.*, pp. 283 à 285.

<sup>207</sup> G. CHANTRAINE, *op. cit.*, pp. 285 à 286.

processus d'individualisation et de subjectivation des détenus suggèrent que l'innovation ne peut émerger d'un pouvoir souverain ou du totalitarisme de l'institution. Ces derniers, relatifs à la société « *disciplinaire* », restent indispensables mais insuffisants pour explorer les conditions d'une prison démocratique<sup>208</sup>.

Ensuite, l'article 41 de la loi du 12 janvier 2005 nous apprend que « *le détenu a le droit d'aménager à sa guise l'espace de séjour qui lui est dévolu { ...}* »<sup>209</sup>. L'octroi de ce droit est un outil pour inciter les détenus à se gouverner eux-mêmes. Cependant, s'ils exercent ce droit d'une manière irresponsable, ils peuvent être sanctionnés disciplinairement. On retrouve ici la notion de « *néolibéralisme* »<sup>210</sup>, telle que développée par Michel FOUCAULT lorsqu'il s'attarde sur le « *contrôle* ». Le néolibéralisme est pris sous la forme de « *conduite des conduites* ». Il cherche à tous le moins de rendre les détenus entreprenants, attentifs à la maximalisation de leur qualité de vie, et si ça n'aboutit pas alors une sanction « *normalisatrice* » sera d'application. Dès lors, le contrôle ayant pris l'ascendant, la « *discipline* » n'est plus qu'une menace sous-jacente<sup>211</sup>. En fait, ce questionnement oblige à s'interroger sur les processus qui amènent les individus à se conformer aux règles qui organisent la vie sociale. Ces processus sont ceux du « *contrôle social* » qui peut être défini comme « *le processus destiné à assurer la conformité des conduites aux normes établies dans une collectivité donnée, pour sauvegarder le dénominateur commun nécessaire à son fonctionnement, sa cohésion* ». A contrario, il permet aussi de décourager les différentes formes de non-conformité aux normes établies<sup>212</sup>. Les mécanismes fondamentaux du « *contrôle social* » se placent donc en dehors des motivations spontanées. Ils sont liés à la perception individuelle que chaque acteur peut avoir de ses intérêts particuliers et qui sont susceptibles de l'inciter à se conformer aux normes sociales.

Le « *contrôle social* » peut prendre deux formes : (1) positives (récompenses pour comportements conformes) ou (2) négatives (sanction pour comportements déviants). De plus, on voit apparaître les notions de contrôle social, interne et externe<sup>213</sup>. Le contrôle social interne résulte d'une « *autodiscipline des individus* », fondée sur un sentiment intériorisé d'obligation

---

<sup>208</sup> G. CHANTRAINE, *op. cit.*, pp. 285 à 286.

<sup>209</sup> Loi de principes du 12 janvier 2005 précitée, art. 41.

<sup>210</sup> M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique – Cours au Collège de France. 1978-1979*, Paris, Seuil/Gallimard, 2004, p. 25.

<sup>211</sup> T. SLINGENEYER, *op. cit.*, pp. 185 à 186.

<sup>212</sup> J.-L. LOUBET DEL BAYLE, « Incivilités et mutations du contrôle social », *Études*, 2013/11, p. 474.

<sup>213</sup> J.-L. LOUBET DEL BAYLE, *ibidem*, p. 475.

qui en cas de déviance se traduit par l'intime culpabilité.<sup>214</sup> Ce contrôle interne est le résultat d'un apprentissage social largement influencé par des institutions (dites disciplinaires - Michel FOUCAULT) comme : l'école, l'Église, la caserne, etc. Concernant le contrôle social externe, nous pouvons dire qu'il naît de pressions sociales extérieures ayant pour objectif d'amener les individus à se conformer aux normes. Ce dernier revêt lui aussi deux formes ; (1) la première forme peut être qualifiée d'immédiate, de sociétale. C'est une forme de contrôle social spontané, inorganisé, informel, qui résulte de la surveillance que les individus exercent les uns sur les autres<sup>215</sup>. (2) La deuxième forme peut être qualifiée d'organisée, d'institutionnalisée. Dans cette optique, la pression sociale n'est plus directe, elle vient d'individus investis de cette tâche, intervenant au nom de la société (la justice, la prison, etc.)<sup>216</sup>. En prison, le contrôle externe est immédiat et organisé (il englobe les deux formes vues ci-dessus). En ce sens, il est intériorisé, informel mais aussi institutionnel et organisé. Il repose sur la transparence des comportements et la surveillance de tous par tous (lien avec le panoptisme de Jeremy BENTHAM)<sup>217</sup>. C'est un contrôle social très étroit, très rigoureux, dans un espace social clos, où la notion même d'individu a très peu de place<sup>218</sup>. Dès lors, apparaît comme corollaire à ce « *contrôle social* » une multiplication des normes juridiques, formalisées, codifiées qui doivent ensuite être mises en application par les techniques de surveillance/contrôle et ce pour garantir leur effectivité<sup>219</sup>.

Lors du chapitre précédent et plus précisément à la sous-section 3.2. nous avons abordé la notion de « *contrôle* » et les technologies modernes dans la pensée de Gilles DELEUZE. C'est pour cela que nous nous arrêterons ici sur l'usage des réseaux socionumériques dans les pénitenciers et leurs rapports avec la théorie du « *Nudge* ». À ce propos, l'article 65 de la loi du 12 janvier 2005 nous apprend que « *tout moyen de télécommunication entre un détenu et l'extérieur de la prison qui n'est pas autorisé par ou en vertu de la présente loi est interdit* »<sup>220</sup>. Ci-dessous, nous prendrons en compte le fait qu'énormément de détenus ont en leur possession un téléphone portable et donc l'accès aux réseaux socionumériques, bien que ce soit interdit. En ce sens, les réseaux socionumériques participent « *de manière active à la production de*

<sup>214</sup> J.-L. LOUBET DEL BAYLE, « Jeunes, police et évolution du contrôle social », *Cahiers de la sécurité*, 2007/1, pp. 43 à 51.

<sup>215</sup> J.-L. LOUBET DEL BAYLE, « Incivilités... », *op. cit.*, pp. 475 à 476.

<sup>216</sup> J.-L. LOUBET DEL BAYLE, « Incivilités... », *op. cit.*, pp. 475 à 476.

<sup>217</sup> J.-L. LOUBET DEL BAYLE, « Jeunes, ... », *op. cit.*, pp. 43 à 51.

<sup>218</sup> J.-L. LOUBET DEL BAYLE, « Incivilités... », *op. cit.*, p. 477.

<sup>219</sup> J.-L. LOUBET DEL BAYLE, « Incivilités... », *op. cit.*, p. 479.

<sup>220</sup> Loi de principes du 12 janvier 2005 précitée, art. 65.

*contenus médiatiques propres* »<sup>221</sup>. Ils favorisent l'émergence de nouvelles relations interpersonnelles et l'émergence d'une « *libération des subjectivités* ». Le processus de captation des contenus serait favorisé par les mécanismes de surveillance institutionnelle (de contrôle)<sup>222</sup>. Gilles DELEUZE, dans un texte publié en 1990 a décrit la crise généralisée des milieux d'enfermement que les sociétés occidentales ont connu depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. Il a développé l'hypothèse de l'émergence des sociétés de « *contrôle* » contemporaines traversées ou pénétrées par les technologies de l'information et de la communication<sup>223</sup>. Donc, c'est le marketing qui est aujourd'hui l'instrument du « *contrôle social* » (vu ci-dessus). Les sociétés de « *contrôle* » sont des sociétés de communication, de consommation dominées par les logiques d'un capitalisme informationnel, globalisé<sup>224</sup>. Il se trouve que l'on nomme aujourd'hui le « *New Public Management* » ou le « *Nudge* », ces instruments de gestion qu'on retrouve dans les administrations, dont l'administration pénitentiaire<sup>225</sup>.

Pour conclure, le concept de « *législation indirecte* » désigne l'ensemble des phénomènes de « *contrôle* ». Ce concept nous vient de Jeremy BENTHAM et Herbert HART<sup>226</sup>. Il peut être défini comme « *toute tentative, de la part du législateur, d'influencer la conduite des autres, sans qu'il y ait nécessairement de sanction pénale en cas de désobéissance* »<sup>227</sup>. Jeremy BENTHAM, avance que cette dernière tend à agir sur les désirs et sur les intérêts afin d'empêcher l'apparition de comportement interdit<sup>228</sup>. C'est Michel FOUCAULT, dans « *Surveiller et punir* », qui identifie Jeremy BENTHAM comme « *le bâtisseur d'un modèle de glissement de l'ère du droit à l'ère de la régulation non juridique* »<sup>229</sup>. Cette forme non juridique (que l'on nomme architectures de choix, nudges, etc.) de contrôle des individus est présentée comme « *disciplinaire* » dans le panoptisme<sup>230</sup>. Cependant, ces « *architectures de choix* » sont vues des techniques qui modifient l'environnement de l'individu (du détenu) pour lui faire changer son comportement en conséquence (par exemple : accorder aux détenus des télévisions dans leurs

---

<sup>221</sup> S. PROULX et M.-J. KWOK CHOON, « L'usage des réseaux socionumériques : une intériorisation douce et progressive du contrôle social », *Hermès La revue*, 2011/1, p. 105.

<sup>222</sup> S. PROULX et M.-J. KWOK CHOON, *ibidem*, p. 105.

<sup>223</sup> G. DELEUZE, « Post-scriptum... », *op. cit.*, pp. 1 à 4.

<sup>224</sup> S. PROULX et M.-J. KWOK CHOON, *op. cit.*, p. 106.

<sup>225</sup> A. BRUNON-ERNST, « Le gouvernement des normes. Jeremy Bentham et les instruments de régulation post-moderne », *Archives de philosophie*, 2015/2, p. 311.

<sup>226</sup> H.-L.-A. HART, *op. cit.*, pp. 1 à 314.

<sup>227</sup> A. BRUNON-ERNST, *op. cit.*, pp. 312 à 314.

<sup>228</sup> A. BRUNON-ERNST, *op. cit.*, pp. 312 à 314.

<sup>229</sup> A. BRUNON-ERNST, *op. cit.*, p. 316.

<sup>230</sup> A. BRUNON-ERNST, *op. cit.*, p. 316.

cellules, permet d'éviter certaines tensions relatives à l'enfermement). Mais attention, les nudges (ne cherchent qu'à influencer les comportements des individus afin de favoriser le bien-être d'une tierce personne) n'ont pas totalement le même objectif que les « *architectures de choix* » (le but est le bien-être de la personne influencée) bien que les deux se retrouvent au sein des prisons belges<sup>231</sup>. En outre, que ce soit dans la pensée de Jeremy BENTHAM ou celle de Herbert HART, les concepts de législation indirecte<sup>232</sup>, d'architectures de choix ou encore les nudges - propre à la société de « *contrôle* » - apparaissent clairement, par leur caractère invisible et occulte, comme une forme de manipulation qui ne peut pas s'accorder avec le projet benthamien de transparence/de discipline<sup>233</sup>.

## **Section 2. Les notions de « *discipline* » et de « *contrôle* » développées par Michel FOUCAULT et Gilles DELEUZE se retrouvent-elles dans la jurisprudence belge/CEDH ?**

### **Sous-section 2.1. La sanction propre à la notion de « *discipline* » disparaît-elle vraiment avec la mise en place du « *contrôle* » dans la jurisprudence belge/CEDH ?**

Tout d'abord, les *arrêts WADEH*<sup>234235</sup> semblent appropriés pour débiter cette section. Les 21 décembre 2001 et 15 janvier 2002 le Conseil d'État dû se prononcer sur des recours en matière disciplinaire<sup>236</sup>. Dans les faits, le 15 octobre 2001, les musulmans célèbrent la fin du ramadan à la prison de Forest. Monsieur WADEH et d'autres crient à leur fenêtre suite à un appel lancé en langue arabe par un détenu d'une cellule voisine. Au cours de l'intervention, un agent pénitentiaire roue de coups M. WADEH. Ces événements font l'objet d'une plainte avec constitution de partie civile de sa part. L'agent pénitentiaire, quant à lui, affirme que M. WADEH se serait montré violent et agressif. Le directeur a sanctionné M. WADEH de neuf jours de cachot et d'un régime strict de trois mois. Par la suite, le Conseil d'État rappelle les limites du pouvoir de l'administration pénitentiaire en ce que la décision attaquée est une décision « *disciplinaire* » infligeant une punition au détenu, donc n'ayant aucunement la qualification de « *mesure d'ordre intérieur* » (de contrôle)<sup>237</sup>. Cet arrêt, amorce la distinction entre une décision « *disciplinaire* » infligeant une punition à un individu et une mesure prise dans le seul intérêt

---

<sup>231</sup> A. BRUNON-ERNST, *op.cit.*, p. 319.

<sup>232</sup> H.-L.-A. HART, *op. cit.*, pp. 1 à 314.

<sup>233</sup> A. BRUNON-ERNST, *op. cit.*, p. 322.

<sup>234</sup> C.E. (11<sup>e</sup> ch. réf.), 21 décembre 2001, n° 102.343, WADEH.

<sup>235</sup> C.E. (11<sup>e</sup> ch. réf.), 15 janvier 2002, n° 102.527, WADEH.

<sup>236</sup> J. DETIENNE, *op. cit.*, p. 21.

<sup>237</sup> J. DETIENNE, *op. cit.*, pp. 21 à 22.

du service que l'on pourrait qualifier de « *contrôle* » de la vie carcérale. En ce sens, le développement de Michel FOUCAULT concernant la « *normalisation* »<sup>238</sup> des individus trouve à s'appliquer dans ces arrêts. Par exemple, le Conseil d'État souligne le caractère contradictoire de la mesure disciplinaire, en ce sens elle ne se limite qu'à rappeler au détenu que « *le personnel est assermenté* »<sup>239</sup>. Dès lors, chacun est « *normalisé* » dans sa fonction/son travail et la sanction disciplinaire n'est qu'un bref rappel de cette « *normalisation* » propre à la société disciplinaire (au Panoptique analysé par Michel FOUCAULT)<sup>240</sup>. Devant un tel abus de discipline, il y a lieu de rappeler que le directeur d'une prison ne peut plus être considéré comme le souverain du maintien de l'exercice des droits dont le détenu reste titulaire. L'administration pénitentiaire n'ayant pas tenu compte du premier arrêt du Conseil d'État, M. WADEH demanda la condamnation de l'administration pénitentiaire à une astreinte<sup>241</sup>. C'est le second arrêt du Conseil d'État, datant du 15 janvier 2002, qui en l'espèce, corrige une conception qui jusqu'ici, permettait l'arbitraire tant de l'administration pénitentiaire que des directions locales. De plus, il reconnaît que la punition infligée au requérant modifie fondamentalement la situation juridique de M. WADEH<sup>242</sup>. En outre, le Conseil d'État souligne la nécessité de considérer le détenu comme un citoyen dans le cadre des mesures disciplinaires. En ce sens, il faut lui garantir les mêmes droits et garanties qu'aux citoyens libres<sup>243</sup>.

Partant, un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme prolonge et ajoute des éléments aux arrêts du Conseil d'État analysés précédemment. Il s'agit de l'arrêt *Bamouhammad c. Belgique*<sup>244</sup> du 17 février 2016. Dans cette affaire, nous nous intéresserons, aussi bien aux multiples transferts dont a pu souffrir Monsieur BAMOUHAMMAD et qu'aux sanctions disciplinaires qui lui ont été infligées. De prime abord, l'article 38 § 3 de la loi du 12 janvier 2005 prévoit « { ... } le plan de détention contient aussi des avis éventuels concernant des transferts qui peuvent être raisonnablement prévus pour le condamné { ... } »<sup>245</sup>. Cependant, M. BAMOUHAMMAD subit dix-sept transferts successifs d'une prison à une autre entre janvier 2006 et décembre 2007. Le 6 décembre 2007, à la prison d'Ittre, il fit l'objet de nombreuses mesures disciplinaires à cause de comportements violents et agressifs envers le personnel de la

<sup>238</sup> M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population...*, op. cit., pp. 57 à 81.

<sup>239</sup> J. DETIENNE, op. cit., p. 23.

<sup>240</sup> M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population...*, op. cit., pp. 57 à 81.

<sup>241</sup> J. DETIENNE, op. cit., p. 23.

<sup>242</sup> J. DETIENNE, op. cit., p. 23.

<sup>243</sup> J. DETIENNE, op. cit., p. 24.

<sup>244</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Bamouhammad c. Belgique*, 17 février 2016.

<sup>245</sup> Loi de principes du 12 janvier 2005 précitée, art. 38, §3.

prison<sup>246</sup>. La Commission de surveillance de la prison établit un rapport contenant les éléments suivants : le détenu était entravé et la cellule n'était pas chauffée, il ne pouvait pas prendre de douche ni changer de vêtements, etc. Cette même Commission s'interrogea sur la légitimité et l'opportunité d'imposer des mesures disciplinaires aussi contraignantes et humiliantes<sup>247</sup>. Le 16 décembre 2007, M. BAMOUHAMMAD fut transféré à la prison de Lantin, soit deux semaines après son arrivée à la prison d'Ittre. Dès son arrivée, il fut placé dans un « *régime cellulaire strict* ». Celui-ci prévoit : un port des menottes systématiques, une mise à l'isolement, des conversations téléphoniques et visites au parloir à concurrence de deux fois par semaine, etc. Notons dès à présent qu'il était le seul dans cette aile de la prison (Bloc U), dès lors, quand il fut transféré dans une aile contenant d'autres détenus (Bloc S) et ce à sa demande, M. BAMOUHAMMAD se vit alourdir ses conditions de vie en cellule (son accès au téléphone vu réduit à trente-cinq minutes par jour, interdiction de tout contact avec les autres détenus, etc.)<sup>248</sup>.

Le régime « *disciplinaire* », tel qu'analysé par Michel FOUCAULT, résulterait d'une faiblesse du contrôle institutionnel externe belge sur ses administrations pénitentiaires. Celle-ci s'entrevoit à la lumière combinée de trois éléments : (1) l'absence d'indépendance des organes de contrôle externe, (2) le peu d'effectivité du droit de plainte accordé aux détenus et (3) la pauvreté du contrôle parlementaire<sup>249</sup>. (1) S'agissant de l'absence d'indépendance des organes de contrôle externe au pénitencier, l'un des principaux problèmes est que la Belgique, à l'époque, n'a pas ratifié le Protocole facultatif datant du 18 décembre 2002 et se rapportant à la Convention des Nations Unies contre la torture et d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (ce qu'elle fit en 2005, prémisse d'évolutions législatives qui n'aboutirent pas selon les Nations-unies)<sup>250</sup>. Ce Protocole est essentiel car il prévoit plusieurs principes importants dont un renforcement des mécanismes nationaux de « *contrôle* » par des organes indépendants, dont le Sous-Comité qui sera en mesure de visiter les établissements de détention à son bon vouloir et ce aux fins de favoriser la protection des personnes privées de liberté<sup>251</sup>. Donc, sans ces mécanismes de contrôle indépendant, le régime « *disciplinaire* » en prison est discrétionnaire à l'administration pénitentiaire. Cependant, même si la loi du

<sup>246</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Bamouhammad c. Belgique*, 17 février 2016, §§13 à 14.

<sup>247</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Bamouhammad c. Belgique*, 17 février 2016, §15.

<sup>248</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Bamouhammad c. Belgique*, 17 février 2016, §§16 à 21.

<sup>249</sup> G. CLIQUENNOIS, Y. CARTUYVELS et B. CHAMPETIER, « Le contrôle judiciaire européen de la prison : les droits de l'homme au fondement d'un panoptisme inversé ? », *Déviance et Société*, 2014/4, p. 494.

<sup>250</sup> O. NEDERLANDT et M. LAMBERT, « La réforme du Conseil central de surveillance pénitentiaire et des commissions de surveillance des prisons : entre attentes déçues et raisons d'espérer ? », *e-legal*, 2019/2, pp. 6 à 7.

<sup>251</sup> G. CLIQUENNOIS, Y. CARTUYVELS et B. CHAMPETIER, *op. cit.*, p. 494.

12 janvier 2005 crée deux organes de contrôle dont, (1) le Conseil central de surveillance pénitentiaire et (2) les commissions de surveillance, leur indépendance n'est pas de mise. En ce sens, ces deux organes éprouvent de multiples difficultés. S'ils peuvent accéder à tout moment aux établissements, ils ne disposent d'aucun soutien humain, administratif et logistique pour accomplir leurs tâches<sup>252</sup>. De plus, le Conseil d'État se déclare clairement incompétent pour ce qui relève des mesures d'ordre et de sécurité en prison, les considérant comme une atteinte portée à des droits subjectifs. Il est clair qu'aucun réel contrôle ne s'exerce sur les mesures disciplinaires prises par les autorités pénitentiaires<sup>253</sup>. Enfin, on ne peut pas prétendre que le contrôle externe sur la légalité des décisions prises par les autorités pénitentiaires soit inexistant. Il reste très limité tout comme demeurent faibles les possibilités pour le détenu de faire valoir ses droits contre les décisions de l'administration pénitentiaire, celui-ci étant dans un rapport de force inégalitaire<sup>254</sup>. Nous pouvons avancer que les pénitenciers belges sont plus proches d'un « *panoptisme* » étanche et rigide, propre à la définition de Michel FOUCAULT (Jeremy BENTHAM), que d'un « *contrôle* » tel qu'envisagé par Gilles DELEUZE.

De plus, Jeremy BENTHAM ajoute, dans le Panoptique, certains traits distinctifs propres à la société « *disciplinaire* ». Nous nous attarderons sur (1) l'habillement et (2) la santé. (1) L'habillement est étroitement lié à la santé, en ce sens qu'il ne peut pas y être contraire. Il doit porter la marque de l'humiliation et donc par exemple : des longueurs de manches inégales afin qu'en cas d'évasion on puisse reconnaître un détenu échappé. (2) Concernant la santé des détenus, Jeremy BENTHAM ajoute que l'usage des bains doit être régulier, l'exercice de plein air est vivement recommandé<sup>255</sup>. L'arrêt BAMOUHAMMAD<sup>256</sup> révèle qu'outre les mesures disciplinaires, l'inhumanité du traitement dépasse largement les objectifs du Panoptique de Jeremy BENTHAM. En ce sens, un détenu subit sa peine. Dès lors, on ne doit pas rendre sa condition meilleure ou pire que celle des individus qui vivent dans un état d'innocence et de liberté<sup>257</sup>. Michel FOUCAULT précise, concernant les prisons - cela s'applique aussi à l'analyse de l'arrêt suivant - que ces dernières sont d'immenses « *machines* » qui ne produisent rien du tout. Elles sont des tours de passe-passe, des mécanismes « *d'élimination circulaire* »<sup>258</sup>. La société élimine les individus en les envoyant en prison et celle-ci vient les briser, les écraser

---

<sup>252</sup> G. CLIQUENNOIS, Y. CARTUYVELS et B. CHAMPETIER, *op. cit.*, pp. 495 à 497.

<sup>253</sup> G. CLIQUENNOIS, Y. CARTUYVELS et B. CHAMPETIER, *op. cit.*, pp. 505 à 506.

<sup>254</sup> G. CLIQUENNOIS, Y. CARTUYVELS et B. CHAMPETIER, *op. cit.*, pp. 505 à 506.

<sup>255</sup> J. BENTHAM, *op. cit.*, pp. 42 à 47.

<sup>256</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Bamouhammad c. Belgique*, 17 février 2016.

<sup>257</sup> J. BENTHAM, *op. cit.*, p. 20.

<sup>258</sup> M. FOUCAULT, *Dits et écrits...*, *op. cit.*, pp. 1394 à 1395.

pour ensuite les remettre dans la société et ainsi de suite. Enfin, les détenus sont dressés, redressés et normalisés, tel est le souhait pour le bon fonctionnement de la société « *disciplinaire* »<sup>259</sup>. Michel FOUCAULT détermine que c'est seulement par l'action collective (la reconnaissance de droits) et l'organisation politique que les détenus pourront échapper à ce système de dressage/normalisation<sup>260</sup>.

Ensuite, l'arrêt *JEANTY c. Belgique*<sup>261</sup> de la Cour européenne des droits de l'homme, datant du 31 juillet 2020, nous apprend que si un détenu tente de mettre fin à ses jours en prison, l'administration pénitentiaire pourra lui enlever ses vêtements ainsi que tous les objets susceptibles d'être utilisés à cette fin. En son paragraphe 25 il est mentionné que « *quelques minutes après le départ du médecin, le requérant frappa à la fenêtre. Sur ordre du médecin, il fut décidé de lui mettre un casque, ainsi que des menottes à l'avant afin d'empêcher le requérant de se blesser en se tapant la tête contre le mur. Le médecin décida que le requérant resterait entravé jusqu'au lendemain matin* »<sup>262</sup>. Un peu plus loin dans l'arrêt, au paragraphe 27 nous apprenons que « *à sa sortie de la cellule d'isolement, le directeur entendit le requérant au cours d'une audition disciplinaire et prit une sanction disciplinaire de placement en cellule de punition pendant trois jours au motif que les menaces du requérant d'attenter à sa vie visaient à faire pression sur le personnel pénitentiaire pour obtenir une mutation de cellule* »<sup>263</sup>.

Cet arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme traite de la « *discipline* », telle que définie par Michel FOUCAULT. En ce sens, la vie et la santé mentale des détenus devraient être respectées/promues à l'intérieur du pénitencier. Cependant, elle se révèle être un échec du cadre juridique et met en exergue le recours à la sanction disciplinaire plutôt qu'à une surveillance/un contrôle plus accrue des personnes jugées « *vulnérables* »<sup>264</sup>. Cet arrêt est d'autant plus intéressant dans ce qu'il ne dit pas directement. De fait, la Cour européenne des droits de l'homme promeut une « *normalisation carcérale* ». Ce terme de « *normalisation* » analysé depuis le début de ce travail revêt la particularité d'accorder aux détenus un alignement de ses

<sup>259</sup> M. FOUCAULT, *Dits et écrits...*, op. cit., pp. 1394 à 1395.

<sup>260</sup> M. FOUCAULT, *Dits et écrits...*, op. cit., p. 1397.

<sup>261</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Jeanty c. Belgique*, 31 juillet 2020.

<sup>262</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Jeanty c. Belgique*, 31 juillet 2020, §25.

<sup>263</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Jeanty c. Belgique*, 31 juillet 2020, §27.

<sup>264</sup> V. ICARD, « Vers une conciliation entre sécurité et droit en prison ? Questionner la sécurité dynamique », *Déviance et Société*, 2016/4, pp. 433 à 434.

conditions carcérales sur les standards de la vie extérieure<sup>265</sup>. La « *normalisation carcérale* » permettrait aux surveillants d'être intégrés au projet de l'institution, en favorisant la dimension positive de leur action auprès des détenus<sup>266</sup>. Pourtant, on se retrouve dans une situation proche du Panoptique, imaginé par Jeremy BENTHAM, où précisément pour préserver leur place, les agents de surveillance revendiquent la mission traditionnelle de garde et la primauté du rôle sécuritaire. Dès lors, une approche du travail relationnel à visée sociale ou morale des agents de surveillance serait réduite à néant. On voit réapparaître une codification et une formalisation des différents ordres normatifs, qui réduisent l'autonomie normative de ces mêmes surveillants qui sont, eux aussi, pris dans une « *normalisation disciplinaire* » de par leur poste<sup>267</sup>.

Ajoutons que les normes européennes reconnaissent la protection de la société comme le but de la prison tout en imposant aux administrations pénitentiaires de légitimer les restrictions imposées aux détenus. Ces restrictions doivent être légales, légitimes, nécessaires et proportionnelles<sup>268</sup>. Le pouvoir « *disciplinaire* » du personnel n'est donc pas absolu. De plus, le bien-être physique et mental des détenus doit être protégé par des soins médicaux adéquats (le fait est que mettre un casque et menotter M. JEANTY toute une nuit ne favoriserait pas l'effet de bien-être physique et mental attendu). Des limites sont apportées au pouvoir discrétionnaire et arbitraire du personnel et du régime disciplinaire par la reconnaissance d'un droit de plainte et des recours juridiques externes<sup>269</sup>. Les souffrances actuellement le plus souvent mentionnées par les détenus se rapportent à une incertitude liée aux décisions discrétionnaires/disciplinaires tant des surveillants que des instances externes (juridiques ou administratives). Dès lors, le pouvoir se diffuse, se décentralise, devient certes plus léger mais anonyme, il est partout et en même temps nulle part. C'est l'amorce de ce que Michel FOUCAULT considère comme la fin de la « *discipline* » et le passage à autre chose, qu'on pourrait appeler le « *contrôle* »<sup>270</sup>. En outre, la « *discipline* » ne disparaît pas avec la montée progressive du « *contrôle* ». Au contraire, elle devient de plus en plus pernicieuse car se plaçant en aval du contrôle, elle est souvent une surprise pour ceux qui la subissent.

---

<sup>265</sup> V. ICARD, *ibidem.*, pp. 433 à 434.

<sup>266</sup> M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population...*, *op. cit.*, pp. 57 à 81.

<sup>267</sup> V. ICARD, *op. cit.*, pp. 453 à 454.

<sup>268</sup> S. SNACKEN, « Les structures européennes de contrôle des administrations pénitentiaires », *Déviance et Société*, 2014/4, p. 414.

<sup>269</sup> S. SNACKEN, *ibidem*, p. 414.

<sup>270</sup> S. SNACKEN, *ibidem*, p. 417.

Sous-section 2.2. La volonté de contrôler les groupes humains se retrouve-t-elle dans la jurisprudence belge/CEDH de ces dernières années ?

Tout d'abord, l'arrêt *Tekin et Arslan c. Belgique*<sup>271</sup>, de la Cour européenne des droits de l'homme, datant du 5 décembre 2017, nous en apprend beaucoup sur la notion de « *contrôle* » telle que développée par Gilles DELEUZE. Dans les faits, les requérants sont les parents de M. TEKIN. Ce dernier fut incarcéré à plusieurs reprises entre février 2007 et juillet 2009 dans les ailes psychiatriques de la prison de Jamioulx. En août 2009, M. TEKIN a été placé dans une cellule individuelle d'une section ordinaire de la prison de Jamioulx suite à des faits d'outrage et menaces verbales à l'encontre de deux agents de police<sup>272</sup>. Lors de la matinée du 8 août 2009, M. Tekin a été présenté à la directrice adjointe de la prison de Jamioulx afin de lui faire passer « *l'entretien* » des nouveaux arrivants. À l'issue de cet entretien, la directrice adjointe prit la décision d'appliquer des mesures de « *sécurité* » particulière pour une durée de sept jours<sup>273</sup>. Mécontent de ces mesures, M. TEKIN protesta. Plusieurs agents arrivèrent sur place et l'empoignèrent d'une telle force qu'il eut du mal à respirer et même parler par la suite. Les événements se dégradèrent assez vite et M. TEKIN décéda le même jour<sup>274</sup>.

Jeremy BENTHAM, penseur d'une société dite « *disciplinaire* », nous apprend que la détention ne doit pas être accompagnée de souffrances corporelles, préjudiciables ou dangereuses à la santé ou la vie des détenus<sup>275</sup>. Michel FOUCAULT ajoute que selon « *l'économie du pouvoir* », il est plus efficace et plus rentable de surveiller que de punir. Ce pouvoir dit « *capillaire* » atteint le corps des individus, leurs gestes, leurs attitudes et leur vie quotidienne. En ce sens, le contrôle est partout, en tout temps (démonstré par Gilles DELEUZE)<sup>276</sup>. Partant, Michel FOUCAULT, appuie sur le fait que la prison est la première fabrique de la délinquance et que les délinquants se surveillent/contrôlent entre eux « *intra-muros* »<sup>277</sup>. Donc, là où on aurait pu penser que le passage à une société de « *contrôle* », telle qu'imaginée par Gilles DELEUZE, aurait freiné ou du moins désengorgé les pénitenciers, le fait est que nous n'avons jamais eu autant d'individus enfermés<sup>278</sup>. Nous nous arrêtons sur la notion « *d'entretien* » citée dans l'arrêt ci-dessus. On

<sup>271</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Tekin et Arslan c. Belgique*, 5 décembre 2017.

<sup>272</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Tekin et Arslan c. Belgique*, 5 décembre 2017, §§6 à 12.

<sup>273</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Tekin et Arslan c. Belgique*, 5 décembre 2017, §14.

<sup>274</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Tekin et Arslan c. Belgique*, 5 décembre 2017, §§15 à 27.

<sup>275</sup> J. BENTHAM, *op. cit.*, pp. 19 à 20.

<sup>276</sup> M. FOUCAULT, *Dits et écrits...*, *op. cit.*, pp. 1609 à 1610.

<sup>277</sup> M. FOUCAULT, *Dits et écrits...*, *op. cit.*, p. 1614.

<sup>278</sup> P. MARY et Y. CARTUYVELS, *op. cit.*, p. 39.

retrouve cette notion d'entretien/d'enquête dans la loi du 12 janvier 2005 à l'article 35 §1<sup>er</sup><sup>279</sup>. Contrairement à la « *normalisation* », propre à la société « *disciplinaire* » de Michel FOUCAULT, l'entretien est l'élément central d'une société de « *contrôle* » telle que définie par Gilles DELEUZE. L'individu devrait être capable d'agir/de réagir à une situation donnée sans pour autant être confrontée à sa hiérarchie/sa direction<sup>280</sup>. Par exemple, M. TEKIN lors de son entretien avec la directrice, eut le droit à la parole pour expliquer ses comportements (maximum d'individualisation). Donc la « *discipline* » n'est plus du côté du pouvoir/de la hiérarchie mais se transforme en un « *autocontrôle* » de l'individu sur lui-même, sur ses comportements<sup>281</sup>. Sur cette même note, nous remarquons l'avènement d'un système de « *punition par anticipation* » (notion propre à Michel FOUCAULT)<sup>282</sup>. En ce sens, M. TEKIN, bien qu'ayant autrefois commis des crimes/délits, se retrouve à la fin de cet « *entretien* » dans l'obligation de se soumettre à des mesures de « *sécurité* », pourtant sur le moment même, il n'y avait pas de raisons de lui faire subir cette « *punition par anticipation* ». En outre, c'est après une telle « *punition par anticipation* » que la normalisation/la disciplinarisation du détenu fut activée et que par jeu de forces, M. TEKIN décéda. Nous pouvons en conclure que la « *discipline* » et le « *contrôle* » ne sont pas deux notions totalement hétérogènes l'une à l'autre<sup>283</sup>.

Enfin, l'analyse d'un arrêt ne se rapportant pas directement à la loi du 12 janvier 2005, semble intéressant pour clôturer ce chapitre. En ce sens, il est aussi question de milieux d'enfermement, pratiquant le « *contrôle* » et la « *discipline* » sans pour autant répondre de la loi vue ci-dessus. Cet arrêt ouvre notre analyse à un niveau supérieur, qui est celui de l'Union européenne. Partant, il montre que les notions de « *discipline* » et de « *contrôle* » analysées au cours de ce travail ne s'arrêtent pas aux frontières belges. Il s'agit de l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce* du 21 janvier 2011<sup>284</sup> de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans les faits, le requérant arriva en Belgique le 10 février 2009. Il se présenta à l'Office des étrangers afin d'y introduire sa demande d'asile. L'examen et la comparaison des empreintes digitales révélèrent, sur la base du rapport Eurodac, que le requérant avait été enregistré précédemment en Grèce. Dans un premier temps, le requérant fut hébergé dans un centre ouvert à Lanaken<sup>285</sup>. Le 19 mai 2009, l'Office des étrangers prit une décision de refus de séjour avec ordre de quitter le

<sup>279</sup> Loi de principes du 12 janvier 2005 précitée, art. 35, §1<sup>er</sup>.

<sup>280</sup> E. DA SILVA (dir.), *op. cit.*, pp. 60 à 73.

<sup>281</sup> F. CLAISSE, *op. cit.*, p. 107.

<sup>282</sup> N. BOURGOIN, *op. cit.*, p. 726.

<sup>283</sup> B. MAZABRAUD, *op. cit.*, pp. 171 à 172.

<sup>284</sup> Cour eur. D.H., arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011.

<sup>285</sup> Cour eur. D.H., arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011, §§11 à 12.

territoire. Le requérant fut privé de sa liberté en vue de l'exécution de cette décision et placé au centre fermé pour illégaux<sup>286</sup>. Bien que le reste de l'arrêt soit intéressant, nous nous arrêterons ici pour analyser la notion de « *contrôle* » telle que définie par les différents auteurs au chapitre premier (Gilles DELEUZE et Michel FOUCAULT) et le rapport plus que certain à la théorie du Nudge.

Concernant les milieux d'enfermement et plus globalement ceux de la société européenne, Michel FOUCAULT, nous apprend que nous sommes tous en prison. Les individus sont pris dans un système de surveillance et de punition continues propre à la société de « *contrôle* »<sup>287</sup>. Dans l'arrêt ci-dessus, il est un fait que le requérant, de par l'enregistrement de ses empreintes digitales, ne pourra pas se déplacer sans être sous le joug d'une surveillance continue des autorités européennes. Gilles DELEUZE, en définissant la société de « *contrôle* » utilise des termes comme « *électrons libres* », « *fluidité des individus dans la société* », etc. Ces notions se retrouvent aujourd'hui au niveau européen, dans la gestion de l'immigration<sup>288</sup>.

Dès lors, dans ce contexte de « *fluidité* » qui caractérise notre temps, les paramètres de la mobilité sont en perpétuelle évolution. Ils ne suivent plus seulement les moyens de production mais sont de plus en plus déterminés par des motifs subjectifs qui modifient les causes, la durée et la trajectoire des migrations<sup>289</sup>. Toutefois, l'Union européenne hésite à faire de cette « *fluidité* » un atout dans sa politique migratoire. En ce sens, elle continue de mélanger la logique sécuritaire propre à la société de « *contrôle* » à la logique « *utilitariste* » (notion propre à Herbert HART<sup>290</sup> et partagée par Jeremy BENTHAM dans le Panoptique<sup>291</sup>) d'accueil des migrants qualifiés pour combler un manque de main-d'œuvre dans le pays<sup>292</sup>. La conséquence la plus visible est la quasi-impossibilité de gérer ce flux de migrants avec la démarche propre à la société « *disciplinaire* » de Michel FOUCAULT, c'est-à-dire, le classement, la catégorisation, la « *normalisation* »<sup>293</sup>.

La solution à ce problème a été recherchée dans un recours aux technologies nouvelles

---

<sup>286</sup> Cour eur. D.H., arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011, §§17 à

<sup>287</sup> M. FOUCAULT, *Dits et écrits...*, op. cit., p. 1398.

<sup>288</sup> A. CEYHAN, « Les technologies européennes de contrôle de l'immigration », *Réseaux*, 2010/1, p. 133.

<sup>289</sup> A. CEYHAN, *ibidem*, p. 133.

<sup>290</sup> H.-L.-A. HART, op. cit., pp. 1 à 314.

<sup>291</sup> J. BENTHAM, op. cit., pp. 19 à 20.

<sup>292</sup> A. CEYHAN, op. cit., p. 133.

<sup>293</sup> G. DELEUZE, *Foucault...*, op. cit., p. 36.

d'identification et de surveillance, dont la caractéristique première est d'être à la fois mobile (suivre les individus, déterminer leur identité, etc.) et intelligente (non pas tout le temps mais seulement si le besoin s'en fait sentir<sup>294</sup>). Le caractère distinctif de cette société de « *contrôle* » tient en sa fonction proactive et prédictive. En effet, il sert à détecter les « *individus à risque ou dangereux* » avant même leur arrivée sur le sol européen (rappelons-nous de la notion de « *punition par anticipation* » analysée au chapitre premier sous-section 2.1)<sup>295</sup>. Mais quel est l'impact de ce dispositif sécuritaire/de contrôle sur le plan européen et plus globalement pourquoi peut-on rattacher le concept de « *gouvernementalité* »<sup>296</sup> (entendu comme des techniques et procédures destinées à diriger la conduite des hommes) de Michel FOUCAULT à la théorie du Nudge ?<sup>297</sup> De prime abord, ce qu'on appelle les frontières « *intelligentes* » a pour but d'adapter la sécurité à la fluidité (le contrôle étant, selon Gilles DELEUZE, à rotation rapide et illimitée<sup>298</sup>). On équipe donc les frontières d'un réseau de surveillance technologique pour d'une part détecter les individus dangereux et d'autre part accélérer le passage des individus qui ne posent pas de risque de sécurité<sup>299</sup>. Ensuite, l'Europe recourt aux technologies de pointe comme la biométrie (dont le système Eurodac) pour satisfaire à une exigence de contrôle grandissante<sup>300</sup>. La biométrie, proche des tactiques marketing propre à la théorie du Nudge, fait que ce n'est plus seulement l'identité de l'individu qui est réceptionnée mais aussi ses goûts, son appartenance à des réseaux, etc.<sup>301</sup>.

En outre, la notion de « *gouvernementalité* », propre à Michel FOUCAULT, nous apprend que le pouvoir ne se réduit pas au seul contrôle du territoire, mais s'étend au gouvernement des hommes, des individus et des collectivités<sup>302</sup>. C'est donc un régime de pouvoir qui a pour cible principale la population dans son ensemble et pour instrument technique les dispositifs de sécurité. Donc, la « *gouvernementalité* » joue sur les comportements des individus (tout comme le Nudge) qui sont en mouvement et ce qu'on parle des touristes ou des migrants<sup>303</sup>. Dès lors apparaît un nouveau type de « *gouvernementalité* » ayant un impact direct sur les migrants/passeurs. Les frontières deviennent informatiques et contribuent à la modification des

---

<sup>294</sup> E. DA SILVA (dir.), *op. cit.*, pp. 60 à 73.

<sup>295</sup> A. CEYHAN, *op. cit.*, p. 134.

<sup>296</sup> M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population...*, *op. cit.*, pp. 91 à 113.

<sup>297</sup> A. CEYHAN, *op. cit.*, pp. 134 à 135.

<sup>298</sup> G. DELEUZE, « Les sociétés de contrôle... », *op. cit.*, pp. 10 à 11.

<sup>299</sup> A. CEYHAN, *op. cit.*, p. 138.

<sup>300</sup> A. CEYHAN, *op. cit.*, p. 141.

<sup>301</sup> A. CEYHAN, *op. cit.*, p. 144.

<sup>302</sup> M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population...*, *op. cit.*, pp. 91 à 113.

<sup>303</sup> A. CEYHAN, *op. cit.*, p. 145.

stratégies de départ (génèrent des pratiques de détournement et d'adaptation des individus aux nouvelles technologies). La conséquence est la professionnalisation informatique des migrants/passeurs, qui en viennent à déployer les mêmes types de connaissances que les fabricants de ces systèmes afin de les contourner. Donc, les techniques de nudge/de contrôle, ne résident plus seulement dans les mains de ceux qui en sont à l'origine mais aussi dans les mains de ceux qui le subissent<sup>304</sup>. En outre, toutes ces mesures caractérisent le passage d'un « système réactif » (disciplinaire) à un « système proactif » (de contrôle et d'anticipation), dont l'objectif est d'identifier les risques probables pour ensuite et s'il s'avère nécessaire mettre en place la « disciplinarisation » des individus<sup>305</sup>.

### **Chapitre 3. Le rôle de l'État belge dans ces concepts de « contrôle » et « discipline » ? Une explication de la théorie du Nudge (ou paternalisme libéral) au regard des définitions de Michel FOUCAULT et Gilles DELEUZE**

Lors de ce troisième et dernier chapitre, nous analyserons la théorie du Nudge (ou paternalisme libéral) à l'aune des définitions de « discipline » et de « contrôle » telles que développées par Michel FOUCAULT et Gilles DELEUZE (**section 1**). Ensuite, nous proposerons une critique foucaldienne de la théorie du Nudge ; cette dernière nous permettra - ou pas - d'asseoir sa légitimité/efficacité dans un potentiel changement de la représentation du système juridique belge/européen (**section 2**).

#### **Section 1. Le « contrôle collectif » une nouvelle méthode de surveillance des individus particuliers (la théorie du Nudge)**

##### **Sous-section 1.1. La théorie du « Nudge » ou de « paternalisme libéral » ; explication et mise en pratique à l'aune des définitions de « discipline » de Michel FOUCAULT et de « contrôle » de Gilles DELEUZE**

Tout d'abord, le terme « nudge » peut être défini comme « tout aspect de l'architecture de choix qui modifie de façon prévisible le comportement des gens sans interdire aucune option

---

<sup>304</sup> A. CEYHAN, *op. cit.*, p. 147.

<sup>305</sup> A. CEYHAN, *op. cit.*, p. 148.

ou modifier de façon significative les incitations financières »<sup>306</sup>. Ainsi, le nudge, de prime abord, n'a aucun caractère contraignant. Peut-on dire que c'est une méthode douce favorisant la prise de bonnes décisions ? Par exemple, une stratégie centrale dans les dispositifs du nudge est le « retour d'information » qui conduit à favoriser les politiques de « divulgation obligatoire »<sup>307</sup>. Partant, laisser les grandes entreprises décider de leurs pratiques environnementales en les soumettant à des exigences précises de divulgation paraît entraîner une « baisse significative de leurs décisions d'investissement », notamment sous l'effet de leur crainte des conséquences funestes de toute publicité négative<sup>308</sup>. Dès lors, n'y a-t-il pas un caractère contraignant, qu'on pourrait rapprocher de la notion de « discipline » de Michel FOUCAULT ? En ce sens, afin de favoriser le « retour d'information », les entreprises sont contraintes de divulguer des informations précises (un parallèle peut être dressé avec la notion de « normalisation »<sup>309</sup>). L'aspect libertarien nous pousse à nous méfier de tout ce que l'État peut imposer comme contrainte à ses citoyens (même si celles-ci peuvent parfois être justifiées)<sup>310</sup>. Les contraintes propres au nudge et se rapprochant de la notion de « discipline » de Michel FOUCAULT, tiennent à un « sentiment d'écrasement ». En ce sens, nous sommes ensevelis d'une myriade de choix, dont le « bon choix » doit être le « meilleur choix ». Vu que l'individu est un simple mortel, qui plus est faillible du fait de son attention limitée, le nudge peut se résumer comme un besoin d'être mis sur la bonne voie lorsqu'il y a des décisions « difficiles » à prendre. La conséquence est une adaptation automatique à un univers « sur-intriqué » dont nos capacités limitées ne nous permettent plus d'assurer la reproduction<sup>311</sup>.

Les nudges prennent de multiples apparences, se fondant dans toutes les strates de la société. Les nudges dits « subliminaux » (injonctions et distorsions sensorielles affectant les perceptions des individus d'un environnement sans qu'ils ne s'en aperçoivent) en viennent à « court-circuiter » la prise de décisions<sup>312</sup>. En ce sens, la notion de « discipline » de Michel FOUCAULT est transformée en « organisme humain qui est formaté pour son bien-être par le paramétrage méticuleux d'un environnement reconditionné, qui s'adresse à lui non en termes de choix réfléchis, mais de stimuli-réponses relevant du réflexe »<sup>313</sup>. Selon Jeremy BENTHAM, les

<sup>306</sup> A. AIN AL-SHAMS, « Le nudge ; Embarras du choix & paternalisme libertarien », *Multitudes*, 2017/3, p. 45.

<sup>307</sup> C. HUYARD, « Nudges : validité, limites et enjeux éthiques, notamment en santé », *Med. Sci.*, 2016/32, pp. 1130 à 1134.

<sup>308</sup> A. AIN AL-SHAMS, *op. cit.*, p. 45.

<sup>309</sup> M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population...*, *op. cit.*, pp. 57 à 81.

<sup>310</sup> A. AIN AL-SHAMS, *op. cit.*, p. 46.

<sup>311</sup> A. AIN AL-SHAMS, *op. cit.*, pp. 47 à 48.

<sup>312</sup> A. AIN AL-SHAMS, *op. cit.*, pp. 48 à 49.

<sup>313</sup> A. AIN AL-SHAMS, *op. cit.*, pp. 48 à 49.

individus, de par leur nature et leurs limitations, ne peuvent trouver en eux-mêmes les ressorts de leur autonomie morale et politique. Il revient à « *l'utilitarisme* » - développé par cet auteur et complété par Herbert HART - de fonder les conditions juridiques et institutionnelles permettant de répondre aux aspirations libérales de la société. La tension entre libéralisme et paternalisme, dans la pensée de Jeremy BENTHAM, ne parvient pas à faire droit à l'idée que la liberté puisse, par l'accomplissement de soi et de l'individualité, être au service du progrès des sociétés<sup>314</sup>.

Dès lors, quel lien pouvons-nous faire avec la notion de « *discipline* » telle qu'examinée par Michel FOUCAULT au chapitre premier de ce travail ? L'architecte de choix peut contraindre les individus à prendre une décision, la « *meilleure décision* ». Ainsi, les préférences réelles des individus ne sont plus à deviner mais résultent d'un choix actif qui découle d'une manipulation des architectes de choix<sup>315</sup>. La mise en discussion avec la notion de « *normalisation* »<sup>316</sup> chez Michel FOUCAULT nous apprend que les individus considèrent que les choix obligatoires sont une corvée et qu'ils préféreraient une « *option par défaut* ». Dès lors, par exemple, il est plus facile pour un individu de s'abstenir de devoir lire un manuel d'utilisation lorsqu'il peut simplement choisir le paramétrage par défaut<sup>317</sup>. De plus, même si le choix n'est pas contraint, la théorie du Nudge « *invisibilise* » partiellement certaines données pour inciter les individus à suivre ce qu'elle considère comme la « *bonne décision* ». Cette « *invisibilisation* » peut être rapprochée du Panoptique de Jeremy BENTHAM (« *être vu sans jamais vraiment voir en retour* ») et donc de la société disciplinaire de Michel FOUCAULT<sup>318</sup>. En ce sens, les gouvernements décident de créer des unités de mesure « *normalisées* » afin d'aider les individus à établir des comparaisons. Par exemple, dans la société « *disciplinaire* », l'individu sait que s'il commet un meurtre, il sera puni, et le même procédé est appliqué à la théorie du Nudge<sup>319</sup>.

Ensuite, un auteur qu'on pourrait mettre en lien avec la pensée de Gilles DELEUZE est John STUART MILL. Plus précisément, son approche du « *paternalisme* ». Cette dernière peut être mise en parallèle avec la notion de « *contrôle* » propre à Gilles DELEUZE. En ce sens, le

---

<sup>314</sup> B. BOURCIER, « Nouvelles lectures de Jeremy Bentham », *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, 2023/1, p. 79.

<sup>315</sup> R. THALER et C. SUNSTEIN, *Nudge*, Paris, Vuibert, 2022, p. 116.

<sup>316</sup> M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population...*, *op. cit.*, pp. 57 à 81.

<sup>317</sup> R. THALER et C. SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 117.

<sup>318</sup> M. FOUCAULT, *Surveiller et punir...*, *op. cit.*, p. 235.

<sup>319</sup> R. THALER et C. SUNSTEIN, *op. cit.*, pp. 139 à 141.

nudge se rapproche du principe de « *non-nuisance* »<sup>320</sup>. Ce principe est vu comme un argument décisif contre le paternalisme politique et juridique, si on entend par là le fait d’interférer sur la vie de l’individu, contre sa volonté et seulement en vue de son propre bien. De plus, on part du principe que le nudge « *ne s’applique pas aux enfants car ils ne disposent pas des facultés requises pour juger ce qui est bon pour eux* »<sup>321</sup>. Le lien à faire avec la pensée de Gilles DELEUZE et sa notion de « *contrôle* » est le suivant : protéger l’individu contre des choix non volontaires et non pas contre des choix déraisonnables. Il appartient à l’État d’imposer une réglementation afin que les individus soient parfaitement informés des dangers qu’ils encourent. Tout l’enjeu du « *paternalisme libéral* » est de déterminer les critères qui permettent de juger une action volontaire d’une action non volontaire<sup>322</sup>.

Auparavant, le destinataire de la communication se limitait à exercer manipulation et sanction, ce qui correspondait à la société disciplinaire de Michel FOUCAULT et au Panoptique de Jeremy BENTHAM. Or, l’apparition du nudge supprime le caractère normalisant de la sanction pour introduire les destinataires comme sujets d’action<sup>323</sup>. Dès lors, là où dans la société « *disciplinaire* », chaque individu jouait un rôle déterminé, dans la société de « *contrôle* », les individus sont joueurs et croupiers<sup>324</sup>. Partant, les architectes du choix opèrent un « *filtrage collaboratif* » qui aide à faciliter, accélérer et automatiser nos actions. Ce sont les destinataires qui décident quelle est la meilleure option, la meilleure norme de comportement que l’individu devrait suivre, etc.<sup>325</sup>. La théorie du Nudge prétend préserver la liberté mais il apparaît davantage qu’elle préserve uniquement une liberté accompagnée d’incitations à un comportement contrôlé. Donc, le nudge n’agit pas directement sur les corps (comme c’était le cas dans le Panoptique de Jeremy BENTHAM) mais sur la conduite des individus (notion propre au « *contrôle* » expliqué par Michel FOUCAULT au chapitre 1 sous-section 1.2.)<sup>326</sup>. Pouvons-nous rapprocher de la notion de « *contrôle* » telle que développée par Gilles DELEUZE les « *options par défaut* » proposées par la théorie du Nudge ? Par exemple, dans le secteur privé, les entreprises utilisent des « *options par défaut* » soit pour se renseigner sur les préférences des individus, soit pour capter des données confidentielles afin de les revendre. Cependant, les individus ne sont pas naïfs et si l’option par défaut ne les satisfait pas, ils reprennent la main

<sup>320</sup> C. BÉAL, « John Stuart Mill et le paternalisme libéral », *Archives de philosophie*, 2012/2, p. 286.

<sup>321</sup> C. BÉAL, *ibidem*, p. 286.

<sup>322</sup> C. BÉAL, *ibidem*, p. 288.

<sup>323</sup> T. MIGLIORE, « Nudge. La décision artificielle », *Actes sémiotiques*, 2021/124, p. 4.

<sup>324</sup> T. MIGLIORE, *ibidem*, p. 4.

<sup>325</sup> T. MIGLIORE, *ibidem*, pp. 5 à 7.

<sup>326</sup> T. MIGLIORE, *ibidem*, pp. 5 à 7.

dessus et décident de leur propre sort<sup>327</sup>. Les individus deviennent leurs propres architectes de choix, ils créent leur nudge personnel. Ils exercent sur eux-mêmes un « *contrôle* » (Gilles DELEUZE) et en cas d'échec s'autosanctionnent (« *discipline* » de Michel FOUCAULT). Par exemple, un individu peut déposer de l'argent sur un compte à terme annuel et s'il retire de l'argent de manière anticipative, ce retrait sera assorti de pénalités. La discipline n'est plus forcément affaire de punition émise par un pouvoir supérieur mais peut être l'œuvre de celui qui détient le contrôle, c'est-à-dire l'individu lui-même<sup>328</sup>.

Enfin, un corollaire à la notion de « *contrôle* » analysée par Gilles DELEUZE, pourrait être le « *sludge* » ou « *l'anti-nudge* ». Ce dernier, a contrario de la théorie du Nudge qui pousse à rendre les choses plus « *faciles* », permet de décourager les individus en instaurant des « *obstacles* »<sup>329</sup>. Par exemple, si l'État ne veut pas accueillir des migrants, il peut les obliger à compléter une pléthore de formulaires (soumis à un contrôle rigoureux des institutions) et si les réponses sont erronées ou considérées comme incomplètes alors les migrants seront sanctionnés (« *discipline* » de Michel FOUCAULT). Les « *sludges* » permettent aux autorités de vérifier si les individus sont éligibles à ce pour quoi ils soumettent une demande et ce par l'intervention des nouvelles technologies de « *contrôle* »<sup>330</sup>.

Afin de conclure cette sous-section 1.1., nous proposons de produire un tableau schématique. Ce dernier regroupe les caractéristiques principales de la théorie du Nudge mis en parallèle avec les notions de « *discipline* » et de « *contrôle* » telles qu'analysées lors des chapitres précédents (Michel FOUCAULT et Gilles DELEUZE). Une analyse de ce tableau nous incite à nous positionner d'un point de vue éthique. Le nudge est-il éthique dans une vision, plus largement, juridique ? Le fait d'orienter les individus dans des choix rencontrant les objectifs/attentes du marché capitaliste ne se heurte-t-il pas à la liberté, à la notion de libre conduite (au sens kantien) ? Par exemple, l'acte préparatoire d'un cambriolage d'une supérette ne pourrait - éthiquement - pas être condamné par un juge d'instruction qu'à l'instant dernier, et ce car le juge part du principe que l'individu est capable de prendre la meilleure décision (celle de s'arrêter, d'interrompre son action, comme dans la théorie du Nudge). Dès lors, notre société n'est-elle pas plus respectueuse de la liberté individuelle que la société projetée par la

---

<sup>327</sup> R. THALER et C. SUNSTEIN, *op. cit.*, pp. 114 à 116.

<sup>328</sup> R. THALER et C. SUNSTEIN, *op. cit.*, pp. 124 à 125.

<sup>329</sup> R. THALER et C. SUNSTEIN, *op. cit.*, pp. 151 à 153.

<sup>330</sup> R. THALER et C. SUNSTEIN, *op. cit.*, pp. 151 à 153.

théorie du Nudge ? Nous avons remarqué auparavant les différences théoriques entre les notions de « *contrôle* » et de « *discipline* ». Partant, la théorie du Nudge importe une nouvelle différence théorique, en ce qu'elle mêle contrainte et non-contrainte, « *normalisation* » et « *individualisation* », etc. Dès lors, là où dans la société « *disciplinaire* », la sanction/punition est visible dès le départ, dans la société de « *contrôle* » la sanction/punition est dissimulée. La théorie du Nudge, quant à elle, cache autant le « *contrôle* » que la « *discipline* » et ce par l'influence des conduites individuelles. La frontière entre l'application des notions de « *contrôle* », de « *discipline* » et la théorie du Nudge, n'est pas si épaisse. Même si les objectifs finaux sont presque identiques, les dénominations ne sont pas les mêmes, et cela génère de nombreuses confusions. De plus, la théorie du Nudge aussi dénommée « *paternalisme libertaire* » peut être décortiquée comme : « *paternaliste* » en ce qu'il est légitime d'influencer le comportement des individus pour les aider à vivre plus longtemps, mieux et en meilleure santé et « *libertaire* » en ce que la liberté de choix des individus ne doit jamais être limitée<sup>331</sup>. Des limites apparaissent au travers des outils classiques de la réglementation et de la taxation qui sont pour les tenants du « *paternalisme libertaire* » à éviter. Donc, comment un individu peut-il réaliser un choix donné sans pour autant porter atteinte de quelque manière que ce soit à sa liberté ? Du point de vue éthique, plusieurs failles dans la proposition de la théorie du Nudge sont évidentes et en viennent à contester son caractère « *libertaire* ». Par exemple, le nudge privilégie le système cognitif automatique par rapport au système cognitif réflexif (qu'il lui arrive de contourner, venant à porter atteinte à la liberté des individus)<sup>332</sup>.

|                                                         | Nudge                                                                                                                                                                                                                                    | Discipline                                                                                                                                                                                     | Contrôle                                                                                                                                                        |
|---------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Michel FOUCAULT (Jeremy BENTHAM et Herbert HART)</b> | Droit « dur » (nudge) —<br>Impératif —<br>Contraignant —<br>Tension entre libéralisme, utilitarisme et paternalisme —<br>Intériorisation des comportements —<br>Influence des conduites individuelles —<br>Unités de mesure normalisées. | Panoptique agit sur les corps —<br>— champ de visibilité —<br>milieux d'enfermement —<br>Espace figé (lenteur) —<br>punition<br>Normalisation —<br>Utilitarisme —<br>Recommencement perpétuel. | Procédés souples —<br>Foyers de contrôle —<br>milieux ouverts —<br>Contrôle social (préventif) —<br>Tribunal de l'opinion publique —<br>Liberté des mouvements. |
| <b>Gilles DELEUZE</b>                                   | Droit « souple » (nudge) —                                                                                                                                                                                                               | Pouvoir qui s'exerce plutôt                                                                                                                                                                    | Localisation (spatialisation) cède                                                                                                                              |

<sup>331</sup> C. HUYARD, *op. cit.*, pp. 1130 à 1134.

<sup>332</sup> C. HUYARD, *op. cit.*, pp. 1130 à 1134.

|  |                                                                                                                                                                       |                                                                                                          |                                                                                                                                                                          |
|--|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|  | incitatif —<br>Non contraignant —<br>Paternalisme (non-nuisance) —<br>Surveillance —<br>« <i>Sludges</i> » —<br>Agis sur la conduite des individus (sur leur esprit). | qu'il ne se possède —<br>Imposer une conduite à un groupe d'individus —<br>Panoptique agit sur l'esprit. | le pas à la vitesse (temporalité) —<br>Individu = électron libre —<br>Incorporation du pouvoir —<br>Nouvelles technologies —<br>Contrôle à rotation rapide et illimitée. |
|--|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

## Sous-section 1.2. De nouveaux moyens juridiques permettant de désengorger les tribunaux et de rattraper l'arriéré judiciaire ? (surveillance électronique, etc.)

Tout d'abord, le nudge peut fournir son « *coup de pouce* » par « *manipulation de saillance* » (diriger l'attention des gens sur les éléments susceptibles de les inciter à prendre l'une ou l'autre décision)<sup>333</sup>. Par exemple dans la loi du 12 janvier 2005 analysée au chapitre précédent, l'article 65 nous apprend que « *les moyens de télécommunications qui ne sont pas autorisés par ou en vertu de la loi sont interdits* »<sup>334</sup>. Réitérons le postulat précédent partant duquel un nombre important de détenus ont en leur possession un téléphone portable et donc un accès aux réseaux socionumériques. Quel rôle peut-on attribuer à la théorie du Nudge dans ce cas précis ? Par exemple, les détenus ayant accès à Internet de par leur téléphone portable, se retrouvent comme tout être libre soumis à la récolte de leurs données par l'intermédiaire des cookies. Ces petits fichiers se nichent sur nos navigateurs et enregistrent nos données. Ils tracent nos habitudes de navigation, nos préférences, nos achats, etc.<sup>335</sup>. Bien que l'Union européenne réglemente de façon « *disciplinaire* » l'exploitation/la récolte des données par l'intermédiaire du RGPD (Règlement Général sur la Protection des Données) cette même réglementation comporte des architectures de choix (nudge). Partant, les cookies ne peuvent être installés que si le détenu a donné activement son consentement. Si les détenus ne font pas l'objet d'une surveillance/d'un contrôle au travers de leurs téléphones portables (car ils ne sont pas censés en posséder) pouvons-nous dire qu'ils sont totalement soumis au nudge, tout comme les individus libres<sup>336</sup> ? Dans l'affirmative, nous confirmons l'hypothèse d'un « *contrôle diffus* », propre à la métaphore de l'autoroute de Gilles DELEUZE<sup>337</sup>. Le fait est que les architectes de

<sup>333</sup> A. AIN AL-SHAMS, *op. cit.*, p. 45.

<sup>334</sup> Loi de principes du 12 janvier 2005 précitée, art. 65.

<sup>335</sup> R. THALER et C. SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 166.

<sup>336</sup> R. THALER et C. SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 166.

<sup>337</sup> Y. NABAT, « Vers une société de surveillance ? », *Futuribles*, 2022/4, pp. 92 à 93.

choix, instaurant le nudge, veulent éviter le caractère disciplinaire découlant du RGPD. Ils mettent donc en place les « *sludges* » - qu'on peut rapprocher de la notion de « *contrôle* » propre à Gilles DELEUZE - en amont même de la sanction. Ces derniers ne permettent pas d'autres options que de consentir aux cookies. En ce sens, si le détenu ouvre une page Internet, il sera dirigé vers un écran sur lequel il devra accepter ou refuser les cookies. Dans le cas où il viendrait à refuser, un autre écran s'ouvrira, contenant une liste de questions sans fin sur les cookies<sup>338</sup>. Ainsi, la frontière entre les notions de « *contrôle* » et de « *discipline* » est d'autant plus perméable que l'une ne peut pas fonctionner sans l'autre dans la théorie du Nudge.

Si on se tient à la définition classique du droit pénal, il a pour finalité de « *rechercher les auteurs d'infractions et leur infliger une peine* ». L'individu est punissable que parce qu'il a commis une faute, on peut donc en conclure qu'il est libre aux moments des faits. Cependant, les dispositifs de surveillance, propre à la société de « *contrôle* », ne reposent que de manière résiduelle sur ce paradigme<sup>339</sup>. En ce sens, la collecte d'informations se fait avant tout sur le fondement de la dangerosité des individus (par exemple, les « *fichés S* » le sont au nom du risque qu'ils représentent pour l'État). Nous sommes dans le registre de la « *potentialité* », le but n'est pas de punir mais de voir pour mieux prévenir. Or, le risque majeur de cette surveillance continue est qu'il faudrait toujours voir plus, avoir toujours plus d'individus pour voir, etc.<sup>340</sup>. Dès lors, la référence au Panoptique de Jeremy BENTHAM se trouve ici renforcée dans ses objectifs premiers. Elle n'est plus limitée au milieu d'enfermement, elle est étendue à toute la société et baptisée « *société de contrôle* ». Comme le précise Michel FOUCAULT, le but de la surveillance est précisément « *de ne plus punir* » tant elle doit permettre l'intériorisation du comportement souhaité par l'individu qui se sait en permanence surveillé<sup>341</sup>.

De plus, un autre procédé de Nudge au pouvoir étendu - surtout à l'âge des réseaux sociaux et des traces numériques - repose sur le « *balisage de repères* » (permetts à l'individu de situer ses propres pratiques et ses propres goûts en fonction de ceux des autres)<sup>342</sup>. L'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce* du 21 janvier 2011<sup>343</sup> nous apprend d'une part que la prise des empreintes du requérant le place sous une surveillance continue des autorités européennes ; d'autre part, la

<sup>338</sup> R. THALER et C. SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 166.

<sup>339</sup> Y. NABAT, *op. cit.*, p. 90.

<sup>340</sup> Y. NABAT, *op. cit.*, p. 90.

<sup>341</sup> Y. NABAT, *op. cit.*, pp. 91 à 92.

<sup>342</sup> A. AIN AL-SHAMS, *op. cit.*, p. 46.

<sup>343</sup> Cour eur. D.H., arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011.

notion de « *contrôle* » entre en contradiction avec celle de « *fluidité* ». Il est difficile de gérer l’afflux de migrants en Europe seulement au travers des techniques de « *contrôle* »<sup>344</sup>. Dès lors, les nouvelles technologies de « *contrôle* » et le développement des sciences comportementales (la théorie du Nudge) semblent être une manière de répondre aux défaillances des dispositifs de sécurité présents dans la société européenne et ce à moindre coût. Le système PARAFE (Passage Automatisé Rapide aux Frontières Extérieures) constitue un très bon exemple de cela, puisqu’il s’agit pour les individus de consentir à l’usage de leurs données biométriques pour leur permettre un accès « *plus rapide* » au terminal de l’aéroport. Les passages par la douane sont facilités puisqu’ils sont automatisés et le « *contrôle* » est d’autant plus invisibilisé<sup>345</sup>. La théorie du Nudge contribue à mettre en œuvre les lois et les politiques publiques d’une manière qui paraît plus souple. Cependant, ces moyens sont très intrusifs et susceptibles de court-circuiter notre libre arbitre<sup>346</sup>. En ce sens, la création des nudges ne relève pas du monde des normes mais de celui des faits (c’est une technique d’aide à la mise en œuvre des actes normatifs, qu’ils soient durs ou souples). Derrière l’acte matériel en lui-même se trouve toujours une norme tacite, dont l’environnement incitateur est chargé de pousser à l’obéissance (notion de « *discipline* » de Michel FOUCAULT)<sup>347</sup>. Par exemple, dans l’arrêt vu ci-dessus, on trouve des règles de droit concernant le passage des frontières ainsi que le pays de première demande d’asile (normes « *dures* » se rapprochant de la notion de « *discipline* »). S’agissant de la théorie du Nudge, on parle d’une meilleure répartition des migrants dans les pays européens (normes dites « *souples* »). Peut-on en conclure que l’acte normatif de mise en œuvre (« *contrôle* ») est pris ici pour l’acte normatif lui-même (« *discipline* ») ?<sup>348</sup>.

Enfin, souple et moins violent en première analyse, ce qu’on nomme le nudge est un moyen relativement intrusif de présider la conduite des individus. Elle n’est plus directement « *encadrée* » par des normes, mais psychologiquement télécommandée par une architecture de choix (ce qui relève d’une forme de « *manipulation* »)<sup>349</sup>. Attention, les individus restent bel et bien « *libres* » en apparence. Ils ne sont, en effet, pas « *forcés* » de suivre les règles nationales/européennes, tout en sachant que « *pris la main dans le sac* » ils seront contraints de s’y plier. Partant, devrions-nous parler de « *coup de pousse* » ou plutôt de « *coup de pied* » ? La

---

<sup>344</sup> A. CEYHAN, *op. cit.*, p. 133.

<sup>345</sup> Y. NABAT, *op. cit.*, p. 95.

<sup>346</sup> A. FLÜCKIGER, « Gouverner par des coups de pousse (nudges) : instrumentaliser nos biais cognitifs au lieu de légiférer ? », *Les cahiers de droit*, 2018/59(1), p. 199.

<sup>347</sup> A. FLÜCKIGER, *ibidem*, p. 215.

<sup>348</sup> A. FLÜCKIGER, *ibidem*, p. 215.

<sup>349</sup> A. FLÜCKIGER, *ibidem*, p. 216.

manipulation organisée par l'architecte de choix (nudge ou « *coup de pouce* ») peut provoquer un effet contraignant et devenir un « *coup de pied* ». D'incitateur, le nudge, devient impératif dès qu'un certain seuil de contrainte est franchi<sup>350</sup>. Dès lors, même si Richard THALER et Cass SUNSTEIN, dans leurs réflexions sur la théorie du Nudge, partent du principe « *qu'il n'est pas exclu qu'il puisse présenter un certain degré de contrainte, le nudge reste purement incitatif* »<sup>351</sup>. Cependant, la frontière se révèle parfois ténue. Les politiques de sécurité urbaine illustrent bien cette difficulté (les comportements déviants sont anticipés par un « *design environnemental* » incitateur ou contraignant). Par exemple, les frontières se munissent de parapets en béton pour prévenir leur dépassement par les migrants. Plus encore, les décideurs politiques construisent des murs - relevant du Panoptique de Jeremy BENTHAM - pour que les individus, dont c'est la fonction, puissent facilement les surveiller/défendre (telle la société dite « *disciplinaire* » analysée par Michel FOUCAULT). Ces mêmes murs, avec les avancées technologiques, peuvent être vidéosurveillés (telle la société de « *contrôle* » avancée par Gilles DELEUZE)<sup>352</sup>. En outre, cette forme de gouvernance par la théorie du Nudge entend confier à l'État le pouvoir d'être « *l'architecte du comportement des individus* ». Il est chargé de créer un environnement incitateur destiné à offrir aux citoyens un contexte propice à l'adoption d'un comportement sans contrainte apparente<sup>353</sup>.

## **Section 2. Les impacts d'un contrôle et d'une surveillance constante entre les individus : une critique foucauldienne de la théorie du Nudge**

### **Sous-section 2.1. Le contrôle collectif (dit « *la théorie Nudge* ») permet-il d'éviter la criminalité ou d'asseoir de meilleurs rapports entre les individus ?**

Tout d'abord, donnons-nous pour l'exercice les mêmes prémisses que Michel FOUCAULT. Jeremy BENTHAM, penseur de la technologie du pouvoir mais surtout philosophe de l'art de gouverner, peut nous soutenir dans l'exploration de notre question. En effet, ce dernier oscille entre un idéal d'impartialité, propre à « *l'utilitarisme libéral* » et une forme de « *paternalisme* » pouvant être oppressif<sup>354</sup>. Dès lors, peut-on dire que Jeremy BENTHAM, contrairement à la lecture qu'en fait Michel FOUCAULT, est le théoricien du « *paternalisme* »

<sup>350</sup> A. FLÜCKIGER, *ibidem*, pp. 219 à 221.

<sup>351</sup> A. FLÜCKIGER, *ibidem*, pp. 219 à 222.

<sup>352</sup> A. FLÜCKIGER, *ibidem*, pp. 219 à 222.

<sup>353</sup> A. FLÜCKIGER, *ibidem*, pp. 225 à 226.

<sup>354</sup> B. BOURCIER, *op. cit.*, p. 79.

*libéral*»? C'est dans sa notion de « *législation indirecte* »<sup>355</sup> partagée en grande partie par Herbert HART, qu'une illustration du « *paternalisme libéral* » peut être trouvée. Jeremy BENTHAM, inaugure là une nouvelle réflexion juridique, visant à influencer - à moindre coût - les conduites, en mobilisant de manière indirecte des incitations ou des contraintes qui puissent influencer les choix des individus dans la perspective de les rendre « *meilleurs* ». Ainsi, la « *législation indirecte* » met dans la main du législateur, un choix plus large d'actions que celles dominées par l'affliction d'une sanction/punition, propre à la société « *disciplinaire* » de Michel FOUCAULT. Ainsi, Jeremy BENTHAM serait plus proche d'une société gouvernée par l'influence des conduites individuelles (telle la théorie du Nudge)<sup>356</sup>.

De plus, cette « *surveillance* » peut être rapprochée de l'analyse de Gilles DELEUZE sur la société de « *contrôle* ». L'individu dans cette société n'est libre qu'en apparence. Gilles DELEUZE pour expliquer la « *surveillance* » prend l'image parlante de l'autoroute : « *si elle permet aux citoyens de se déplacer plus rapidement et donne en ce sens une sensation d'absolue liberté, elle est un outil majeur de contrôle puisqu'elle impose une voie aux individus et autorise une surveillance constante des trajets, voire une maîtrise des possibilités de déplacement* »<sup>357</sup>. Le fait est qu'aujourd'hui, l'autoroute c'est, entre autres, le téléphone portable. Il est un outil impressionnant de contrôle au service des acteurs privés (lesquels vont utiliser nos données pour assurer une publicité tracée) et publics (notamment via les saisies des données qui se font à distance - dont les gouvernements, etc.)<sup>358</sup>. Les dernières avancées technologiques permettent un traitement automatisé des données. L'objectif est de contrôler en prédisant et en influençant les comportements (tel le nudge). Par exemple, je suis repéré par un algorithme sur Internet, qui analyse mes comportements et me propose par la suite d'autres choix évalués comme pouvant me plaire. Cela peut paraître séduisant, de prime abord, mais on peut raisonnablement en déduire que les individus n'ont jamais été tant contrôlés et assujettis alors que le pouvoir derrière la surveillance est rendu toujours plus invisible<sup>359</sup>. Reprenant l'exemple des détenus qui possèdent des téléphones portables (bien que ce soit illégal en théorie), l'évolution de la société et les transformations contemporaines de la prison conduisent à ce que les détenus s'engagent de plus en plus activement dans la vie à l'extérieur<sup>360</sup>. Cette approche paraît d'autant

---

<sup>355</sup> H.-L.-A. HART, *op. cit.*, pp. 1 à 314.

<sup>356</sup> B. BOURCIER, *op. cit.*, p. 80.

<sup>357</sup> Y. NABAT, *op. cit.*, pp. 92 à 93.

<sup>358</sup> Y. NABAT, *op. cit.*, pp. 92 à 93.

<sup>359</sup> Y. NABAT, *op. cit.*, p. 93.

<sup>360</sup> M.-S. DEVRESSE, « La pénalité de l'accès : territoires digitaux intimes et extimes des sanctions », *Archives de politique criminelle*, 2021/1, pp. 166 à 167.

plus fondée que la progressive diversification des sanctions et des modalités d'exécution des peines conduit beaucoup de détenus à faire le plus souvent l'exercice d'une pluralité de peines et mesures, allant de l'incarcération à la libération conditionnelle en passant par la surveillance électronique, la peine de travail, etc.<sup>361</sup>. Cela oblige par ailleurs les détenus à faire des allers-retours fréquents entre la prison et le milieu ouvert (par exemple, si un détenu a un bracelet électronique, il est soumis à une surveillance constante des différentes autorités, il est en prison à l'extérieur - acteurs publics - et il a l'occasion de réaliser des achats auprès des acteurs privés au travers de son téléphone portable). Dès lors, l'idée d'un lieu unique où s'exécute la peine perd complètement de son sens dans notre société actuelle<sup>362</sup>.

Attention, il est important d'ajouter les récentes évolutions de la pénalité en termes d'instrumentation. L'incorporation d'objets techniques dans l'administration de la justice (comme la numérisation de l'information, le profiling biométrique, les logiciels d'aide à la décision judiciaire, les nudges, etc.) constitue à présent l'horizon de la justice pénale<sup>363</sup>. Les innovations technologiques brouillent les repères géographiques de la peine et transforment le complexe pénitentiaire en un « *village* » ; peut-être même est-il intégré - ou n'a-t-il jamais quitté - au fameux « *global village* » de McLuhan<sup>364</sup>. La perméabilité des murs de la prison, favorisée par l'utilisation d'objets comme le téléphone, la télévision, la radio est accentuée par le recours aux nouvelles technologies de l'information et de la communication. Donc, l'accès à Internet, l'emploi de tablettes permettant d'effectuer des achats, démontre que les détenus sont tout aussi enclins à subir les « *architectures de choix* » ou « *nudges* » que les individus dits « *libres* »<sup>365</sup>. En ce sens, les nudges semblent avoir leur place dans le milieu pénitentiaire. Par exemple, Microsoft et son fondateur Bill GATES proposent une insertion du commerce digital en prison avec les détenus pour clients à fidéliser pendant et après leur peine, ils sont donc considérés comme des « *digital natives* » à qui il faut donner un « *coup de pouce* ». Le fait est que tout se passe comme si l'absence de réel projet politique quant au sens et à l'objectif à apporter aux sanctions pénales avait créé un trou d'air redoutable. En d'autres termes, la prison est vue comme faisant partie intégrante des marchés accessibles au système économique néolibéral (capitaliste)<sup>366</sup>. La justice pénale semble s'engager dans une forme de « *pénalité de l'accès où*

---

<sup>361</sup> M.-S. DEVRESSE, *ibidem*, pp. 166 à 167.

<sup>362</sup> M.-S. DEVRESSE, *ibidem*, pp. 166 à 167.

<sup>363</sup> M.-S. DEVRESSE, *ibidem*, p. 167.

<sup>364</sup> M. McLuhan et B. Powers, *The Global Village : transformations in world life and media in the 21<sup>st</sup> century*, Oxford, Oxford University Press, 17 septembre 1992, pp. 1 à 236.

<sup>365</sup> M.-S. DEVRESSE, « La pénalité... », *op. cit.*, p. 169.

<sup>366</sup> M.-S. DEVRESSE, « La pénalité... », *op. cit.*, pp. 176 à 177.

il s'agirait de régir l'accessibilité du condamné à des territoires, des services, des biens de consommation, plutôt que d'organiser son incapacitation »<sup>367</sup>. La sanction ne perd pas de sa force coercitive mais elle s'actualise dans le fait de devoir prendre, en situation, la bonne décision au bon moment (tel que les nudges)<sup>368</sup>. Enfin, l'outillage technologique ne cesse d'évoluer et la gouvernance algorithmique pourrait nous faire entrer dans une ère où au sein même de la prison on favoriserait la « *configuration anticipative des possibles* ». La conduite des détenus serait dictée par des désirs qui se donnent à voir au départ d'une objectivation de situation que l'on peut déterminer par un algorithme. Ceci permet une adaptation constante, en temps réel, des environnements des détenus afin de ne plus les contraindre mais de leur tracer la voie à suivre<sup>369</sup>.

En outre, parallèlement à la société « *disciplinaire* » telle que décrite par Michel FOUCAULT, il est courant de voir la régulation de l'information en ligne présentée comme une sorte d'antidote à la démocratie qui permettrait de protéger l'autonomie de jugement des utilisateurs. Par exemple, dans les « *standards de communauté* » de Facebook, la plateforme cherchait à « *donner aux gens le pouvoir de décider de ce qu'ils lisent, de ce en quoi ils font confiance* »<sup>370</sup>. Pour promouvoir cette « *culture de l'information* », les plateformes comme Facebook combinent « *discipline* » et « *nudging* ». Partant, après avoir été repérés par un algorithme, les contenus identifiés comme faux et dangereux sont retirés (« *discipline* ») tandis que d'autres sont promus en fonction de nos « *likes* ». Le recours au nudging comme dispositif d'aide à l'autonomie n'a pas retenu la même attention dans l'espace public<sup>371</sup>. En ce sens, le nudging n'est pas une aide à l'autonomie puisqu'il ne fait pas de l'individu un agent « *capable de meilleur choix* » mais il manipule son environnement pour son « *bien* ». Cependant, a contrario de la notion de « *discipline* » de Michel FOUCAULT, le nudging suppose le respect de l'autonomie individuelle et ce sans faire usage de coercition (tout comme le « *contrôle* » de Gilles DELEUZE)<sup>372</sup>.

## Sous-section 2.2. Le rôle de l'État et des politiques publiques est-il amoindri par cette technique ou requiert-il d'autant plus de mise en garde ?

<sup>367</sup> J. RIFKIN, *The Age of Access*, New York, Putnam, 2000.

<sup>368</sup> M.-S. DEVRESSE, « La pénalité... », *op. cit.*, p. 179.

<sup>369</sup> M.-S. DEVRESSE, « La pénalité... », *op. cit.*, p. 180.

<sup>370</sup> J.-G. PIGUET, « Nudges, désinformation et autonomie citoyenne. Une critique de Sunstein », disponible sur <https://journals.openedition.org/ethiquepublique/7583>, 23 janvier 2023.

<sup>371</sup> J.-G. PIGUET, *ibidem*, 23 janvier 2023.

<sup>372</sup> J.-G. PIGUET, *ibidem*, 23 janvier 2023.

Tout d'abord, les enjeux d'efficacité des politiques de prévention amènent les décideurs politiques à chercher de nouvelles stratégies d'intervention (acteurs publics). Le nudge en fait partie, perçu comme séduisant en raison de son moindre coût et de sa relative efficacité. Cependant, de nombreux paramètres influencent les processus décisionnels et les choix de politiques (organisationnels, économiques, etc.)<sup>373</sup>. Les politiques publiques bénéficient de plusieurs leviers pour faire évoluer les comportements de prévention, notamment la réglementation et l'incitation (le nudge fait partie du registre de l'incitation). Ce concept s'appuie sur la « *mobilisation de facteurs psychosociaux* » influençant les comportements, mettant en évidence que les choix, loin d'être rationnels, sont liés à de multiples paramètres émotionnels et sociaux. En ce sens, les leviers mobilisés dans le nudge sont le choix par défaut, l'incitation à suivre les différentes normes, etc.<sup>374</sup>.

Lorsqu'il s'agit d'analyser le nudge en prévention, trois angles d'analyses semblent intéressants ; (1) ses effets contre-productifs, (2) son angle comportementaliste et (3) sa normativité<sup>375</sup>. (1) Concernant ses effets contre-productifs, le nudge s'avère efficace et inefficace à la fois. En ce sens, cette efficacité contient des éléments liés aux caractéristiques des individus, aux organisations sociétales, aux valeurs portées par la communauté, etc. Il existe des effets dits « *pervers* » du nudge posant des questions d'ordre éthiques. Plusieurs risques sont identifiés, tels que premièrement, une fragmentation de la personnalité. L'architecture de choix se définit sur une unité de temps et de lieu<sup>376</sup>. Dès lors, le sujet « *nudgé* » est orienté dans un sens qui est possiblement en contradiction avec son système de valeurs ou de préférences. Rien ne nous dit que l'individu maintiendra ensuite ce comportement. Il est plus probable qu'il « *réintègre son système de valeurs* », conduisant à un risque de désorientation, de fragmentation de la personnalité. Un deuxième risque est celui de la « *pente glissante* »<sup>377</sup>. Les individus acceptant un contrôle d'abord léger sur leur vie sont conditionnés à en accepter davantage (le risque est une perte d'autonomie accrue des individus sur leurs valeurs). (2) Partant, sous son angle comportementaliste, le nudge favoriserait la capacité des individus à résister à la pression du groupe, de développer les connaissances et de renforcer la motivation. Le nudge appuie la conformité aux comportements dominants en aménageant l'environnement de manière à

---

<sup>373</sup> L. CAMBON, « Le nudge en prévention... Troisième voie ou sortie de route ? », *Santé Publique*, 2016/1, p. 44.

<sup>374</sup> L. CAMBON, *ibidem*, p. 44.

<sup>375</sup> L. CAMBON, *ibidem*, p. 44.

<sup>376</sup> L. CAMBON, *ibidem*, p. 45.

<sup>377</sup> L. CAMBON, *ibidem*, p. 45.

induire des normes échappant à la conscience. Ainsi, les tenants du nudge tiennent leur argument libertarien sur une capacité individuelle qu'ils savent, en réalité, non opérante<sup>378</sup>. Sous cet angle comportementaliste, il est nécessaire que les autorités d'un pays interrogent leur responsabilité, plutôt que d'en laisser porter le poids sur des choix individuels. (3) Enfin, en ce qui concerne la normativité, on peut avancer que la capacité du nudge à imposer un corpus de normes et de valeurs est indéniable. Cette question des normes « *imposées* » est présente dans toutes les stratégies dites de « *prévention* »<sup>379</sup>. En revanche, c'est le caractère insidieux du nudge et sa non-possibilité de remettre en question le bien fondé du comportement qui nous questionne. Par exemple, lors d'une publicité à la télévision, on peut refuser de la regarder pour ne pas se faire influencer (« *autorégulation* »). Or, on ne peut réguler que ce qui se voit. Dès lors, comment réguler le nudge présenté comme insidieux ? Il existe un risque, par l'implémentation large du nudge dans la société, de diviser les individus en catégories<sup>380</sup>. Il y aurait ceux qui décident des « *bons comportements* », ceux qui s'y conforment sans pour autant donner leur avis (ni en amont ni en aval) et ceux qui y résistent. Ces derniers subiraient des pressions sociales du fait de « *l'existence progressive d'une forme de contrainte sociale généralisée* » (proche de la notion de « *discipline* » de Michel FOUCAULT)<sup>381</sup>.

Ensuite, à la question des « *fins* » du nudge s'adjoint celle des « *moyens* ». Le nudge se situe à l'opposé de la figure de l'État-nation qui structure la société par des moyens coercitifs. Ainsi, les travaux de Michel FOUCAULT, dont « *l'analyse du pouvoir* », reposent sur les techniques de « *normalisation* » de la population puis sur le concept de « *gouvernementalité* » qui est la « *conduite des conduites* »<sup>382</sup>. Le nudge oriente, pilote, sans jamais réellement contraindre. Il est peu coûteux et semble répondre aux crises de l'État-providence. Voilà pourquoi le nudge semble se définir comme une alternative médiane entre la totale inaction et la contrainte (visant à inciter les individus à faire un « *choix actif* »)<sup>383</sup>. Le fait est que le nudge - dans le cadre des politiques publiques - est un instrument. Il vise par une action particulière à inciter les individus à adopter un comportement voulu afin de créer les conditions favorables à l'émergence de ce dernier. De plus, là où le nudge se trouve sur une terre vierge, sans aucune prescription légale préexistante, son champ d'application appartient à des domaines hautement régulés (par

---

<sup>378</sup> L. CAMBON, *ibidem*, p. 45.

<sup>379</sup> L. CAMBON, *ibidem*, p. 46.

<sup>380</sup> L. CAMBON, *ibidem*, p. 46.

<sup>381</sup> L. CAMBON, *ibidem*, p. 46.

<sup>382</sup> M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population...*, op. cit., pp. 91 à 113.

<sup>383</sup> C. LECLÈRE, « Les nudges : un outil pour les politiques publiques », *Idées économiques et sociales*, 2017/2, pp. 42 à 43.

exemple, la santé, l'environnement, etc.)<sup>384</sup>. C'est parce que le nudge fonctionne mieux dans l'obscurité que l'État doit faire d'autant plus attention à la mise en œuvre de sa pratique (il est garant de la transparence et dispose d'une crédibilité forte). Dès lors, les critiques engagées sur l'application du nudge, semblent d'autant plus importantes que nous ne pouvons pas affirmer la légitimité et l'opérabilité de ce dernier dans l'arsenal bien particulier des politiques publiques<sup>385</sup>.

Enfin, ne pouvons-nous pas affirmer que cette société de la connaissance prédictive fondée sur la croyance absolue dans la technologie est une utopie/un idéal ? Le comportement des individus serait réductible à la donnée, aux algorithmes. Il serait prévisible<sup>386</sup>. Quelle place est laissée à la délibération démocratique si une forme d'intelligence artificielle était plus à même de produire la « *meilleure* » décision possible ? Derrière ces questions se trouve également celle du « *contrôle* » abandonné aux mains de l'État<sup>387</sup>. Le fait est que les juristes et décideurs politiques ont pris conscience des avantages à intégrer les apports de la théorie du Nudge dans la conception des politiques publiques et dans l'édiction des règles de droit. L'idée s'est très vite répandue que les lois ne fonctionnent de manière efficace et efficiente que si les décideurs politiques ne tiennent pas compte de la manière dont les individus y répondent<sup>388</sup>. Le nudge participe ici à la société de « *contrôle* » tel que développé par Gilles DELEUZE et à la société « *disciplinaire* » analysée par Michel FOUCAULT. En ce sens, les outils réglementaires traditionnels incluent des mécanismes de « *contrôle* » et de coercition (« *discipline* »). Le nudging est présenté (1) comme une alternative économique intelligente à des mesures réglementaires ou des formes de régulation traditionnelles et (2) comme un complément aux outils juridiques traditionnels<sup>389</sup>. Ce que nous retirons de la théorie du Nudge est l'imbrication des notions de « *discipline* » et de « *contrôle* » telles qu'analysées dans les chapitres précédents. L'une ne peut être totalement efficace sans l'existence - même minime - de l'autre.

---

<sup>384</sup> C. LECLÈRE, *ibidem*, p. 45.

<sup>385</sup> C. LECLÈRE, *ibidem*, p. 47.

<sup>386</sup> Y. NABAT, *op. cit.*, p. 94.

<sup>387</sup> Y. NABAT, *op. cit.*, p. 94.

<sup>388</sup> A. ALEMANN, « Le nudge et l'analyse comportementale du droit : une perspective européenne », *R.E.D.*, 2020/1, pp. 25 à 26.

<sup>389</sup> A. ALEMANN, *ibidem*, p. 26.

## Conclusion

Premièrement, nous pouvons modestement avancer que les mécanismes propres à la société disciplinaire, telle que définie par Michel FOUCAULT, n'ont pas complètement disparu ni que la société de « *contrôle* », telle que présagée par Gilles DELEUZE, définisse totalement le temps présent<sup>390</sup>. Quelles perspectives pouvons-nous alors tirer à partir de ce mémoire quant aux différentes notions exploitées (« *contrôle* », « *discipline* » et « *théorie du Nudge* »)? D'abord l'évidence, les notions de « *contrôle* » et de « *discipline* » sont différentes dans leurs fondements théoriques. La « *discipline* » telle que développée par Michel FOUCAULT et Jeremy BENTHAM est propre au Panoptique, c'est-à-dire, au milieu d'enfermement dans lesquels les mouvements sont limités, les corps sont rendus dociles/utiles, les individus n'ont pas de communication entre eux, la visibilité y est permanente, etc.<sup>391</sup>. A contrario, la société de « *contrôle* » développée par Gilles DELEUZE trouve ses points de repère au travers de communications instantanées, de jeux de manipulation, de participation des individus, de surveillance numérique, etc.<sup>392</sup>. Dès lors, en théorie, les deux notions analysées sont différentes. L'écueil survient lors de leur application. De fait, lors de ce mémoire, nous avons pu apercevoir que les notions de « *contrôle* » et de « *discipline* » ne semblaient pas totalement hétérogènes l'une à l'autre. Par exemple, la notion de « *contrôle social* » développée par Michel FOUCAULT, nous apprend que les individus sont punis par anticipation, en ce sens, la notion de « *contrôle* » telle que développée par Gilles DELEUZE, se place en amont de toute sanction dite « *disciplinaire* » (tout comme la théorie du Nudge, le fait d'induire un comportement déterminé chez un individu pour son « *bien* » tout en omettant d'annoncer la sanction en cas de non-respect)<sup>393</sup>. Pouvons-nous réellement avancer l'hypothèse du passage d'une société dite « *disciplinaire* » à une société de « *contrôle* » comme l'amorce d'une nouvelle réalité? Nous émettons quelques doutes à ce sujet.

Deuxièmement, l'apport des différents articles de la loi du 12 janvier 2005<sup>394</sup> et des différents arrêts de jurisprudence nous apprend que la notion de « *discipline* » forgée par Michel FOUCAULT résulte d'une application stricte du Panoptique de Jeremy BENTHAM (surtout dans

---

<sup>390</sup> M. BIETLOT, « Du disciplinaire au sécuritaire », *Multitudes*, 2003/1, p. 58.

<sup>391</sup> J. BENTHAM, *op. cit.*, pp. 8 à 11.

<sup>392</sup> G. DELEUZE, « Post-scriptum... », *op. cit.*, pp. 1 à 4.

<sup>393</sup> N. BOURGOIN, *op. cit.*, p. 726.

<sup>394</sup> Loi de principes du 12 janvier 2005 précitée.

sa conception architecturale)<sup>395</sup>. Les concepts de « *normalisation* » et « *classification* » appartenant à Michel FOUCAULT, règnent en maître dans le milieu carcéral afin de garantir « *ordre* » et « *sécurité* ». C'est par l'évolution des technologies numériques (relevant de la société de « *contrôle* » selon Gilles DELEUZE) que l'on voit apparaître une « *discipline* » bien plus insidieuse, dans la mesure où l'ambition est de rediriger les individus vers des sentiers tracés préalablement pour eux, ceux que les décideurs politiques ou plus généralement - et problématiquement - les architectes de choix élaborent (« *contrôle* »). De plus, la notion de « *contrôle* » vue comme une justice préventive est-elle satisfaisante sur le plan éthique ? S'agissant des arrêts de jurisprudence - belges ou de la Cour européenne des droits de l'homme - analysés lors du chapitre deux, nous entrevoyons que la « *discipline* » est d'autant plus invisibilisée depuis l'apparition des technologies numériques (par exemple les caméras, etc.). L'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*<sup>396</sup> du 21 janvier 2011 est édifiant à ce sujet. La prise d'empreintes du requérant, bien que ne nécessitant pas son consentement, dans le but de faire un partage de celles-ci entre les différents pays européens, pose la question des limites du « *contrôle* ». De fait, le requérant dans cette affaire, sans pour autant en avoir connaissance, risque d'être renvoyé vers le pays d'arrivée ou de première demande d'asile dans le cas où il choisirait de traverser les frontières. Ce « *contrôle* », cette prise d'empreintes, bien qu'inscrite dans des intentions louables en vient à restreindre la liberté de circulation des individus dans l'Union européenne. Dès lors, là où la « *discipline* » renvoyait une image de « *normalisation* » des individus (sans leur être cachée), la société de « *contrôle* » ne fait que dissimuler la fonction essentielle de la « *discipline* » derrière une apparence de « bien-être ». En outre, la notion de « *discipline* » est trop souvent associée au milieu d'enfermement ; son acceptation dans le monde juridique belge, comme dans la loi du 12 janvier 2005<sup>397</sup> ou encore dans la conception Panoptique de la nouvelle prison d'Haren, nous montre une fois de plus que la « *discipline* » en tant que telle reste la pierre angulaire autour de laquelle tourne notre société dans son rapport à la norme légale. Cependant, on ne parle plus d'une « *normalisation* » des individus mais d'une meilleure gestion des populations (« *contrôle* »). La notion même de « *discipline* » n'est donc pas remise en question par les dirigeants, les décideurs politiques, car elle est la finalité vis-à-vis de tous les « *dysfonctionnements* » des individus par rapport à la norme (quand bien même ils auraient fait l'objet d'un « *contrôle* » en amont).

<sup>395</sup> M. FOUCAULT, *Surveiller et punir...*, op. cit., pp. 244 à 247.

<sup>396</sup> Cour eur. D.H., arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011.

<sup>397</sup> Loi de principes du 12 janvier 2005 précitée.

Troisièmement, la théorie du Nudge est intéressante car elle met en perspective l'invisibilisation de la « *discipline* » ainsi que la manipulation découlant d'un « *contrôle* » toujours plus discret. Partant, il est aussi important d'ajouter que la théorie du Nudge mêle les deux notions vues ci-dessus et rend celles-ci d'autant plus compliquées à distinguer. Par exemple, l'architecte de choix peut nous contraindre à prendre une décision, celle qu'il juge être « *la meilleure décision* »<sup>398</sup>. Nous voyons que même si la décision définitive appartient à l'individu, elle reste strictement localisée dans ce que l'architecte de choix a bien voulu considérer comme le périmètre des variables possibles. Dès lors, la métaphore de l'autoroute de Gilles DELEUZE, paraît tout à fait appropriée pour envisager la puissance de la théorie du Nudge<sup>399</sup>. Cette théorie se retrouve aussi bien chez les acteurs « *privés* » (les entreprises, etc.) que chez les acteurs « *publics* » (le gouvernement, etc.). A contrario, les notions de « *discipline* » ou de « *contrôle* », dans leur essence, n'appartiennent qu'aux acteurs publics (qui exercent un pouvoir important de « *contrôle* » ou de « *discipline* » sur les acteurs privés). Le fait que le nudging traverse la sphère de l'autorité publique pour s'insérer dans la politique des acteurs privés pose question. Qui contrôle qui ? À quel moment ? L'État contrôle-t-il les entreprises ou est-il obligé de se plier aux politiques de marché de celles-ci ? Dès lors, nous voyons que l'économie, ou plutôt le mode de production contemporain à savoir capitaliste financiarisé, joue un rôle non négligeable dans l'invisibilisation ou non des processus derrière les notions de « *discipline* » et de « *contrôle* ». Il est d'autant plus important de mentionner au sujet de la théorie du Nudge qu'elle opère transversalement, c'est-à-dire dans toutes les strates de la société, ceci incluant les milieux d'enfermement qui renvoient aujourd'hui encore au Panoptique de Jeremy BENTHAM. En outre, une question se pose : devrions-nous réinventer les sanctions disciplinaires afin qu'elles correspondent aux projets de surveillance continue et de manipulation enjoignant au « meilleur choix » ? Le « *contrôle* » appartenant à la théorie du Nudge est d'autant plus fort qu'il se rapproche de la « *normalisation* » de Michel FOUCAULT. Si un individu décide de répondre négativement à ce « *contrôle* », de ne pas choisir la « *meilleure décision* », doit-il être sanctionné, discipliné, normalisé, plus durement qu'il ne l'est déjà ?

Enfin, nous devons considérer la nécessaire interdisciplinarité que demande l'ouverture d'un tel programme de recherche sur base de notions aussi vastes que « *discipline* », « *contrôle* », « *nudging* ». À tout le moins, un détour par les travaux socio-anthropologiques

<sup>398</sup> R. THALER et C. SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 116.

<sup>399</sup> Y. NABAT, *op. cit.*, pp. 92 à 93.

serait bienvenu, qu'il s'agisse par exemple de la sociologie du numérique, du droit et des milieux d'enfermement ou dans une perspective comparatiste, de l'anthropologie de la domination, des sociétés sans États, etc. On peut par exemple évoquer la possibilité de reposer la question du Panoptique au regard du concept d'institution totale d'Erving Goffman<sup>400</sup> ; la question des processus d'incorporation des normes, cette fois en aval de la règle ; voire même d'ouvrir sur la question de l'autonomie du champ juridique, dans son acception bourdieusienne. Avançons un peu avec cette idée, avec la différenciation fonctionnelle de nos sociétés, la santé, les médias, le politique, l'art se sont organisés en autant de champs responsables dans la constitution de leurs règlements jusqu'à leur propre reproduction (champ médical, artistique, médiatique, politique, etc.). La question de l'autonomie/hétéronomie du champ juridique pourrait être inquiétée dans le cas d'une multiplication des dispositifs de contrôle et du nudge. Pour une raison pratique simple tout d'abord, il n'est pas en mesure de les mener de front, seul. Est-ce une hétéronomisation du champ juridique que de permettre à des entreprises privées comme Facebook de dissimuler la couverture des militants d'extrême-gauche sur son réseau social, afin de « *pacifier* » les manifestations parisiennes ? Les incitations, en tout genre, au comportement le « *meilleur* », correspondant étrangement dans certains cas au comportement prescrit, peuvent constituer une atteinte grave à la liberté démocratique, d'une part, mais peuvent aussi d'autre part contribuer à un affaiblissement des champs juridique et politique dans leur autonomie<sup>401</sup>.

La centralité de tels questionnements pour la santé de nos démocraties rassure a minima son autrice, qui espère avoir contribué à ce débat important.

---

<sup>400</sup> E. Goffman, *Asiles*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1968.

<sup>401</sup> P. Bourdieu, *Microcosmes. Théorie des champs*, Paris, Raison d'agir, 2022.

## ***Bibliographie***

### ***Législation***

- Loi de principes du 12 janvier 2005 concernant l'administration des établissements pénitentiaires ainsi que le statut juridique des détenus, *M. B.*, 1<sup>er</sup> février 2005.

### ***Jurisprudence***

- Cour eur. D. H., arrêt *Jeanty c. Belgique*, 31 juillet 2020.
- Cour eur. D. H., arrêt *Tekin et Arslan c. Belgique*, 5 décembre 2017.
- Cour eur. D. H., arrêt *Bamouhammad c. Belgique*, 17 février 2016.
- Cour eur. D. H., arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011.
- C.E. (11<sup>e</sup> ch. réf.), 15 janvier 2002, n° 102 527, WADEH.
- C.E. (11<sup>e</sup> ch. réf.), 21 décembre 2001, n° 102 343, WADEH.

### ***Doctrine***

- AIN AL-SHAMS, A., « Le nudge ; Embarras du choix & paternalisme libertarien », *Multitudes*, 2017/3, pp. 44 à 53.
- ALEMANN, A., « Le nudge et l'analyse comportementale du droit : une perspective européenne », *R.E.D.*, 2020/1, pp. 25 à 31.
- ASAD, T., « Sur les attentats-suicides », *La revue des études arabes*, 2007/15, pp. 123 à 130.
- BÉAL, C., « John Stuart Mill et le paternalisme libéral », *Archives de philosophie*, 2012/2, pp. 279 à 290.
- BENTHAM, J., *Le panoptique*, Paris, Belfond, 1977.
- BIETLOT, M., « Du disciplinaire au sécuritaire », *Multitudes*, 2003/1, pp. 57 à 66.
- BOURCIER, B., « Nouvelles lectures de Jeremy Bentham », *Revue philosophique de la*

*France et de l'étranger*, 2023/1, pp. 77 à 85.

- BOURDIEU, P., *Microcosmes. Théorie des champs*, Paris, Raison d'agir, 2022.
- BOURGOIN, N., « Montée en force du bracelet électronique : vers une société de contrôle ? », *R.S.C.*, 2017/4, pp. 725 à 731.
- BRUNON-ERNST, A., « Le gouvernement des normes. Jeremy Bentham et les instruments de régulation post-moderne », *Archives de philosophie*, 2015/2, pp. 309 à 322.
- CAMBON, L., « Le nudge en prévention... Troisième voie ou sortie de route ? », *Santé Publique*, 2016/1, pp. 43 à 48.
- CEYHAN, A., « Les technologies européennes de contrôle de l'immigration », *Réseaux*, 2010/1, pp. 131 à 150.
- CHANTRAINE, G., « La prison post-disciplinaire », *Déviance et Société*, 2006/3, pp. 273 à 288.
- CHÉROT, J.-Y., « Actes du colloque d'Aix du 26 novembre 2006 : Introduction », *R.I.E.J.*, 2007/2, pp. 7 à 15.
- CLAISSE, F., « Contr(ôl)e-fiction : de l'empire à l'interzone », *Multitudes*, 2012/1, pp. 106 à 117.
- CLIQUENNOIS, G., CARTUYVELS, Y. et CHAMPETIER, B., « Le contrôle judiciaire européen de la prison : les droits de l'homme au fondement d'un panoptisme inversé ? », *Déviance et Société*, 2014/4, pp. 491 à 519.
- DA SILVA, E. (dir.), D'HONDT, J., HAN, B., REMAUD, O., OTTAVIANI, D., ARTIÈRES, P., DAGRON, T., FISCACH, F., *Foucault-Deleuze : de la discipline au contrôle*, Lyon, ENS Éditions, 2003.
- DELEUZE, G., « Les sociétés de contrôle », *EcoRev'*, 2018/1, pp. 5 à 12.
- DELEUZE, G., « Post-scriptum sur les sociétés de contrôle », *L'autre journal*, 1990/1, pp. 1 à 4.
- DELEUZE, G., *Foucault*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1986.
- DETIENNE, J., « Le monde pénitentiaire : des propositions à la réalité », *C. H. CRISP*, 2002/21, pp. 5 à 68.

- DEVRESSE, M.-S., « La pénalité de l'accès : territoires digitaux intimes et extimes des sanctions », *Archives de politique criminelle*, 2021/1, pp. 165 à 181.
- DEVRESSE, M.-S., « La gestion de la surpopulation pénitentiaire : perspectives politiques, administratives et juridictionnelles », *Droit et société*, 2013/2, pp. 339 à 358.
- DIAZ, F., « Coproduction de la sécurité : une nouvelle forme de l'interventionnisme étatique pour une meilleure sécurité du public ? », *Déviance et Société*, 2003/4, pp. 429 à 458.
- FLÜCKIGER, A., « Gouverner par des coups de pouce (nudges) : instrumentaliser nos biais cognitifs au lieu de légiférer ? », *Les cahiers de droit*, 2018/59 (1), pp. 199 à 227.
- FOUCAULT, M., *Naissance de la biopolitique – Cours au Collège de France. 1978-1979*, Paris, Seuil/Gallimard, 2004.
- FOUCAULT, M., *Sécurité, territoire, population – Cours au collège de France. 1977-1978*, Paris, Seuil/Gallimard, 2004.
- FOUCAULT, M., *Dits et écrits 1954-1975*, Paris, Quarto Gallimard, 2001.
- FOUCAULT, M., *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975/1993.
- GÉRARD, P., OST, F. et van de KERCHOVE, M. (dir.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1987.
- GOFFMAN, E., *Asiles*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1968.
- GORDON, C., « Le possible : alors et maintenant. Comment penser avec et sans Foucault autour du droit pénal et du droit public », *Cultures & Conflits*, 2014, pp. 111 à 134.
- GRANGE, J., « Statophobie, antijuridisme et critique du libéralisme dans les dernières œuvres de Bourdieu et Foucault », *Presses Universitaires de France*, 2012/3, pp. 79 à 96.
- HALPÉRIN, J.-L., « L'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire ? », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, 2001/1, pp. 9 à 32.
- HART, H.-L.-A., *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976.
- HUYARD, C., « Nudges : validité, limites et enjeux éthiques, notamment en santé », *Med. Sci.*, 2016/32, pp. 1130 à 1134.

- ICARD, V., « Vers une conciliation entre sécurité et droit en prison ? Questionner la sécurité dynamique », *Déviance et Société*, 2016/4, pp. 433 à 456.
- LA TORRE, M., « Le modèle hiérarchique et le Concept de droit de Hart », *Revus*, 2013/21, pp. 117 à 139.
- LAVAL, C., « Surveiller et prévenir. La nouvelle société panoptique », *Revue du MAUSS*, 2012/2, pp. 47 à 72.
- LECLERCQ-VANDELANNOITTE, A. et ISAAC, H., « Technologies de l'information, contrôle et panoptique : pour une approche deleuzienne », *Systèmes d'information & management*, 2013/2, pp. 9 à 36.
- LECLÈRE, C., « Les nudges : un outil pour les politiques publiques », *Idées économiques et sociales*, 2017/2, pp. 41 à 47.
- LENOIR, R., « Contrôle (du) social : La construction d'une notion et ses enjeux », *Informations sociales*, 2005/6, pp. 6 à 15.
- LOUBET DEL BAYLE, J.-L., « Incivilités et mutations du contrôle social », *Études*, 2013/11, pp. 473 à 483.
- LOUBET DEL BAYLE, J.-L., « Jeunes, police et évolution du contrôle social », *Cahiers de la sécurité*, 2007/1, pp. 43 à 51.
- McLuhan, M. et Powers, B., *The Global Village : transformations in world life and media in the 21<sup>st</sup> century*, Oxford, Oxford University Press, 17 septembre 1992.
- LUCAS, P., *Histoire de la réparation des préjudices corporels*, Wavre, Anthémis, 2020.
- MARY, P. et CARTUYVELS, Y., « Le plan fédéral de sécurité », *C. H. CRISP*, 2001/22, pp. 5 à 63.
- MAZABRAUD, B., « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, 2010/2, pp. 127 à 189.
- MERCKX, S., « La loi Dupont : pour une reconnaissance des droits les plus fondamentaux aux détenus », *L.D.H.*, 2019/05, pp. 1 à 6.
- MIGLIORE, T., « Nudge. La décision artificielle », *Actes sémiotiques*, 2021/124, pp. 1 à 16.
- NABAT, Y., « Vers une société de surveillance ? », *Futuribles*, 2022/4, pp. 87 à 98.

- NEDERLANDT, O. et LAMBERT, M., « La réforme du Conseil central de surveillance pénitentiaire et des commissions de surveillance des prisons : entre attentes déçues et raisons d'espérer ? », *e-legal*, 2019/2, pp. 6 à 7.
- FIGUET, J.-G., « Nudges, désinformation et autonomie citoyenne. Une critique de Sunstein », disponible sur <https://journals.openedition.org/ethiquepublique/7583>, 23 janvier 2023.
- PROULX, S. et KWOK CHOON, M.-J., « L'usage des réseaux socionumériques : une intériorisation douce et progressive du contrôle social », *Hermès La revue*, 2011/1, pp. 105 à 111.
- READ, J., « Le post-scriptum comme préface : théoriser le contrôle après Deleuze », *Variations*, 24/2021, pp. 1 à 9.
- RIFKIN, J., *The Age of Access*, New York, Putnam, 2000.
- SCHEER, D., « L'architecture carcérale en Belgique : l'emplâtre sur une jambe de bois ? », disponible sur <https://journals.openedition.org/criminocorpus/7503>, 14 septembre 2020.
- SCHEER, D., « Conceptions architecturales et pratiques spatiales en prison : de l'investissement à l'effritement, de la reproduction à la réappropriation », *R.S.C.*, 2016/2, pp. 419 à 427.
- SCHEER, D., « Le paradoxe de la modernisation carcérale », *Cultures & Conflits*, 2013/90, pp. 95 à 116.
- SLINGENEYER, T., « Le statut juridique des détenus en Belgique : illustration des effets de l'articulation des pouvoirs de souveraineté et de normalisation », *Raisons politiques*, 2010/1, pp. 171 à 190.
- SNACKEN, S., « Les structures européennes de contrôle des administrations pénitentiaires », *Déviance et Société*, 2014/4, pp. 405 à 423.
- THALER R. et SUNSTEIN, C., *Nudge*, Paris, Vuibert, 2022.

