

**« DÉCARTOGRAPHIER » LA PROBATION : L'IMAGINAIRE LIBÉRAL DE LA LOI
EN TANT QUE PROJET D'EXCLUSION DE LA NEURODIVERSITÉ**

Gabriel Lefebvre*

Résumé

Dans le cadre de la série de conférences Droit et Préjugés, nous avons choisi de « décartographier » les clauses de probation imposées à un délinquant autiste Asperger dans l'affaire R. v. Hanssen afin de relever les présomptions (ou préjugés) qui accablent le sujet de droit neurodivergent; plus précisément la capacité qu'on prête au sujet de droit responsable à se disjoindre des déterminismes psycho-sociaux qui composent sa réalité vécue et à se déterminer, seul, par la seule force de sa Raison et de sa Volonté. En mettant en son centre la responsabilisation autonome du délinquant neurodivergent plutôt que ses besoins et sa vulnérabilité, la probation renforce le préjugé voulant qu'il n'en tient qu'au délinquant de se reprendre en main et que le bris répété de la loi n'est qu'une question de « mauvaise » volonté de sa part. Le projet de droit libéral – l'individu libre gouverné par la loi – apparaîtra à la suite de notre exégèse comme étant davantage un projet d'exclusion systématique de la myriade de déviations possibles de cette construction de l'Homme raisonnable; le projet de gouvernance par la loi en est un fait exclusivement à sa mesure.

Grâce au recours à de nouveaux outils théoriques (la loi comme Carte de Boaventura de Sousa Santos, l'imaginaire social de Charles Taylor, le Chronotope de Mariana Valverde), nous allons pouvoir faire ressortir les formes d'oppression latentes et cachées qui accablent les personnes atteintes de troubles mentaux lorsqu'on leur impose une ordonnance de probation. Décartographier la carte-probation (à partir de ses éléments-caractéristiques, notamment son échelle, sa projection et sa légende) nous permettra de questionner le rôle de l'institution pénale

* Candidat au PhD et assistant de recherche à l'Université McGill. Son mémoire de maîtrise portait sur la surcriminalisation des personnes autistes. Il travaille auprès d'acteurs de soutien et de défense des personnes autistes. Contact : gl.personnel@hotmail.com. Je remercie la professeure Kirsten Anker, les doctorants Mees Brenninkmeijer et Marie Dry pour leur lecture attentive, leur support ainsi que leurs commentaires instructifs.

dans la gestion de la sécurité et de nous demander s'il est possible d'imaginer des pratiques probatoires moins sévères et préjudiciables pour les délinquants socialement vulnérables.

Mots-clés : Probation – Boaventura de Sousa Santos – Autisme – Droit et handicap – Droit pénal

Abstract

As part of the Droit et Préjugés lecture series, we have chosen to "un-map" the probation clauses imposed on an autistic Asperger's offender in R. v Hanssen in order to identify the presumptions (or prejudices) that plague the neurodivergent subject of law; more precisely, the capacity that is attributed to the responsible subject of law to disassociate himself from the psycho-social determinisms that make up his lived reality and to determine himself, alone, by the sheer force of his Reason and Will. By placing the autonomous responsibility of the neurodivergent offender at its center, rather than his needs and vulnerability, the probation reinforces the prejudice that it's up to the offender to get his act together, and that repeated law-breaking is simply a matter of "bad" faith on his part. The project of liberal law - the free individual governed by law - will appear from our exegesis to be more a project of systematic exclusion of the myriad of possible deviations from this construct of the Reasonable Man; the project of governance by law is a fact exclusively tailored to it.

Using new theoretical tools (Boaventura de Sousa Santos's Law as Map metaphor, Charles Taylor's Social Imagination, Mariana Valverde's Chronotope), we will bring to light the latent and hidden forms of oppression that plague mentally ill people when they are placed on probation. Decartographing the probation map (based on its characteristic elements, namely its scale, projection, and legend) will enable us to question the role of the penal institution in managing security, and to ask whether it is possible to imagine less severe and prejudicial probation practices for socially vulnerable offenders.

Keywords : Probation – Boaventura de Sousa Santos – Autism – Disabilities Studies – Criminal law

| | |
|--|-----|
| Introduction..... | 121 |
| Autisme et probation..... | 124 |
| Cadre d’analyse et méthode..... | 126 |
| 1. Échelle | 128 |
| 2. Projection..... | 133 |
| 3. Légende | 138 |
| Conclusion | 141 |
| ANNEXE – Extrait de <i>R c Hanssen</i> , 2022 ONSC 5533..... | 143 |

Introduction

Hanssen¹ est autiste Asperger et souffre d’un trouble de l’usage du cannabis. Après neuf mois de détention préventive, il est mis sous probation pour deux ans. À sa sortie de détention, la ville d’Ottawa est occupée par des manifestants contre les mesures sanitaires: le bruit des klaxons, la boucanne des camions, la circulation coupée, les commerces fermés. Cela durera des semaines. Hanssen a peur et va chercher de l’aide auprès des services sociaux². Incapable de trouver le suivi dont il a besoin, il considère qu’il serait plus en sécurité en prison³. Hospitalisé, il brise une condition de sa probation qui lui interdit de posséder du matériel incendiaire en allumant un feu

¹ *R c Hanssen*, 2022 ONSC 5533 [Hanssen].

² *Ibid* aux para 4—5.

³ Ce n’est pas la seule histoire du genre. Une personne itinérante autiste a commis un crime pour retourner en prison car il était contraint de dormir sous un pont et avait froid, *R c Harvey*, 2006 BCCA 355 au para 3 : « The appellant was arrested the following day. He said to the arresting officer: Get me out of this hellhole. Take me to KRCC [Kamloops Regional Correctional Centre] right now ».

dans une poubelle. Il cherche à minimiser les dommages et déplace la poubelle à l'extérieur. Pour la même faute, il est accusé à la fois d'incendie criminel *et* de bris de probation⁴. Après une détention préventive de huit mois, il reçoit sa peine : le temps purgé en détention... et une *autre* probation pour deux ans!

L'histoire d'Hanssen est banale, c'est pourquoi nous avons choisi de vous la présenter. Elle raconte l'histoire d'un criminel de peu d'envergure et de sa rencontre avec l'institution pénale contemporaine : une institution managériale qui n'est plus destinée à châtier des coupables, mais (moins spectaculairement) à gérer, au quotidien, les facteurs de risque individuels en société⁵. Son histoire témoigne aussi du caractère circulaire, auto-perpétuatif, machinal et routinier du processus criminel contemporain⁶. Hanssen en est à sa troisième probation. Il a déjà été accusé d'un bris d'ordonnance de se présenter à la cour; c'est son deuxième incendie criminel et sa deuxième interférence avec la jouissance du bien d'autrui. Ainsi, en raison de la logique itérative de la probation, le processus pénal s'horizontalise : il n'est plus circonscrit dans le temps et l'espace, mais recouvre tout l'environnement social du délinquant⁷ et s'étend par-delà le quantum initial de la probation en raison des bris répétés aux ordonnances qu'on lui impose⁸.

Comme son crime, la peine d'Hanssen est tout autant banale, car en apparence peu sévère, et c'est aussi pourquoi nous avons choisi de vous la présenter. La peine n'est plus cette affliction

⁴ *Code criminel*, LRC 1985, c C-46 [« Ccr »], arts 434 (incendie criminel – dommages matériels) passible d'une peine maximale de 14 ans et 733.1 (défaut de se conformer à une ordonnance) passible d'une peine maximale de 4 ans d'emprisonnement.

⁵ Marie-Ève Sylvestre, Nicholas Blomley et Céline Bellot, *Red Zones: Criminal Law and the Territorial Governance of Marginalized People*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020 à la p 139, voir aussi aux pp 132—33 DOI <10.1017/9781316875544>. Michel Foucault, « L'évolution de la notion d'"individu dangereux" dans la psychiatrie légale » (1981) 5:4 *Déviance et Société* 403 aux pp 419—20 DOI <10.3406/ds.1981.1098>.

⁶ Sylvestre et al, *supra* note 5 à la p 139; Stephanos Bibas, *The machinery of criminal justice*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

⁷ Michel Foucault, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975 aux pp 246—47; Sylvestre et al, *supra* note 5 à la p 177. Voir aussi Gilles Deleuze, *Foucault*, 2^e éd, Paris, Éditions de Minuit, 2004 à la p 49.

⁸ Sylvestre et al., *supra* note 5 à la p 85.

verticale de souffrances, visibles et sanglantes, de la main du souverain; un évènement spectaculaire, unique et public, comme on la concevait à l'époque de Hobbes⁹. Au contraire, le châtement s'horizontalise, comme l'explique Foucault, en un circuit privé, tout aussi coercitif et stigmatisant, ponctué de l'intervention de multiples acteurs exojuridiques responsables de la discipline du délinquant. Dans le cas d'Hanssen, ses « bourreaux » sont son *Canadian Mental Health Association*¹⁰, son agent de probation, les policiers et son médecin¹¹. À partir de ce modèle, nous démontrerons comment une probation, même dénuée des nombreuses restrictions ultra-détaillées que contiennent les probations imposées aux délinquants sexuels¹², comporte néanmoins une large *zone implicite de contrôle* coercitive et affligeante qui n'est pas visible à première vue – camouflée par la mission réhabilitative de la loi-probation. Même si nous argumentons principalement dans cet article que cette zone implicite de contrôle peut être exigeante, sévère et affligeante pour tous les délinquants, nous invitons les lecteurs, chercheurs et praticiens du droit à demeurer sensible aux conditions socio-économiques et neuropsychologiques qui pourraient la rendre plus affligeante pour certains délinquants. C'est ce que nous tâchons de faire dans la prochaine section à partir de l'exemple des délinquants autistes.

⁹ Le châtement chez Thomas Hobbes, *Leviathan*, Oxford, James Thornton, 1881 est concentré dans les mains du Léviathan, il a un caractère public. Le pouvoir de punir doit dériver, d'une manière ou d'une autre, du souverain, il peut donc être délégué, *ibid* aux pp 242—43, mais ne doit pas excéder ce qui est prescrit initialement; il faut donc pouvoir mesurer cette infliction de souffrance, ce que les délégations de pouvoir au sein de la probation ne semblent pas permettre, ni baliser. Comme nous le verrons, le pouvoir de « punir » confié par le juge à l'agent de probation et aux psychologues demeure très large et hautement discrétionnaire.

¹⁰ « CMHA », ci-après.

¹¹ Nous mettons ici en dialogue la conception du châtement public chez Hobbes et la réflexion de Foucault, *supra* note 7 à la p 243, à propos du morcellement du corps du souverain en disciplines. Voir aussi *ibid* à la p 28. Nous ne portons pas un jugement sur la bonne intention des différents intervenants.

¹² La probation des délinquants sexuels s'accompagne généralement d'une « super-probation », prévue à l'article 161 Ccr, qui émet des interdictions, pouvant durer à perpétuité, de fréquenter les piscines publiques, les parcs publics, toute zone de baignade, les garderies, les terrains d'école, les terrains de jeu ou les centres communautaires où sont dispensés des services aux citoyens ou d'être à proximité de tout autre lieu indiqué par le juge.

Autisme et probation

Avant de présenter notre méthode et de procéder à la « décartographie » de la probation d'Hanssen qui nous permettra de révéler cette « zone de contrôle implicite » propre à la probation, il convient de s'intéresser à la condition qui afflige Hanssen et d'évaluer comment celle-ci peut rendre son expérience de la probation plus souffrante et rendre le respect de ses conditions plus difficile.

Le trouble du spectre de l'autisme (« TSA »), dans lequel est subsumé le Syndrome d'Asperger, est une condition neurodéveloppementale qui affecte les sphères du développement social, de la communication et des relations interpersonnelles de la personne. Cette condition est caractérisée par une incapacité à intuitionner les normes sociales et morales, un développement d'intérêts restreints, fixes et obsessionnels, l'établissement d'habitudes fixes, rigides et répétitives, une difficulté dans le raisonnement social et dans l'adaptation aux changements et aux nouvelles règles. Le TSA s'attaque donc directement au fonctionnement de la personne en société, à sa flexibilité et sa capacité d'adaptation, à sa capacité d'établir et maintenir des relations sociales et à sa capacité d'y fonctionner de manière autonome¹³. Nous comprenons déjà mieux alors comment des conditions à la probation qui affecteraient les intérêts, loisirs ou passions – déjà restreints – de la personne autiste, qui affecteraient ses relations sociales – déjà limitées – ou qui affecteraient son environnement direct et sa routine auront des impacts insoupçonnés, dévastateurs et complètement disproportionnés pour la personne autiste.

Aux États-Unis, l'avocat spécialisé Me Mark Mahoney est un des rares juristes à avoir documenté cette réalité. Dans le cadre de sa pratique, il a observé comment les conditions comprenant des restrictions géographiques, les assignements à domicile ou les couvre-

¹³ Fred R Volkmar et al, dir, *Handbook of Autism Spectrum Disorder and the Law*, Cham, Springer, 2021; Tony Attwood, *The Complete Guide to Asperger's Syndrome*, Londres, Jessica Kingsley Publishers, 2007.

feux, les interdictions de contact et de proximité avec des mineurs ou des parcs, écoles, centres communautaires ainsi que l'enregistrement au registre des délinquants sexuels peuvent affecter disproportionnellement les personnes Asperger en raison de leurs vulnérabilités particulières, notamment de leur vie sociale limitée et de leur besoin d'accompagnement pour accomplir certaines tâches quotidiennes simples¹⁴.

En examinant minutieusement la jurisprudence, il est possible de constater comment les conditions de remise en liberté affectent disproportionnellement les personnes autistes Asperger. Dans l'arrêt *Nepon*, les interdictions judiciaires, et plus particulièrement celles liées à l'usage d'un ordinateur (outil dont il se servait pour sa passion de la photographie et pour maintenir ses relations sociales principalement en ligne), ont conduit l'accusé vers une profonde dépression comportant des symptômes végétatifs. Celui-ci était incapable de dormir, a perdu toutes ses passions et sa vie sociale¹⁵. Dans l'arrêt *Hartman*, l'obligation imposée à la personne autiste de se présenter, sur demande, à son agent de probation a été décrite comme étant plus difficile en raison de son autisme. Son anxiété « extrême » – exacerbée par les procédures judiciaires – et le sentiment d'être « dépassé » par celles-ci ont eu pour conséquence de « l'empêcher de fonctionner suffisamment pour quitter sa résidence et se rapporter à son agent » et de l'amener à « se retirer complètement de la communauté »¹⁶. Une autre décision fort éclairante se penche précisément sur la difficulté pour les personnes autistes Asperger de respecter les ordonnances de probation. Ceux-ci auraient plus de difficulté à respecter ses clauses en raison de leur fonctionnement social limité et de leur compréhension littérale des normes qui les empêchent d'être dissuadés par le « gros bon sens »¹⁷.

¹⁴ Mark Mahoney, « Asperger's Syndrome and the Criminal Law: The Special Case of Child Pornography » (2009) aux pp 62—63, en ligne <<https://www.harringtonmahoney.com/publications>>.

¹⁵ R c *Nepon*, 2020 MBPC 48 aux para 61—62.

¹⁶ R c *Hartman*, 2018 BCPC 240 aux para 17, 40, 55, 61 (notre traduction).

¹⁷ R c *Doncaster*, 2013 NSPC 13.

Il nous apparaît alors que des conditions à la probation qui interféreraient directement ou indirectement avec les vulnérabilités particulières de la personne autiste risquent vraisemblablement de participer à leur surcriminalisation¹⁸.

Dans le cadre de la série de conférences *Droit et Préjugés* du *Graduate Law Students Association* de l'Université McGill, nous avons choisi de décartographier la probation d'Hanssen spécifiquement afin de relever les présomptions (ou *préjugés*) qui accablent le sujet de droit neurodivergent; nommément, la présomption qu'il est capable de se disjoindre totalement des déterminismes psychosociaux qui composent sa réalité vécue et à se déterminer, seul, par la seule force de sa Raison et de sa Volonté. La probation, comme nous le verrons dans cet article, renforce ce préjugé voulant qu'il n'en tient qu'au délinquant de se reprendre en main et que le bris répété de la loi n'est qu'une question de « mauvaise » volonté. Le projet de droit libéral – l'individu gouverné par la loi – apparaît alors comme un projet d'exclusion systématique de toutes les déviations de cette construction qu'est l'Homme raisonnable. Le projet de la loi en est un fait strictement à sa mesure.

Cadre d'analyse et méthode

Pour rendre visible la zone implicite de contrôle de la loi-probation, et « ainsi dévoiler les formes de légalité, latentes et réprimées, à l'intérieur desquelles surviennent des formes encore plus dommageables d'oppression »¹⁹, nous aurons besoin de nouveaux outils d'analyse. La métaphore de la carte de De Sousa Santos et le chronotope de Valverde nous seront particulièrement utiles. La métaphore de la carte, appliquée au droit, permet de commencer à imaginer un nouveau sens

¹⁸ Sylvestre et al, *supra* note 5 aux pp 172—74, 182. De telles mesures pourraient donc être contraires aux directives de la Cour suprême dans *R c Zora*, 2020 CSC 90 au para 14 et *R c Boudreault*, 2018 CSC 58 au para 71.

¹⁹ Boaventura de Sousa Santos, « Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law » (1987) 14:3 JL & Soc'y 279 à la p 299 DOI <10.2307/1410186> .

commun juridique qui aidera à reconnaître la pluralité des normes qui s'entremêlent dans le vécu réel du délinquant et rendent plus difficile sa conformité à la loi²⁰. Le droit conçu en tant que carte permet de traiter d'enjeux socio-légaux complexes, comme la surcriminalisation des personnes avec un trouble mental (« TM »), à partir de la manière dont le droit, à travers une pratique institutionnelle comme la probation, imagine le réel. La métaphore de la carte est d'autant plus pertinente lorsque l'on sait que les cartes sont, elles-mêmes, des façons d'imaginer le réel. Le chronotope de Valverde enrichira cette métaphore de la carte. Le chronotope rappelle que temps/espace sont intriqués et que les conditions touchant l'environnement du délinquant ont aussi un impact sur sa gestion du temps, et vice-versa²¹. En suivant l'organisation interne de la carte de la probation, nous nous demanderons, finalement, quels sont les éléments de la *culture rhétorique* qui donnent vie et forme aux pratiques probatoires actuelles et, pour les participants et leur collectivité, ce qui leur donne leur sens²²? Qu'est-ce qui permet de rendre intelligible cette croyance que de la prise en charge individuelle des facteurs de risques des personnes atteintes de TMs puisse émaner un ordre de sécurité, de paix et de justice²³, si ce n'est l'*imaginaire social* dans lequel sont enracinées ces pratiques probatoires et leurs participants? Autrement dit, il s'agit d'interroger les pratiques probatoires pour en révéler leur « imaginaire social », définit par Charles Taylor comme « the ways people imagine their social existence, (...) the expectations that are normally met, and the deeper normative notions and images that underlie these expectations »²⁴.

²⁰ *Ibid* aux pp 286, 298.

²¹ Mariana Valverde, *Chronotopes of Law: Jurisdiction, Scale and Governance*, Abingdon, Oxon, Routledge, 2015, aux pp. 9, 17, 18 DOI <10.4324/9781315881614>; Margaret Davies, *Law Unlimited*, London, Routledge, 2017 à la p 151 DOI <10.4324/9781315775913>.

²² Qu'est-ce qui permet de s'*attendre* à ce que, sous le coup de la menace, Hanssen puisse se réformer? Qu'est-ce qui permet de s'*attendre* à ce que le châtement et la prise en charge individuelle puissent maintenir un ordre de sécurité pour tous? La culture rhétorique dans laquelle sont enracinées ces différentes formes de vies et pratiques peuvent nous aider à répondre à ces questions, voir James Boyd White, *Justice as Translation: An Essay in Cultural and Legal Criticism*, Chicago, University of Chicago Press, 1990 aux pp 56—57.

²³ Il s'agit de la fonction que doit poursuivre la peine, voir l'art 718 Ccr.

²⁴ Charles Taylor, *Modern Social Imaginaries*, Durham, Duke University Press, 2003 à la p 23.

Décartographier la carte-probation à partir de ses éléments-caractéristiques, notamment son (1) échelle, (2) sa projection et (3) sa légende, nous permettra de révéler que toute probation comporte une large zone implicite de contrôle, coercitive et affligeante, qui n'est pas visible à première vue car cachée par sa mission réhabilitative et de gestion des risques. À la fin de ce texte, nous questionnerons le rôle de l'institution pénale dans la gestion effective de la sécurité et nous nous demanderons s'il est possible d'imaginer des pratiques probatoires moins sévères et préjudiciables pour les délinquants socialement vulnérables comme ceux atteints de TMs.

1. Échelle

Comme le propose De Sousa Santos, un phénomène juridique, comme la probation, peut être étudié à partir de son échelle de mesure. Le droit n'étant pas neutre, puisqu'il émane de l'« interaction complexe entre la doctrine, les préjugés, la politique et les coutumes »²⁵, le choix de l'échelle à partir de laquelle la probation mesure la réalité sociale du délinquant et intervient n'est donc pas anodin et mérite d'être étudié en portant attention aux intérêts, aux relations de pouvoir²⁶ et à l'imaginaire qui motivent ce choix.

La probation, même si elle provient du droit étatique, reste du droit à grande échelle. Comme les normes sociales, les habitudes ou les coutumes, la probation est un droit à grande échelle, car il s'intéresse à la banalité des détails qui forment le quotidien de l'individu²⁷. La probation quadrille, comme les habitudes ou la routine, son temps et son environnement : elle identifie les traitements qu'il doit suivre, ses lieux de résidence, ce qu'il peut posséder ou ce qu'il consomme, mais aussi, ses relations intimes, les lieux qu'il peut fréquenter, ce qu'il peut regarder

²⁵ (Notre traduction). Joan Williams, « Critical Legal Studies: The Death of Transcendence and the Rise of the New Langdells » (1987) 62:3 NYULR 429 à la p 486.

²⁶ James C Scott, *Seeing Like a State: How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed*, New Haven, Yale University Press, 1999 à la p 27.

²⁷ De Sousa Santos, *supra* note 19 à la p 289.

sur Internet et même la manière dont il peut consommer de la pornographie²⁸. Dans le cas d'Hanssen²⁹, celui-ci doit participer régulièrement aux sessions de thérapie du CMHA, du psychiatre, et à toutes celles désignées par l'agent afin d'apprendre à gérer les facteurs de risque liés à son autisme. Il doit habiter à une adresse approuvée par l'agent, notifier tout changement d'adresse, de travail ou d'occupation. Il ne peut pas acheter, posséder ou consommer des médicaments non-prescrits, de la marijuana ou « toute autre substance intoxicante » (ce qui est très large et ambigu), sauf l'alcool. Hanssen ne peut pas posséder, être propriétaire ou porter n'importe quel objet qui pourrait être défini comme étant une « arme », au sens de la définition large du *Code criminel* (la définition inclut notamment un godemiché ou un chien)³⁰. Hanssen ne peut non plus posséder n'importe quel « matériel incendiaire » (la définition ici aussi est ambiguë : Briquet? Allumette? Gaz à voiture et tondeuse? Propane pour le barbecue?). En cherchant spécifiquement à imposer une routine et des habitudes différentes de celles rigoureusement suivies par la personne autiste, nous comprenons mieux, à la lumière de leur « inflexibilité comportementale » et leur résistance aux changements³¹, comment la probation peut être vécue par la personne autiste

²⁸ Les clauses suivantes se trouvent dans des probations imposées à des délinquants autistes : « Aviser immédiatement l'agent de probation de toutes relations intimes ou « dating » avec des parents ou des gardiens d'enfants mineurs et donner le nom, des informations pour les contacter et leur adresse », voir *R c ERDR*, 2016 BCSC 1758 au para 39 [ERDR]. « Donner le nom, l'âge, le genre de toute personne vivant de manière temporaire ou permanente dans la même résidence », voir *ERDR* au para 37. Le superviseur a le pouvoir de déterminer et de contrôler les relations intimes, interpersonnelles, et les autres associations de l'autiste condamné en fonction d'une « évaluation raisonnable du risque », voir *R c Vaux*, 2021 BCSC 1773 [Vaux] au para 105. « Ne pas être dans un parc, centre communautaire, aréna ou concert sauf si l'évènement est pour adulte seulement », voir *R c Nepon*, 2020 MBPC 48 au para 156 [Nepon]; « Ne pas être dans un bar ou un endroit où on vend de l'alcool » voir *R c Wolff*, 2020 BCPC 174 au para 114 [Wolff]; « Offrir tous ses appareils électroniques à son superviseur, à son 'community integration manager' ou à la police sur demande pour en vérifier l'historique », voir *Nepon* aux para 155—56; « Ne pas accéder à des sites de pornographie adulte », voir *Nepon* au para 156; *R c Brunton*, 2011 ONSC 285 au para 22 [Brunton]; *R c Osadchuk*, 2020 QCCQ 2166 au para 62; « Ne pas utiliser ou posséder un ordinateur », voir *Brunton* au para 22; « Ne pas posséder ou utiliser un appareil ayant accès à Internet, sauf exception », voir *R c Collier*, 2021 ONSC 6827 à l'appendice 11.

²⁹ Voir l'Annexe, ci-dessous.

³⁰ *R c Lamy*, [2002] 1 RCS 860 (godemiché); *R c MacLeod*, [1993] 84 CCC (3d) 336 (CAY) (chien).

³¹ VA Green et al, « Assessing behavioral flexibility in individuals with developmental disabilities » (2006) 21:4 Focus on Autism and Other Developmental Disabilities 230 DOI <10.1177/10883576060210040401>.

Asperger comme rien de moins que l'écroulement de son monde, une perte complète de ses repères.

Un instrument à grande échelle, comme la probation, permet effectivement à l'État d'intervenir en continu et directement sur le corps-dans-l'espace du condamné et sur son environnement, et ce, de manière à organiser son temps et à lui imposer une nouvelle routine. En effet, une restriction dans l'espace est à même d'impacter sa gestion du temps, puisque le temps et l'espace sont intriqués³². Mais la probation agit aussi à un niveau microscopique insoupçonné. En phase avec son idéal réhabilitatif, en amenant le délinquant à adopter une routine différente, répéter certains comportements, respecter ses obligations, suivre des traitements, se présenter à temps au lieu demandé, la probation se reterritorialise et déploie sa normativité en des contrées plus obscures, mais tout aussi matérielles, malléables, plastiques; elle crée, dans le cerveau du délinquant, une véritable *carte neuronale*³³. Une carte neuronale qui agit sur le délinquant dans le but de lui faire adopter de « saines » habitudes de vie et de lui faire découvrir les « bienfaits » de la conformité et de l'obéissance.

Selon De Sousa Santos, une grande échelle, comme celle de la probation, favorise un mode de régulation qui tient compte de la *position* exacte du sujet au sein de son *environnement immédiat*³⁴. Lorsqu'on analyse ainsi la probation, on rend visible la fonction documentaire qui accompagne le mode de régulation de la probation. La probation permet de recueillir des informations personnelles sur le délinquant permettant de le retrouver rapidement dès qu'il franchit ses limites préventives. La Cour et l'agent connaissent l'adresse du domicile d'Hanssen, son travail, ses occupations actuelles et passées, son psychiatre et son CMHA (eux-mêmes détiennent

³² Sylvestre et al, *supra* note 5 à la p 179; De Sousa Santos, *supra* note 19 à la p 290; Valverde, *supra* note 21 aux pp 9—10.

³³ Davies, *supra* note 21 aux pp 31, 153.

³⁴ De Sousa Santos, *supra* note 19 à la p 289.

des informations, encore plus sensibles). Toutes ces informations créent un réseau de localisation où retrouver le délinquant si un crime est commis et tous ces acteurs externes participent indirectement à sa surveillance et à l'aménagement de sa punition. Même lorsqu'il n'est pas à l'une de ces locations, il est certainement *entre* celles-ci, en déplacement, à l'intérieur donc de la *zone de contrôle implicite* créée par la probation.

En raison de l'intrication temps/espace, il est également possible de dégager certaines restrictions de temps à partir d'une clause visant exclusivement des lieux, et vice-versa. C'est justement cette intrication entre temps/espace qui permet l'émergence de cette zone de contrôle implicite. Par exemple, en exigeant d'Hanssen qu'il se présente devant la Cour et l'agent de probation, à tout moment, dans le délai et à l'endroit qu'ils désigneront³⁵, on circonscrit aussi les projets qu'Hanssen peut entreprendre en dehors des obligations de la probation et jusqu'où il peut s'éloigner de sa zone implicite de contrôle. On le plonge dans un état d'incertitude et de stress. Même si cette clause ne vise pas directement à restreindre ses activités, ses passions ou ses projets, ni à le confiner dans un lieu précis, il reste qu'il doit demeurer disponible et à proximité de la Cour ou de son agent en tout temps pour se présenter dans les délais requis.

La métaphore de la carte-probation nous aide à nous rappeler que l'échelle choisie pour un instrument normatif, comme la probation, crée la réalité à partir de laquelle l'institution pénale peut intervenir. Elle doit choisir l'échelle de mesure la plus utile; celle qui crée les conditions qui facilitent sa fonction préventive et le déploiement de sa normativité³⁶. À partir du degré de

³⁵ Il est assez rare que les juges balisent le temps et l'endroit des rencontres entre l'agent et le délinquant, voir une exception : *R c Kumzīg*, 2011 MBPC 81 au para 73. Il est donc possible de baliser ces rencontres dès l'étape du prononcé de la peine. Dans la quasi-totalité des cas le juge laisse une pleine discrétion à l'agent pour déterminer le temps, la fréquence et l'endroit des rencontres, voir *ERDR*, *supra* note 28 au para 23 et *Wolff supra* note 28 au para 106. Une pleine discrétion favorise un état d'incertitude chez la personne autiste. Ces jugements concernent des délinquants autistes.

³⁶ Scott, *supra* note 26 à la p 25; De Sousa Santos, *supra* note 19 aux pp 284, 288.

précision de l'échelle choisie, de nouveaux objets de régulation sont désormais observables de la perspective du droit étatique³⁷. Par exemple, des objets légaux comme le cannabis ou le matériel incendiaire – à moyenne échelle comme celle adoptée par le *Code* – ne menacent pas l'ordre public, mais ces mêmes objets deviennent soudainement d'intérêt pour l'institution pénale, en raison de la grande échelle de la probation, lorsqu'ils sont achetés ou vus entre les mains du délinquant en raison de *ses* facteurs de risque personnels. Par un simple changement d'échelle, elle crée un tout nouvel objet de droit criminel dont la criminalisation est justifiée par la perception du risque, contournant par ce fait même l'assise démocratique qui devrait soutenir toute prohibition et privation de liberté³⁸.

Ce que nous voyons jusqu'à présent, c'est que la probation prend la mesure, avec un souci du détail appuyé, de certains éléments de la vie quotidienne du délinquant dans le but de prévenir le crime futur. Or, ce que nous réalisons en même temps, c'est que celle-ci témoigne de peu d'intérêt envers la réalité vécue du délinquant au cours de sa peine et ses facteurs de vulnérabilité qui la rendent plus souffrante, stressante et plus difficile à respecter pour la personne autiste. Pourtant, une peine proportionnelle, qui se doit de ne pas dépasser la responsabilité morale significativement atténuée des accusés atteints de TM, devrait être hautement soucieuse de ces éléments. En effet, le principe fondamental de proportionnalité (art 718.1 Ccr) garantit que la peine n'excèdera pas la culpabilité morale atténuée du délinquant atteint de TMs, même s'il est

³⁷ De Sousa Santos, *supra* note 19 aux pp 284, 287.

³⁸ La logique du risque court-circuite toute réflexion collective sur ce qui est un *juste* objet de droit criminel. Autrement dit, nous avons collectivement et démocratiquement choisi, par exemple, que la pornographie, le matériel incendiaire ou le cannabis ne devraient pas être des objets de droit criminel. En soi, le fait de fonder une décision de justice, comme la peine, à partir des caractéristiques générales et immuables d'un individu (ses facteurs de risque) et de leur corrélation avec la propension à la récidive nous apparaît comme problématique puisque la décision de priver ou non la personne de sa liberté se retrouve alors fondée sur des motifs *exogènes* aux prohibitions démocratiquement édictées et publicisées dans le *Code criminel*, voir Bernard E Harcourt, « Against Prediction: Sentencing, Policing, and Punishing in an Actuarial Age » (2005) University of Chicago Public Law & Legal Theory, Document de travail n° 94 à la p 37 DOI <10.2139/ssrn.756945>.

avantageux de lui imposer plus de conditions afin d'achever sa réhabilitation et de maîtriser ses facteurs de risque³⁹. Hanssen, malgré sa responsabilité morale limitée en raison de ses TMs, verra ses facteurs de vulnérabilités transformés en « facteurs de risque » et son horaire et ses habitudes requadrillés précisément en fonction de ceux-ci : son autisme fait l'objet de trois clauses distinctes et détaillées au sein de la probation, sa tendance pyromaniaque et son trouble de l'usage du cannabis font l'objet d'une clause chacune.

2. Projection

À travers la carte-probation, l'institution pénale offre également une certaine projection de la peine vécue par le délinquant⁴⁰. La distorsion, créée par cette projection, répond, elle aussi, à une logique d'efficacité et d'utilité du contrôle⁴¹. Ce que l'institution pénale juge d'intérêt, elle le met au centre et le détaille afin de conserver un plein contrôle sur la partie de la réalité qu'elle expose⁴², tandis que les autres éléments de cette réalité, comme dans une carte, sont obscurcis et renvoyés à la périphérie⁴³.

Au centre de la carte-probation, nous retrouvons les facteurs de risque de récidive d'Hanssen hautement documentés lors du procès : interdiction de posséder du cannabis ou un produit

³⁹ Julian V. Roberts et Simon Verdun-Jones, « Directing Traffic at the Crossroads of Criminal Justice and Mental Health: Conditional Sentencing after the Judgment in *Knoblauch* » (2002) 39:4 *Alta L Rev* 788 à la p 793, n 16 DOI <10.29173/alr1382>; *R c Cross*, 2012 CanLII 62515 (NL PC) au para 1; *R c Tremblay*, 2006 ABCA 252 au para 7.

⁴⁰ De Sousa Santos, *supra* note 19 à la p 291.

⁴¹ *Ibid* à la p 284.

⁴² Cette idée chez De Sousa Santos rappelle la vision-tunnel adoptée par les institutions pouvoir-savoir comme l'institution pénale décrite par Scott, *supra* note 26 à la p 11. L'institution pénale retient les indicateurs de risque du délinquant révélés lors de l'observation sur la peine, grâce aux témoignages des experts cliniques, dans le rapport présentiel, mais n'enquêtera généralement pas davantage sur la manière dont sera vécue et expérimentée la peine probatoire par le délinquant atteint d'un TM. Cette idée chez Scott se retrouve aussi chez Foucault avec sa notion de discours savoir/pouvoir (pouvoir disciplinaire), ce qui est enquêté, documenté et décrit offre à l'institution pénale un point d'accès pour son contrôle, voir David Kimmel et Daniel Robinson, « Sex, Crime, Pathology: Homosexuality and Criminal Code Reform in Canada, 1949-1969 » (2001) 16:1 *Can J Law Soc* 147 à la p 148 DOI <10.1017/S082932010000661X>.

⁴³ De Sousa Santos, *supra* note 19 à la p 292.

incendiaire et obligation de suivre un traitement psychologique. La récidive est incertaine (*futur*), pourtant elle sous-tend toutes les clauses de la probation : elle est présumée⁴⁴. Qu'apprend-on de l'*essence distinctive* de la probation lorsque l'on s'intéresse, comme nous y invite Valverde⁴⁵, à son rapport au temps? En comparant le rapport au temps de la probation avec celui du *Code* (que Valverde décrit comme atemporel) et de la fonction traditionnelle du juge pénal (qu'elle décrit comme étant orientée vers le crime passé), nous voyons mieux son orientation vers le futur : son essence prospective et préventive. Le juge contemporain responsable d'aménager les clauses de la probation est aujourd'hui doublé d'une fonction policière/exécutive qui détonne avec son rôle traditionnel en droit criminel⁴⁶. Lorsqu'il est devant un accusé atteint de TMs le juge est appelé à répondre à une panoplie de questions prospectives et complexes qui dépasse ses compétences traditionnelles :

« Establishing whether those disorders might be treatable, and if so over what time frame; (...) estimating the likelihood of future offending in the context of past offending and the offender's uncertain treatability; (...) addressing issues of risk, and doing so in the context of what may be exceptionally grave and emotive index offences; (...) considering the nature of those bodies' decision-making tasks and of offender-patients receiving different levels of support in the community according to the method of release; and of differing criteria for recall depending on the method of

⁴⁴ Ce qui vient soulever des questions quant au respect de la présomption d'innocence puisque la probation agit en présumant une possibilité forte de récidive au point de devoir interdire de manière préventive certains comportements autrement légaux, voir Andrew Ashworth et Lucia Zedner, *Preventive justice*, Oxford, Oxford University Press, 2014 à la p 148 DOI <10.1093/acprof:oso/9780198712527.001.0001>.

⁴⁵ Valverde, *supra* note 21 à la p 10 nous appelle à déceler l'« essence » d'une pratique ou d'un artéfact discursif, comme la probation, à travers l'étude de la particularité de son « mode de spatiotemporalité ».

⁴⁶ *Ibid* à la p 12. La probation se distingue aussi du rapport à la spatiotemporalité du Code, comme l'explique Valverde, *ibid* à la p 11.

release should an individual's behaviour or mental state deteriorate in the community.

All of these are issues that may go through a judge's mind. »⁴⁷

L'exercice même de rédiger une probation, en raison de son orientation *prospective*, éloigne le juge des questions fondamentales liées à la culpabilité morale limitée du délinquant atteint de TMs face à son acte *passé*.

Si nous nous déplaçons maintenant à la circonférence du centre de la carte-probation, nous trouvons toutes les clauses qui garantissent le respect des clauses centrales de la probation. Hanssen doit non seulement suivre plusieurs thérapies, mais – en plus! – consentir à signer tous les documents permettant à l'agent et au médecin de communiquer entre eux et fournir lui-même les preuves qu'il a suivi et complété ses thérapies. Comme chacune des clauses de garantie ouvre une nouvelle source de responsabilité criminelle qui pourrait l'amener en prison en cas de défaut (donc une source de stress supplémentaire!), il y a lieu de douter que ces clauses soient principalement motivées par le traitement de la santé psychologique et du mieux-être du délinquant atteint de TMs.

Si nous continuons notre chemin jusqu'à la périphérie de la carte-probation, nous verrons qu'il y est reléguée toute l'administration quotidienne de la peine par l'agent, le psychiatre et le CMHA. Aucune balise n'est précisée dans la probation par le juge. Pourtant, cette discrétion risque de faire varier grandement la sévérité de la peine expérimentée par Hanssen. De Sousa Santos rappelle que c'est dans la périphérie de la carte que se trouve justement la zone d'interlégalité où se rencontrent et s'entrechoquent le plus souvent des normes contradictoires provenant de

⁴⁷ Jill Peay, « Sentencing Mentally Disordered Offenders: Conflicting Objectives, Perilous Decisions and Cognitive Insights » (2015) LSE Law - Society and Economy, Document de travail n° 1 à la p 3 DOI <10.2139/ssrn.2549653>.

différents ordres normatifs et légaux⁴⁸. Des conflits de valeurs, de normes, de pratiques, d'éthique de travail entre l'agent et le psychiatre, ou entre eux et le délinquant atteint de TMs ou entre eux et le milieu familial du délinquant peuvent faire grandement varier l'expérience et le degré réel de sévérité de sa peine. Par exemple, il y a conflit de normes et de valeurs au sein de cette zone d'interlégalité lorsqu'un autiste, comme dans l'affaire *Guentchev*, suit le conseil de son père de ne pas prendre ses médicaments antipsychotiques et qu'il cause un crime pour cette raison⁴⁹. Qui devra alors porter le fardeau de la faute à ce moment-là? Le père? La personne autiste? Le pharmacien? Les trois? La culture libérale qui soutient la probation ne permet pas de prendre en compte la responsabilité partagée et ne s'intéresse pas à ce genre de conflit de valeurs qui peut être responsable de l'échec du respect d'une condition probatoire.

Si nous voulons vraiment comprendre comment certaines clauses de probation sont vécues par le délinquant, et pourquoi celles-ci sont si souvent enfreintes, il faut donc ajuster davantage notre lentille et s'intéresser, comme Moore, au droit dans sa complexité quotidienne et interactionnelle⁵⁰. L'institution pénale évite actuellement de se poser les questions suivantes, qui se posent pourtant lorsqu'on s'intéresse au *droit en pratique* : Comment le pouvoir psychiatrique, et celui de l'agent, en étant intégré dans la probation, dénature, minimise ou aggrave le châtement voulu par l'institution pénale? Comment les relations avec ces intervenants modifient la relation du délinquant avec ses pairs, et vice-versa? Comment l'environnement du délinquant incite et participe au non-respect des clauses, comme dans l'affaire *Guentchev*⁵¹? Quelle marge de

⁴⁸ De Sousa Santos, *supra* note 19 à la p 292.

⁴⁹ *R c Guentchev*, 2022 QCCS 3814.

⁵⁰ Sally Falk Moore, « Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study » (1973) 7:4 *Law & Society Review* 719 aux pp 719—20 DOI <10.2307/3052967>, qui nous invite à étudier le droit à l'intérieur de son contexte social. Il faut voir comment les sujets de droit sont aussi des acteurs et peuvent mobiliser le droit de l'État à leur avantage et participer à la modification des pratiques. On s'intéresse au droit tel qu'il est mobilisé au quotidien, c'est-à-dire dans le droit et l'espace.

⁵¹ Évidemment, cette question est évitée, car elle viendrait créer une forme de responsabilité collective en cas de non-respect aux ordonnances de la probation par le délinquant, voir De Sousa Santos, *supra* note 19 à la p 298 : « The mixing

manœuvre le délinquant a-t-il pour mobiliser le droit de l'État à son avantage, pour alléger son suivi et son contrôle⁵²? La probation est-elle un *champ social semi-autonome* ou un *droit des autres* imposé sans mot dire dans toute sa littéralité⁵³? La carte lui est-elle rigide ou bien les intervenants lui laisseront une marge de manœuvre pour pouvoir modifier les pratiques auxquelles il participe⁵⁴? Autoroutes ou *sentiers*? Toutes ces questions n'intéressant visiblement pas la probation, le degré de sévérité réelle de la peine reste dans l'obscurité.

En portant attention à ce que la probation met en son centre et aux questions qu'elle rejette à sa périphérie, il est possible de conclure que la probation est ce que De Sousa Santos appelle un *droit égocentrique* : une légalité personnalisée à un individu et qui le rend plus imperméable à l'application du droit et des principes de justice du territoire⁵⁵. Une légalité égocentrique, comme la probation, est davantage une justice de faits que de normes⁵⁶. En effet, la probation est surtout organisée autour des facteurs de risque personnel du délinquant et non de notre adhésion démocratique à certains principes, comme celui de proportionnalité de la sévérité de la peine, de modération, d'application équitable de la loi et de la présomption d'innocence. En projetant les facteurs de risque individuels au centre de la carte, la probation crée un micro-droit criminel. Comme la probation s'attaque à l'environnement direct de ce délinquant et à la gestion particularisée de son temps, il semble plus difficile de faire valoir les droits garantis par l'État ou

of codes is still visible in the popular images of law. In a recent study Stewart Macaulay has shown how the mass media and particularly the television promote a fragmented and inconsistent view of law - a view of overlapping and contradictory legal messages, of rules and off-setting counterrules inciting both to obedience and to disobedience, to legal and illegal action. »

⁵² Moore, *supra* note 50 à la p 729.

⁵³ Nous pouvons voir dans l'imposition à un accusé autiste d'une probation, une forme légale prescriptive axée sur le respect de l'autonomie et de la rationalité du délinquant, l'imposition d'un « droit des autres » puisque celui-ci répond à des standards légaux et culturels qui font fi des déterminismes et du réel vécu du délinquant atteint de TMs, voir Marianne Constable, *The Law of the Other: The Mixed Jury and Changing Conceptions of Citizenship, Law, and Knowledge*, Chicago, University of Chicago Press, 1991 notamment aux pp 84—85.

⁵⁴ Voir la métaphore du sentier de Davies, *supra* note 21 aux pp 144—53.

⁵⁵ De Sousa Santos, *supra* note 19 à la p 293.

⁵⁶ *Ibid* à la p 295.

de concevoir comment ils peuvent s'appliquer⁵⁷. Ainsi, en ayant adopté une échelle de mesure spécifique à *cet* individu, la mesure imposée par les principes du droit criminel devient tellement distante – tellement loin dans la périphérie de la carte – qu'elle ne peut plus s'appliquer. Autrement dit, il devient plus difficile d'avancer le principe de proportionnalité de la sévérité de la peine dans le but de la limiter à la culpabilité morale atténuée du délinquant atteint de TMs lorsqu'il est question de déterminer des questions ultra-précises et concrètes, comme le nombre de mètres de distance que doit maintenir l'accusé avec sa victime ou le type de thérapie qu'il doit suivre pour contrôler ses facteurs de risque. Pourtant, ces restrictions ont une incidence directe sur l'expérience et la souffrance qui découle de la peine. La logique du risque vient donc concrétiser et personnaliser les enjeux – elle pose la question de ce qui est nécessaire pour protéger la victime, ce qui est nécessaire pour contrôler tel facteur de risque, ce qui est nécessaire pour assurer le suivi du délinquant – et nous éloigner des principes généraux, moraux et abstraits comme la proportionnalité de la peine qui deviennent alors plus difficiles à appliquer. La probation est une justice de faits et non de normes⁵⁸.

3. Légende

De Sousa Santos propose un dernier outil permettant de rendre compte des tactiques invisibles qui sous-tendent la configuration de la carte-probation : la légende. La probation sollicite, pour assurer sa fonctionnalité, certains codes récurrents qui permettent de représenter et de rendre visible une

⁵⁷ Sylvestre et al, *supra* note 5 à la p 217 citant Valverde, *supra* note 21 :

« Not only do State-scale constitutional rights rarely apply to “low-level” regulations (Valverde, 2015) or everyday court processes, but also, by developing conditions of release via quasi-technical and cartographic tools, the effect is to divert attention from the person – the bearer of rights – to the space itself. To the extent that red zones appear to act on spaces rather than people, they appear less contentious (Blomley, 2010). The governance of space, of course, entails the governance of the person. However, the effect of focusing on the former is to make rights-based arguments that much harder. As Cresswell puts it, spaces “appear to have their own rules, not the rules constructed for them” (1996: 159) »

⁵⁸ Sur ce point voir De Sousa Santos, *supra* note 19 à la p 295.

partie de la peine du délinquant⁵⁹. Ces symboles, sollicités par l'État pour s'adresser au délinquant, donnent un accès privilégié à la *culture rhétorique* qui la sous-tend.

Les « **You are** » qui débutent chacune des clauses de la probation sont un premier symbole distinctif de la carte-probation. Elle témoigne d'une conception particulière du sujet de droit responsable, ancrée dans la culture libérale anglo-saxonne. Kristen Rundle, dans son étude de la notion de moralité interne de la loi de Lon L. Fuller, nous rappelle que la forme empruntée par ces clauses, la forme légale prescriptive, témoigne d'un certain type de relation entre le délinquant et le droit : elle témoigne principalement, selon elle, du respect par l'État, souhaitable dans une culture libérale, envers le libre-arbitre, l'agentivité et la dignité du sujet de droit responsable⁶⁰. La forme légale serait donc sollicitée, présumément, *dans son avantage*, en respectant sa Raison et sa capacité libre de se conformer aux ordonnances et en lui donnant des limites supposément intelligibles qui lui permettront de naviguer à travers la vie sociale⁶¹. Or, comme nous l'avons vu dans notre exposé en début d'article, ces limites ne sont pas toujours pleinement intelligibles pour la personne autiste en raison de son manque de sens social commun.

Qu'est-ce que la forme actuelle des clauses de probation nous révèle donc lorsqu'elle est imposée à une personne autiste, comme Hanssen? Lorsque ces prescriptions pénales sont adressées à une personne atteinte d'un TM, elles ont plutôt l'effet de miner son droit à une reconnaissance de sa responsabilité morale limitée et le soumettent à un fardeau qui fait fit de ses facteurs de vulnérabilité et de son besoin d'accompagnement pour comprendre et suivre les clauses de la

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Kristen Rundle, *Forms Liberate: Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller*, Londres, Bloomsbury Publishing, 2012 aux pp 97—98 DOI <10.5040/9781472565983>.

⁶¹ *Ibid* aux pp 97 et 98. Voir *R c Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 RCS 606 à la p 638 citant et approuvant Paul Amselek, « La teneur indéçise du droit » (1991) 107 Rev dr publ 1199 aux pp 1200—01: « Ces marges servent à encadrer la volonté de ceux auxquels elles sont adressées, à lui servir de support, d'étalon de mesure pour rester à l'intérieur de la droiture, de la rectitude, dans le tracé des lignes de conduite qu'elle arrête et qu'elle fait ensuite exécuter, dont elle déclenche le passage à l'acte. »

probation. À notre avis, cette réalité pourrait justifier un *shift from law*⁶². En effet, un *Shift from Law* est même prévu par le Code; il est possible pour les personnes atteintes de TMs, mais criminellement responsables, de bénéficier des mesures de déjudiciarisation prévues à l’art 717 Ccr. Malheureusement, l’accès à ces mesures est soumis à de nombreuses restrictions, notamment en fonction des facteurs de risque présents chez le délinquant, et dépend également de la volonté de la Couronne ainsi que de la mise en place et du financement par la province de services de déjudiciarisation⁶³.

Sans un plus grand accès et recours à ces mesures, l’avenue punitive risque d’être privilégiée, y compris pour des accusés atteints de TMs. Le modèle punitif propre à la probation renforce l’idée que tout le poids de la réhabilitation repose entièrement sur les épaules du délinquant autiste, que le respect des clauses ne dépend que de sa bonne volonté, ce qui permet ensuite de justifier rhétoriquement une peine d’emprisonnement en cas de défaut. Ce jeu de langage permet de détourner l’attention, et de reléguer dans la périphérie de la carte, toutes formes de responsabilité collective envers les personnes autistes. Pourrions-nous alors imaginer, dans ces cas, une nouvelle *forme* à ces clauses qui témoignerait davantage de leur responsabilité morale atténuée, de leurs déterminismes et de la compassion que la société canadienne porte à l’endroit des personnes autistes? Pourrions-nous imaginer, dans notre culture libérale, des clauses qui débuteraient par « **We will** » et qui seraient plutôt génératrices de responsabilités pour l’État? Par exemple, pouvons-nous imaginer des clauses comme : « *nous* allons offrir ce service de thérapie » ou « *nous* allons faire le suivi de tel ou tel comportement »?

⁶² Malgré la reconnaissance d’une responsabilité morale atténuée en raison des déterminismes de l’accusé atteint de TMs, l’institution pénale ne fait pas ce « *shift from law* » et traite l’accusé de la même manière que le criminel dénué de troubles mentaux et dont la responsabilité morale est entière, Rundle, *supra* note 60 à la p 98.

⁶³ Services des poursuites pénales du Canada, *Guide du Service des poursuites pénales du Canada*, Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le procureur général du Canada, 2014-2020, 2014, s 3.8.

Un dernier symbole caractéristique de la probation est sa structure multifactorielle. La sécurité, actuellement, n'est *imaginable* qu'à travers la prise en charge de chacun des facteurs de risque propres à cet individu à travers une clause dédiée à cet effet. Cette manière d'imaginer la sécurité ne fait que multiplier les clauses, les sources de responsabilité criminelle, les possibilités d'emprisonnement et de stress, et contribue aux phénomènes de surcriminalisation des personnes atteintes de TMs. En plus, comme nous l'avons vu, ces clauses visent souvent les facteurs de vulnérabilité des personnes atteintes de TMs ce qui ne fait qu'augmenter les probabilités d'un bris de probation. Tant que l'institution pénale sera *imaginée* comme étant destinée et capable de gérer efficacement les risques quotidiens de chacun en société, il y a lieu de craindre une plus grande criminalisation des personnes atteintes de TMs.

Conclusion

Décartographier la carte dressée par le droit à partir de son échelle, de sa projection et de sa légende permet de faire la lumière sur la configuration de ses pratiques institutionnelles, de l'imaginaire social qui leur donne vie et forme et de la rhétorique qu'elle utilise pour donner l'impression que le blâme et le châtement individuel sont la seule et bonne façon de maintenir la sécurité. La métaphore de la carte nous a permis de relever comment la probation était du droit à grande échelle, davantage intéressé par le contrôle des détails des habitudes et de la routine de l'accusé que des questions générales liées aux principes de justice. Elle nous a permis ensuite de voir qu'elle projetait en son centre le contrôle des facteurs de risque du délinquant et reléguait aux périphéries des questions importantes permettant d'évaluer le degré de sévérité réelle de la peine, comme le rapport de l'accusé autiste avec son environnement thérapeutique ou familial. Finalement, nous avons vu que sa légende relevait d'une logique incriminatrice (« You are ») plutôt que de soutien (« We will »).

La métaphore de la carte nous place finalement devant une nouvelle possibilité, celle d'imaginer un nouveau sens commun juridique qui permettrait de mieux refléter, à travers la forme de la probation, la réalité vécue du délinquant soumis à une probation : Y a-t-il un moyen d'imaginer la probation d'une manière qui ne demande pas un tel niveau de criminalisation? D'accompagner sans menacer? De réintroduire la responsabilité collective à l'endroit des délinquants plus vulnérables à l'intérieur de la probation? D'imaginer une probation qui soit, donc, réellement limitée à la responsabilité morale diminuée de l'accusé autiste?

ANNEXE – Extrait de *R c Hanssen*, 2022 ONSC 5533

[25] The terms of probation include the mandatory terms provided at s. 732.1(2) of the Criminal Code, including that you keep the peace and be of good behaviour, that you appear before the court when required to do so, and that you notify the court, or the probation officer, in advance of any change of name or address and of any change of employment or occupation.

[26] The other terms of probation are the following:

a. You are to report to a probation officer within 48 hours of your release and thereafter as directed by your probation officer. I consent to your probation being transferred to Toronto, should you move to Toronto.

b. You are to attend, comply with, and complete all counselling and treatment as directed by your probation officer in consultation with your treating psychiatrist or doctor, including for substance abuse or addiction and psychiatric care. Specifically, you are to contact the Royal Ottawa Hospital, and seek treatment and counselling with Dr. Floyd Wood, or from a designate of Dr. Wood, or from any other doctor, or counsellor, that Dr. Wood, or his designate, refers you to, and you are to comply with their recommendations regarding ongoing treatment and counselling. You are also to contact the CMHA and seek their advice regarding treatment, including their intensive case management services. Should you move to Toronto, you are to follow-up treatment and counselling with the doctors and counsellors in Toronto, that are recommended by Dr. Floyd Wood or his designate, and by the CMHA.

- c. You are to sign all releases and consents, as requested by your probation officer, to confirm your participation in and compliance with the terms of this probation order including your terms of treatment and counselling.

- d. You shall provide proof of your attendance and completion of any rehabilitation or treatment programs as directed.

- e. You are to abstain absolutely from the purchase, possession, and consumption of any non-medically prescribed drugs, marijuana, or any other intoxicating substances, with the exception of alcohol.

- f. You are to live at such address as has been approved by your probation officer.

- g. You are not to possess, own, or carry any weapon, as defined in the Criminal Code.

- h. You are not to possess any incendiary materials.