

Université de Montréal

Les infortunes de l'autisme de type Asperger en droit pénal canadien

Par  
Gabriel Lefebvre

Faculté de droit

Mémoire présenté en vue de l'obtention du grade de Maîtrise en droit (LL.M.)

Juillet 2022

© Gabriel Lefebvre, 2022

Université de Montréal

Faculté de droit

---

*Ce mémoire intitulé*

**Les infortunes de l'autisme de type Asperger en droit pénal canadien**

*Présenté par*

Gabriel Lefebvre

*A été évalué par un jury composé des personnes suivantes*

**Hugues Parent**

Président-Rapporteur

**Anne-Marie Boisvert**

Directeur de recherche

**Christian Saint-Germain**

Membre du jury

## Résumé

Ce mémoire offre un nouvel éclairage sur la transition en cours de l'institution pénale contemporaine d'une fonction essentiellement morale et symbolique vers la gestion effective des risques dans la société. Nous estimons que c'est en juxtaposant ses différentes pratiques – pratiques discursives entourant la responsabilité criminelle des accusés atteints de troubles mentaux non-psychotiques, pratiques en matière de criminalisation préventives et nouvelles pratiques en matière de peine – que cette transformation fonctionnelle est la plus appréciable. Afin d'illustrer ces différentes pratiques, nous proposons de suivre le parcours pénal réservé par l'institution pénale aux sujets autistiques. Tout en étant fortement déterminés dans leur développement moral, social, sexuel et émotionnel et dans leur capacité à se conformer à la loi pénale, ceux-ci demeurent toutefois minimalement réceptifs aux technologies pénales. Nous pensons que leur incorporation à l'intérieur de la logique pénale résulte essentiellement de cet attrait utile de la peine au prix même de la déformation de nos principes fondamentaux collectifs de justice. Ce mémoire offre la première analyse systématique de la jurisprudence concernant la responsabilité criminelle et la peine des personnes autistes au Canada ainsi qu'une synthèse des plus récentes découvertes juridico-cliniques sur l'autisme. L'intégrité physique et psychologique des personnes autistes étant menacée comme jamais auparavant par l'inflation du quantum des peines en raison de l'arrêt *Friesen* et des réformes du gouvernement Harper, nous invitons les juristes, les avocats, les experts cliniques à s'intéresser davantage à l'intervention de l'institution pénale envers ces personnes hautement vulnérables.

**Mots-clés :** Autisme – Études des handicaps et droit des handicapés – Fonction – Droit criminel – Peine – Responsabilité criminelle – Responsabilité morale – Non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux – Friesen – Proportionnalité

## **Abstract**

This thesis sheds new light on the ongoing transition of the contemporary penal institution from a moral and symbolic function to the effective management of risks in society. We believe that it is by juxtaposing its different practices – discursive practices surrounding the criminal responsibility of defendants with non-psychotic mental disorders, preventive criminalization practices and new sentencing practices – that this functional transformation is most appreciable. To illustrate these different practices, we propose to follow the penal circuit reserved by the penal institution for autistic subjects. While being strongly determined in their moral, social, sexual, and emotional development and in their ability to comply with penal law, they nevertheless remain minimally receptive to penal technologies. We think that their incorporation within the penal logic results from this useful attraction of the penalty at the very price of the deformation of our collective fundamental principles of justice. This thesis offers the first systematic analysis of the case law concerning the criminal liability and sentencing of persons with autism in Canada as well as a synthesis of the most recent legal and clinical findings on autism. As the physical and psychological integrity of people with autism is threatened like never before by the inflation of the quantum of sentences due to the *Friesen* decision and the legislative reform by the Harper government, we invite jurists, lawyers, clinical experts to take a greater interest in the intervention of the penal institution towards these highly vulnerable individuals.

**Mots-clés** : Autism – Disability Law et Disability Studies – Function – Criminal law – Sentencing – Criminal responsibility – Moral responsibility – Not criminally responsible due to mental disorder – Friesen – Proportionality

## La table des matières

### Les infortunes de l'autisme de type asperger en droit pénal canadien

La liste des sigles et des abréviations.....	8
INTRODUCTION AU MÉMOIRE. CARTOGRAPHIER LES PRATIQUES DE L'INSTITUTION PÉNALE CONTEMPORAINE .....	11
PARTIE I. LES STRATÉGIES PÉNALES VISANT LA RESPONSABILISATION DE L'ACCUSÉ AUTISTE ...	18
I. 1. Le trouble du spectre de l'autisme dans les discours cliniques : un sujet clinique né dans les discours sur la qualité des rapports interpersonnels et de la communication.....	18
I. 1.1. L'historique du diagnostic : naissance du sujet clinique autiste.....	19
I. 1.2. Quelques mises en garde à propos de ce nouveau diagnostic « spectral » .....	22
I. 1.3. Le diagnostic clinique du TSA dans le DSM-V .....	27
I. 1.4. Les développements autour du sujet autiste dans la doctrine clinique .....	29
I. 1.4.1. L'incapacité d'intuitionner les normes sociales et morales .....	29
I. 1.4.2. Les difficultés dans l'analyse et le raisonnement social et moral en raison d'un déficit de l'empathie cognitive .....	31
I. 1.4.3. La surintellectualisation des normes pour compenser les autres déficits : le développement d'une rigidité mentale et le manque d'adaptabilité .....	35
I. 1.4.4. Le développement et la poursuite des obsessions.....	38
I. 1.5. Conclusion : quand le sujet clinique devient un sujet de droit pénal .....	39
I. 2. Qui est le sujet de droit criminellement responsable ?.....	45
I. 2.1. La responsabilité criminelle institutionnalisée : rendre intelligibles les pratiques discursives concernant la responsabilité criminelle des accusés atteints de troubles mentaux.....	58
I. 2.1.1. La responsabilité criminelle en tant que concept instrumental, fonctionnel et interne au système de vérité de l'institution pénale .....	58
I. 2.1.2. La responsabilité criminelle et sa nature quantitative et englobante .....	64
I. 2.1.3. La responsabilité criminelle des accusés atteints de troubles mentaux en tant que préparation à la peine .....	72
I. 2.1.4. La responsabilité criminelle dans sa fonction stratégique et sa nature prescriptive .....	93
I. 2.1.5. Discussion finale : il faut avant tout modifier notre rapport à la fonction de l'institution pénale et notre conception de l'ordre public pour élargir la défense de NRCTM.....	97
I. 2.2. L'autiste en tant que sujet de droit pénal criminellement responsable : la décision emblématique dans <i>Minassian</i> .....	101
I. 3. Les nouvelles stratégies de criminalisation.....	118
I. 3.1. Introduction : la réorientation des interventions de l'institution pénale .....	119
I. 3.2. Le leurre et la pornographie juvénile : des stratégies de criminalisation au cœur d'une guerre contre un marché sexuel illicite .....	123
I. 3.2.1. L'impact sur l'autiste des stratégies de criminalisation du leurre et de la pornographie juvénile .....	136
I. 3.3. L'infraction d'agression sexuelle : un crime proactif et préventif .....	144
I. 3.3.1. L'impact sur l'autiste des stratégies de criminalisation soutenant l'agression sexuelle .....	160
I. 4. Discussion finale sur l'impact du nouveau catalogue des crimes sur la conception contemporaine du sujet responsable de droit pénal.....	164
I. 4.1. Qu'est-ce qu'un <i>juste</i> catalogue des crimes? .....	164

I. 4.2. L’artificialité du sujet de droit pénal post-moderne .....	169
I. 4.3. L’indétermination du sujet de droit pénal post-moderne .....	170
I. 5. Conclusion générale de la Partie I : le déni de notre interdépendance sociale au cœur de la contradiction fondamentale du nouvel ordre.....	176
PARTIE II. QUEL ORDRE ÉMANE DE LA PUNITION DE L’AUTISTE CONDAMNÉ ? .....	177
II. 1. Introduction : sur la fonction normative propre à l’institution pénale .....	177
II. 2. La fonction normative propre à l’institution pénale révélée par le principe de proportionnalité : vers une reconceptualisation de la fonction? .....	182
II. 2.1. La place limitée de l’institution pénale dans la résolution des conflits selon les auto-descriptions fonctionnelles .....	182
II. 2.2. La fonction normative propre à l’institution pénale : le lien conceptuel entre la fonction de la peine et celle de l’institution pénale en général.....	190
II. 2.3. La proportionnalité : un principe limitatif de la sévérité de la peine reconverti en outil compensatoire de la gravité du crime.....	194
II. 3. Le cadre normatif sur la responsabilité morale des accusés atteints de troubles mentaux : avant tout une déclaration de principe sur ce qui est juste .....	201
II. 3.1. La présentation générale d’un principe thématique potentiellement déterminant.....	201
II. 3.2. La critique de certaines approches jurisprudentielles problématiques .....	208
II. 3.3. Conclusion : une comparaison de l’apport symbolique des différentes approches .....	224
II. 4. L’état des discours sur la responsabilité morale du délinquant autiste .....	227
II. 4.1. Le courant jurisprudentiel majoritaire : quand le TSA réduit la responsabilité morale .....	230
II. 4.2. Les compléments : le TSA comme un des facteurs atténuants de la peine .....	245
II. 4.3. Les autres arrêts : le TSA comme un détail du portrait global de l’accusé : ni comme facteur atténuant de la peine, ni comme facteur réduisant la responsabilité morale .....	251
II. 4.4. Les courants jurisprudentiels minoritaires : quand le TSA ne réduit pas significativement la responsabilité morale.....	253
II. 4.4.1. La nature du trouble mental et de son degré d’intensité ainsi que la nécessité d’un lien de cause à effet, direct et principal.....	253
II. 4.4.2. La responsabilité morale prescriptive en fonction de la gravité du crime .....	258
II. 4.5. L’effet <i>Friesen</i> retourné contre les autistes.....	262
II. 4.6. Conclusion : l’érosion de la notion classique de proportionnalité et réitération de sa nature fonctionnelle .....	264
II. 5. La détermination de la peine : par-delà le principe de proportionnalité .....	267
II. 5.1. Les indications législatives sur la peine structurées autour de la nature du crime et de la nature de la victime .....	267
II. 5.1.1. De la « sagesse des juges » aux attentes du public.....	267
II. 5.1.2. Les indicateurs législatifs de gravité du crime .....	271
II. 5.1.3. Reflet du nouvel ordre public à maintenir et critiques de la Cour suprême : une nouvelle organisation des pratiques de l’institution pénale en matière de peine.....	291
II. 5.1.4. Les attentes et les besoins en matière de sécurité retournés contre la personne autiste .....	295
II. 5.1.5. Conclusion : débalancement au sein du principe de proportionnalité et critique de la nouvelle fonction attribuée à l’institution pénale .....	307

II. 5.2. Les indicateurs de risque et de réhabilitation : la garantie de sécurité offerte au public en cas de peine de contrôle à aire ouverte .....	309
II. 5.2.1. Les circuits pénaux.....	309
II. 5.2.2. Les facteurs atténuants et aggravants de la peine en tant qu'indicateurs de risque .....	314
II. 5.2.3. La description du profil de risque des autistes condamnés et l'aménagement d'une peine épousant ces facteurs particuliers.....	319
II. 5.2.4. Conclusion : les indicateurs de risque en friction avec le principe de proportionnalité ou pourquoi il est important de se limiter à une déclaration de principe .....	323
II. 6. La thérapeutique pénale de l'autiste condamné .....	331
II. 6.1. Introduction sur la portion carcérale de sa thérapeutique pénale .....	331
II. 6.2. La portion à aire ouverte de sa thérapeutique pénale : quelle limite et quelle mesure au contrôle ? .....	334
II. 6.3. Conclusion : faire dévier l'éclairage sur l'institution pénale ou les bienfaits collectifs de l'amnistie .....	349
CONCLUSION AU MÉMOIRE. LES CHEMINS DE LA MODÉRATION .....	352
Les références bibliographiques.....	357

## **La liste des sigles et des abréviations**

Art. – Article

AAP – Association américaine de psychiatrie

ADHD – Trouble de déficit de l’attention

C.cr. – Code Criminel

Charte – Charte canadienne des droits et libertés

CIS – Community impact statement ou déclaration au nom d’une communauté

CSO – ordonnance d’emprisonnement dans la collectivité

DSM – Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux

NRCTM - défense de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux

OPO – Objectifs prioritaires obligatoires

PCO – peines cumulatives obligatoires

PMO – Peines minimales obligatoire

SA (en anglais « AS ») – Syndrome d’Asperger

ORDRAI (« SOIRA ») – Ordonnance d’inscription au registre des délinquants sexuels

ToM – Theory of mind

TSA (en anglais « ASD ») – Trouble du spectre de l’autisme

VIS – Victim impact statement ou déclaration de la victime

*À I.H., pour l'inspiration,*

## Les remerciements

Ce mémoire a finalement pu voir le jour grâce au soutien inestimable de pairs, de mentors, d'amis et d'organismes bienveillants. Je tiens à les remercier profondément pour leur apport respectif.

Je tiens à remercier l'éminente Pr Anne-Marie Boisvert. Elle est la directrice de mémoire que tout universitaire rêve d'avoir. Je me souviendrai toujours de sa franchise, son humour tranchant, sa patience face à ma manie du détail, sa sagacité, de l'acuité de son intelligence et de ses intuitions juridiques qui frôlent la clairvoyance. Je veux la remercier tout particulièrement pour son ouverture et sa sensibilité – il en fallait beaucoup pour faire face au *sujet* que je lui ai présenté, non seulement pour y croire, pour l'accepter dans ce qu'il a de mystique, d'absurde et d'incompréhensible, mais aussi pour lui pardonner ses torts et ses travers. Vous avez rendu possible cette toute première avancée dans la recherche sur l'autisme et le droit pénal au Canada. Je veux aussi la remercier pour son accompagnement soutenu à travers mes nombreux dédales administratifs, mon retour à la maîtrise, pour sa confiance sans cesse réitérée et son endossement dans divers concours de bourse. Mme Boisvert, c'est Moïse qui sépare les eaux, rien de moins.

Si je suis devenu pénaliste, c'est grâce au Pr Hugues Parent. La lecture de ses traités, de sa thèse et de ses articles m'a confirmé qu'il y avait de la place en droit pour l'originalité, l'abstraction philosophique ...et pour une certaine attitude *punk rock*. Si j'ai choisi à nouveau la vocation de juriste, après une valse-hésitation à l'École du Barreau, c'est grâce au philosophe québécois Christian Saint-Germain dont la thèse m'a à ce point jetée à terre qu'elle a rendue futile tous projets de pratiquer le droit; elle m'a forcée à rouvrir mes livres, à reprendre mes études sur-le-champ. Merci de m'avoir ramené, sans le savoir, vers le droit chemin. Je le remercie également de m'avoir suggéré le titre du présent mémoire. Je veux aussi remercier le Pr Karim Benyekhlef pour son soutien. L'histoire de ce mémoire est intrinsèquement liée à notre collaboration pour le *Rapport du Canada sur le droit pénal et l'IA* et aux réflexions de fond qu'elle a suscitées, notamment sur le *juste* et la fonction symbolique du droit.

Ce mémoire a été produit alors que le monde, tel que je l'ai toujours connu, basculait profondément. Écrire un mémoire, c'est déjà une activité solitaire par nature; l'écrire au début des années 20, en pleine pandémie, c'était une expérience particulièrement casse-cou. Merci à ma famille pour leur soutien durant cette période difficile. Merci de m'avoir hébergé, merci pour cette bulle de paix loin du chaos. Merci à mes ami.e.s qui, à chaque été, me sortaient de mon extrême solitude.

Je veux remercier tous les généreux donateurs qui m'ont permis de me consacrer entièrement à la réalisation de ce mémoire. En particulier, je me dois de souligner l'importante contribution du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada.

## INTRODUCTION AU MÉMOIRE. CARTOGRAPHIER LES PRATIQUES DE L'INSTITUTION PÉNALE CONTEMPORAINE

FERNAND DELIGNY DESSINAIT DES CARTES. Au tournant des années 70 jusqu'à la fin des grandes utopies, au début des années 80, le psychologue français met en place et gère des communes résidentielles qui accueillent chaque année des enfants autistes dans le but de leur éviter une institutionnalisation asilaire<sup>1</sup>. Dans les Cévennes, hors du monde social, Deligny vit « aux côtés » de ces enfants autistes, sans trop de proximité<sup>2</sup>; il les observe passivement et, avec ses assistants, dresse des cartes de leurs mouvements, saccadent de petits traits de crayon leur tracé quand ils sautent sur place ou quand ils tapent des mains, dessine des symboles quand ils fredonnent une mélodie<sup>3</sup>. Les déplacements erratiques et les routines obsessives des personnes autistes sont reproduits sur la carte par des « lignes d'erre », non-contraindantes, et sans autre signification psychiatisante :

« these tracings, as Deligny often insisted, are devoid of any inherent meaning, signifying nothing of the autistic condition or of its treatment. If anything, they are the inscription of a common endeavor: a communal existence irrespective of language. »<sup>4</sup>

« For him, autism was a mode of being, like any other — but one whose true qualities had been obscured by a rapidly proliferating series of political and scientific discourses that, in turn, had led to stigmatizing and frequently harmful forms of treatment, surveillance, and social control. »<sup>5</sup>

Tout ça se fait « en silence », sans chercher à interpréter leurs actions, à leur apprendre quoique ce soit d'« utile », à leur apprendre à se servir du « langage » qui, selon Deligny, « est au fondement

---

<sup>1</sup> Fernand DELIGNY, *L'arachnéen et autres textes*, Paris, L'arachnéen, 2008, p. 25 : « Un réseau peut s'achever en disparaissant ou en institution. »

<sup>2</sup> Franck CHAUMON, « L'autiste, au bord du politique », (2014) 1-800 *Critique* 131, p. 135 : « L'offre qu'il fait, il l'a nommée : c'est celle de l'asile. Non comme lieu, mais comme présence, « présence proche ». S'orienter avec une telle boussole, toutefois, n'est pas simple ; car l'autiste témoigne de ce que le proche peut s'avérer intenable, insupportable, réel. La proximité n'est pas nécessairement à concevoir dans l'espace, mais plutôt dans le mode de présence. Il peut être insupportable d'endurer une présence trop proche, mais à l'inverse la présence attentive peut s'exercer à distance respectueuse. »

<sup>3</sup> *Id.*, p. 138 : « L'invention de la pratique des cartes en témoigne : à l'un d'eux qui un jour était particulièrement bouleversé devant un tel spectacle, Deligny proposa de tracer sur une feuille les étranges mouvements de l'enfant. C'était une ruse, sans doute, pour aider l'autre à ne pas glisser sur la pente du sens, du commentaire, de l'interprétation. Mais de cette initiative émergea une pratique réglée, un dispositif : tracer est venu à la place de nommer, comme si cette transcription ouvrait le chemin à une écriture du mouvement des corps. Une autre manière de voir s'imposait, traçant « cette erre qui leur vient de par le fait que le verbe leur manque ».

<sup>4</sup> Amit PINCHEVSKI, « Bartleby's Autism: Wandering along Incommunicability. », (2011) 78 *Cultural Critique* 27, p. 51.

<sup>5</sup> Leon HILTON, « Mapping the Wander Lines: The Quiet Revelations of Fernand Deligny », (2015) *Los Angeles Review of books*, en ligne : <https://lareviewofbooks.org/article/mapping-the-wander-lines-the-quiet-revelations-of-fernand-deligny>.

même de leur exclusion et de leur stigmatisation »<sup>6</sup>. Le thérapeute cherche à créer un mode de relation avec les personnes autistes qui existe « en dehors de toute fonction » supérieure, autre que la relation elle-même<sup>7</sup>. Au lieu de chercher à révéler au grand jour la vérité *cachée*, « tue », *au fond* de l'autiste, Deligny appelle plutôt à revisiter notre conception du vivre-ensemble :

« Comment alors transformer notre mode de présence de manière à simplement vivre avec eux ? Il ne s'agit pas de les inviter, de les contraindre à devenir « comme nous », à se glisser dans les rails de notre discours, mais bien de changer ce « nous » que nous sommes, pour leur faire place. Pour autant que « vivre ensemble » s'inscrit dans l'utopie dite démocratique, autrement dit dans le rêve que chacun participe à part égale à la vie de la cité, *comment faire en sorte que ce commun-là ne soit pas le commun du contrat intersubjectif des parlants, qui les laisserait à l'écart, comme sujets qu'ils ne sont pas ?* »<sup>8</sup>

L'institution pénale joue elle aussi au cartographe, mais ce sont, évidemment, des cartes d'un tout autre genre qu'elle produit. Nous pourrions dire qu'elle dresse des cartes fondamentalement « anti-deligniennes » : elles sont évidemment contraignantes, normalisantes, interprétatrices, utiles, et poursuivent une fonction supérieure. Ce sont des cartes où l'acteur observant est loin d'être passif et désintéressé; il s'agit de modes de relation au paroxysme de l'interventionnisme. L'institution pénale dresse, tout d'abord, une caricature de l'être vivant sans rapport avec sa réalité vécue (le « sujet de droit pénal »); comme le dit le professeur Christian Saint-Germain, cette institution ne peut se passer de dresser « une cartographie de l'intériorité » rhétorique, autour de l'élément

---

<sup>6</sup> A. PINCHEVSKI, préc., note 4, p. 49; L. HILTON, préc., note 5 : « He rejected the view that autism and cognitive disability were pathological deviations from a preexisting norm. He did not try to force the mostly nonspeaking autistics who came to live with them to conform to standards of speech. Instead, Deligny and his collaborators were “in search of a mode of being that allowed them to exist even if that meant changing our own mode.” They sought to develop “a practice that would exclude from the outset interpretations referring to some code” — anticipating, by several decades, some of the central tenets of the neurodiversity and autistic self-advocacy movements: “We did not take the children’s ways of being as scrambled, coded messages addressed to us. »; F. CHAUMON, préc., note 2, p. 135 : « Cela ne suffit pas encore à préciser l’offre, qui est celle de trouver la manière d’être ensemble, avec des êtres qui ne sont ni sujets (de l’intention, du sens), ni « ensemble ». Pour cela, puisqu’ils ne parlent pas et que le langage adressé semble leur faire violence, il s’agira d’être proche d’eux, dans le silence. De ce lieu qu’il s’agirait d’inventer, de cette tentative d’être au monde avec eux, quelque chose, peut-être, adviendra de leur humanité méconnue. »

<sup>7</sup> L. Hilton, préc., note 5 : « Or, as Deligny himself asks in a still-untranslated essay, how to imagine a mode of relation that would be “outside of function” — one that would not bear the traces of a desire to make autistics and others who live outside, or on the margins, of language conform to the shape of the “thought-out-project,” the neurotypical subject, the human-that-we-are? »; Damian MILTON, « Tracing the influence of Fernand Deligny on autism studies », (2016) 31-2 *Disability & Society* 285, p. 287 : « These maps were not seen as completed products but continuous works in progress, with traces of the movements of the autistic people being layered upon each other over a number of years, because it was not a finished product which was the object of the exercise but the exercise of tracing and mapping itself. Deligny envisioned these maps as inscriptions of a way of being and acting in the world, the mode of being of the Arachnean network, a pure form of humanity acting without the purpose of a ‘thought-out-project’ ».

<sup>8</sup> F. CHAUMON, préc., note 2, p. 135 (nos italiques); *Id.* : « En premier lieu, il faut définir l’offre de Deligny, ou plutôt ce qu’elle n’est pas : elle n’est pas offre d’éducation ni de soins. Prendre la mesure d’une telle posture est aisé, par contraste avec la prolifération des normes éducatives et sanitaires des moindres pratiques sociales. »; D. MILTON, préc., note 7, p. 288 : « Deligny asks us to imagine a mode of being and relating to others, without imposing on autistic people the need to be like the ‘Humans-that-we-are’, a functioning whole subject or ‘thought-out-project’. »

d'intentionnalité criminelle, cruciale au processus d'imputabilité<sup>9</sup>. Le cartographe pénal fait ensuite ressortir d'un trait noir et grossissant ce qui relie (ou *ce qui devrait relier*) l'accusé atteint de troubles mentaux à son crime. Elle trace finalement, de manière systématique, des circuits de contrôle, qu'elle quadrille dans le temps et l'espace et les oriente vers une seule et même fonction prédéterminée : le maintien de l'ordre public. La surveillance de l'institution pénale contemporaine, contrairement à celle de Deligny, n'est pas à une *juste* distance de la personne autiste; elle est, au contraire, instantanée, continue dans le temps, le suit à chacun de ses mouvements, parfois même proactive (elle le devance). En tant que cartographe *intéressé*, elle ne trace pas, sans but, le flux oscillant, atypique, errant et inusité de la personne autiste, mais la contraint à un circuit thérapeutique qu'elle oriente vers l'accès à la vie socio-économique « normale ». Elle s'assure de sa conformité à nos attentes sociocomportementales, de plus en plus complexes. Le dessinateur n'est pas qu'observateur du flux vivant, mais cherche à orienter l'« errance » de la personne autiste et à maintenir un contrôle sur celle-ci. Il cherche à « traiter », « guérir » *définitivement* la personne autiste de ses facteurs de risque.

Dans ce mémoire, nous proposons de dresser, en retour, la carte des différentes interventions de l'institution pénale contemporaine, en juxtaposant ses multiples pratiques. Cartographier le cartographe, en quelque sorte. Nous pourrions alors répondre à ces questions : l'institution pénale contemporaine agence-t-elle, d'une manière qui est *juste* et cohérente, ses pratiques discursives en matière de responsabilité criminelle, sa conception englobante de la responsabilité criminelle, sa conception restrictive de la défense de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux (« NRCTM »), son nouveau catalogue des crimes préventifs et proactifs et ses nouvelles pratiques en matière de peine ? Qu'est-ce que l'agencement actuel de ses pratiques nous révèle sur la fonction qu'elle poursuit actuellement ? Quelle est la fonction normative qui lui est propre ? Nous suggérons que l'institution pénale délaisse graduellement sa fonction normative propre, qui est symbolique et morale, pour poursuivre la protection effective des personnes jugées socialement vulnérables face aux préjudices de nature criminelle et la gestion efficace des risques associés à la criminalité dans la société réelle.

---

<sup>9</sup> Christian SAINT-GERMAIN, *Le néo-sujet du droit criminel. Effets secondaires des psychotropes sur l'anthropologie pénale*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 2012, p. 228 : « Lorsqu'il s'agit d'établir la participation d'un prévenu à une infraction criminelle, le droit ne peut faire l'économie d'une cartographie de l'intériorité, d'un dispositif rhétorique pour permettre de faire saillir, de surprendre la présence d'un élément mental indispensable et constitutif de la plupart des infractions : l'intention. »

Afin de soutenir cette thèse, nous rendrons compte de l'étendue, dans le temps et dans l'espace, du champ d'intervention de l'institution pénale contemporaine. La cartographie de ses pratiques discursives entourant la responsabilité criminelle des accusés atteints de troubles mentaux, des stratégies de criminalisation qu'elle met en place et de ses pratiques en matière de peine mettra alors en lumière les besoins et les attentes élevées qu'on lui adresse en matière de conformité sociocomportementale et de renforcement de la sécurité.

En étudiant la thérapeutique pénale concrètement mise en place pour « guérir » le condamné autiste de ses facteurs de risque, nous pourrons alors mieux illustrer la *configuration* actuelle de notre ordre public – c'est-à-dire la manière dont l'institution pénale ordonne les parcours individuels en société – mais aussi la *composition* de cet ordre – c'est-à-dire les valeurs qu'elle exprime par la responsabilisation, la criminalisation, la répression et le contrôle extensif de ces personnes socialement vulnérables.

Il importe de faire prendre conscience au public de la fonction normative propre à l'institution pénale. Il est plus que temps de relever la méprise que l'institution pénale contemporaine entretient actuellement sur sa fonction propre et la promesse vaine et irréaliste qu'elle fait aux victimes réelles et potentielles, soit celle de garantir leurs aires d'autonomie contre toutes formes de risque par le châtement de leur assaillant. Il sera tout aussi important de démontrer comment, en retour, la juxtaposition actuelle des pratiques de l'institution pénale met concrètement les personnes autistes en grave danger – physique et psychologique – en raison de la nouvelle tendance répressive des pratiques en matière de peine. Nous rendrons donc compte de l'incohérence fondamentale, absurde et injuste qui émane de la juxtaposition actuelle de ces pratiques : renforcer et protéger les personnes plus vulnérables *par la répression afflictive, la stigmatisation sociale et le contrôle extensif et répressif d'autres personnes socialement vulnérables.*

\*\*\*\*\*

Afin de faciliter la lecture de ce mémoire, il convient d'en dresser le plan général. Notre mémoire suit l'ordonnancement logique du processus pénal : la **Partie I** traitera des pratiques en matière de responsabilité criminelle et d'imputabilité pénale tandis que la **Partie II** abordera les pratiques en

matière de peine. Nous débuterons la première partie de ce mémoire par une présentation de la réalité vécue par la personne autiste, telle qu'elle est décrite dans la doctrine clinique. Nous en profiterons pour mettre en garde d'emblée le lecteur face à certaines méprises courantes dans la jurisprudence à propos de ce trouble **(I.1)**. Nous présenterons ensuite les pratiques discursives visant la responsabilisation des accusés atteints de troubles mentaux qui ont cours dans les instances où une défense de NRCTM est soulevée. Nous tenterons de rendre ces discours intelligibles en les replaçant dans le contexte offert par une compréhension de la fonction de l'institution pénale. Nous observerons le développement d'un certain intérêt par l'institution pénale envers la sécurité et la gestion des risques que représentent les personnes atteintes de troubles mentaux. Nous nous demanderons ce que cet intérêt révèle sur le type d'ordre que cherche à maintenir l'institution pénale contemporaine. **(I.2.1)**. Une fois le cadre théorique développé, nous l'illustrerons à l'aide d'une décision récente de la Cour supérieure de l'Ontario, l'arrêt *R. v. Minassian*<sup>10</sup>. Il s'agit de la toute première décision au Canada se penchant sérieusement sur la question de la responsabilité criminelle d'un accusé autiste **(I.2.2)**. Dans le but de relever plus clairement le décalage aberrant existant actuellement entre la présomption de capacité de tous de se conformer à la loi pénale par la seule force de la cognition qui soutient la défense de NRCTM et les standards complexes et élevés que l'on retrouve dans le catalogue actuel des crimes, nous présenterons les stratégies préventives et proactives de criminalisation et les seuils socio-comportementaux élevés mises en place par ce nouveau catalogue. Pour ce faire, nous étudierons certaines nouvelles infractions de ce catalogue – leurre, pornographie juvénile et agression sexuelle – qui ont permis, dès leur édicition, une criminalisation apparemment plus fréquente des personnes autistes. À l'aide de la doctrine clinique, nous documenterons l'impact possible de ces nouvelles stratégies de criminalisation sur les personnes autistes **(I.3)**. Pour conclure cette première partie, nous présenterons l'effet de ce nouveau catalogue préventif des crimes sur la conception contemporaine du sujet de droit pénal. Nous pourrions finalement mieux comprendre le phénomène de surcriminalisation des personnes atteintes de troubles mentaux. En effet, ces stratégies de criminalisation sont déployées pour faciliter l'obtention d'un verdict de responsabilité, mais sans que la théorie de la responsabilité criminelle puisse offrir une porte de sortie adéquate aux accusés atteints de troubles mentaux. Nous en viendrons à la conclusion que, pour éviter un phénomène injuste de surcriminalisation des personnes atteintes de troubles mentaux, la juxtaposition actuelle

---

<sup>10</sup> *R. v. Minassian*, 2021 ONSC 1258.

des pratiques de responsabilisation commande un élargissement de la défense de NRCTM ainsi qu'une approche plus critique du catalogue des crimes, voire un sérieux tri de celui-ci **(I.4)**. L'urgence d'ouvrir un tant soit peu la portée de cette défense sera renforcée par notre présentation, dans la **Partie II**, des nouvelles pratiques pénales ayant cours lors de la détermination de la peine, celles-ci étant de plus en plus extensives et répressives même à l'égard des accusés atteints de troubles mentaux.

Nous nous intéresserons donc, dans cette seconde partie, aux pratiques particulières en matière de peine et nous verrons comment celles-ci peuvent nous renseigner sur ce que, collectivement, nous jugeons dorénavant nécessaire pour maintenir notre ordre public. Pour débiter notre analyse, nous dégagerons, à partir du principe fondamental de proportionnalité, la fonction normative propre à l'institution pénale. Nous identifierons ce que la possible reconversion du principe de proportionnalité en tant qu'outil compensatoire de la gravité du crime, depuis la réforme pénologique du gouvernement Harper et l'arrêt *Friesen*<sup>11</sup> de la Cour suprême, signifie pour la fonction réellement poursuivie par l'institution pénale contemporaine. **(II.2)**. Nous enchaînerons, ensuite, par la présentation du principe thématique instauré dans la tradition juridique canadienne concernant la responsabilité morale significativement atténuée des personnes atteintes de troubles mentaux. Notre intention est de mettre en évidence le caractère nécessairement déterminant de ce principe thématique en raison de son lien conceptuel privilégié avec le principe fondamental de proportionnalité. Toutefois, nous mettrons en évidence les principaux obstacles qui empêchent actuellement une reconnaissance cohérente et systématique de ce principe à travers la jurisprudence ainsi que la malléabilité de la notion de responsabilité morale aux fins de la fonction poursuivie par l'institution pénale **(II.3)**. Nous verrons que ces obstacles se retrouvent également dans la jurisprudence concernant la peine des accusés autistes lorsque nous étudierons les discours entourant leur responsabilité morale **(II.4)**. Après avoir conclu sur la possible érosion de la notion classique de la proportionnalité, nous identifierons les principaux indicateurs qui, par-delà la gravité de l'acte réellement commis et la responsabilité morale du délinquant dans cet acte, sont à même aujourd'hui de mesurer la peine de l'autiste condamné : nommément, les indicateurs législatifs de gravité concernant la nature du crime et la vulnérabilité de la victime ainsi que les

---

<sup>11</sup> *R. c. Friesen*, 2020 CSC 9.

indicateurs de risque et de réhabilitation **(II.5)**. Nous concluons notre mémoire sur la thérapeutique pénale extensive qui est généralement réservée aux délinquants autistes, une fois celle-ci modelée en fonction de ces nouveaux indicateurs cardinaux **(II.6)**.

## PARTIE I. LES STRATÉGIES PÉNALES VISANT LA RESPONSABILISATION DE L'ACCUSÉ AUTISTE

« On n'a qu'à m'apprendre en quoi consiste la bonne conduite pour que je me conduise bien, dans la mesure où mon physique le permet. Aussi n'ai-je cessé de m'améliorer, à ce point de vue, car je – j'étais intelligent et vif. Et pour ce qui est de la bonne volonté, j'en débordais, de la bonne volonté exaspérée des anxieux. De sorte que mon répertoire d'attitudes admises n'a cessé de s'enrichir, depuis mes premiers pas jusqu'à mes derniers, exécutés l'année dernière. Et si je me suis toujours conduit comme un cochon, la faute n'en est pas à moi, mais à mes supérieurs, qui me corrigeaient seulement sur des points de détail au lieu de me montrer l'essence du système... »<sup>12</sup>

— Samuel BECKETT, *Molloy* (1951)

### **I. 1. Le trouble du spectre de l'autisme dans les discours cliniques : un sujet clinique né dans les discours sur la qualité des rapports interpersonnels et de la communication**

Il convient de débiter notre analyse sur la « thérapeutique pénale » réservée aux personnes autistes par une courte histoire du diagnostic, ce qui est susceptible de faire ressortir la nature particulière de l'intérêt que l'institution clinique et l'institution pénale portent à leur endroit. Comme nous le verrons, la formation du diagnostic d'autisme et les discours cliniques l'étayant épousent parfaitement les contours de nos préoccupations actuelles quant aux conditions nécessaires au fonctionnement social, à la qualité de la communication et à la viabilité et la pérennité des relations interpersonnelles dans notre société fluide et hyperconnectée.

Ce trouble neurodéveloppemental mérite une attention particulière de la part des pénalistes en raison de son impact sur le développement moral, émotionnel, sexuel et social de la personne qui en est atteinte ce qui la rend plus susceptible d'adopter des comportements criminogènes. Il est pertinent d'évaluer dès maintenant l'étendue et l'impact des interventions de l'institution pénale sur cette population particulière compte tenu de l'intérêt grandissant que nous portons à notre époque à la normalisation des rapports interpersonnels, conjugaux et sexuels (« réingénierie sociale » par le droit pénal et visant la protection des plus vulnérables). Il convient également de présenter les discours cliniques sur l'autisme afin de faire ressortir toute la vulnérabilité de ces

---

<sup>12</sup> Samuel BECKETT, *Molloy*, Paris, Éditions de Minuit, 1982, p. 32-33. Selon plusieurs études cliniques, Samuel Beckett aurait souffert au cours de sa vie du syndrome d'Asperger, Ilona MIELKE, « Autism and the Imaginative Mind », dans Ilona Roth (Dir.), *Imaginative Minds*, Oxford, British Academy, 2007. Ses personnages « absurdes », comme Molloy ou Murphy, adoptent bien souvent le profil comportemental type, « inusité », « maladapté » et « original » de la personne autiste.

personnes, de même que la stigmatisation sociale et la souffrance occasionnées par ce trouble. Nous comprendrons alors mieux en quoi la prise en charge des personnes autistes par l'institution pénale est injuste, dommageable et peut entraîner des conséquences sociales disproportionnées.

Le diagnostic d'autisme et les discours cliniques l'entourant sont révélateurs des conditions jugées essentielle au fonctionnement social dans l'ère post-moderne. L'époque suivant la IIe guerre mondiale est en effet caractérisée par une densification et une complexification des normes sociales et légales en raison de la composition hétéroclite de nos communautés; elle est aussi caractérisée par la rapidité et l'instantanéité des communications, ainsi que leur multiplication grâce au développement de nouvelles technologies et de nouveaux médiums de communication. C'est dans ce contexte précis qu'émerge la figure de l'autiste. En raison de ses déficits communicationnels et de son incapacité à intuitionner les normes sociales, autant l'institution clinique, et plus récemment l'institution pénale, ont développé à ce moment précis de l'Histoire un intérêt et une fascination envers ce *personae* particulier.

### **I. 1.1. L'historique du diagnostic : naissance du sujet clinique autiste**

Dans le but de souligner l'extrême contemporanéité des découvertes cliniques sur l'autisme et des enjeux entourant la thérapeutique pénale des personnes autistes, il convient de dresser un court historique de ce diagnostic. Le terme « autiste » aurait été utilisé dès 1911 par le psychiatre Paul Eugen Bleuler, mais pour désigner les patients schizophrènes lorsqu'ils s'isolaient socialement<sup>13</sup>. Bleuler alla puiser dans le grec ancien (*autós*, « soi-même »<sup>14</sup>) pour désigner ces personnes qui semblaient se refermer sur elles-mêmes pour vivre dans leur propre monde intérieur. Ce n'est qu'au sortir de la II<sup>e</sup> guerre mondiale que les cliniciens distinguent le trouble de l'autisme, comme on le connaît aujourd'hui, du large bassin diagnostique de la schizophrénie. Tout d'abord, le pédopsychiatre Léo Kanner, en 1943, théorise sur l'autisme infantile. Il le définit ainsi : « children's inability to relate themselves in the ordinary way to people and situations from the beginning of life »<sup>15</sup>. Puis, le psychiatre autrichien Hans Asperger, en 1944, identifiera chez de

---

<sup>13</sup> Kieran A. COOK et Alissa N. WILLMERDINGER, « The History of Autism » (2015) *Narrative Documents Book*, p. 1, disponible en ligne : <http://scholarexchange.furman.edu/schopler-about/1>.

<sup>14</sup> Anatole BAILLY, *Dictionnaire grec-français*, L. SÉCHAN et P. CHANTRAINE (Éds.), Éditions Hachette, Paris, 1950, p. 316-318.

<sup>15</sup> Kieran A. COOK et Alissa N. WILLMERDINGER, préc., note 13, p. 2.

jeunes garçons une nouvelle forme d'autisme auquel il donnera son nom — l'autisme Asperger. Celui-ci se caractérise par une intelligence supérieure, mais dont ceux qui en sont atteints ont des troubles d'interactions sociales, des déficits de nature émotionnelle, des intérêts restreints et obsessifs et un intérêt compulsif à collectionner<sup>16</sup>. Il précisera que, contrairement aux schizophrènes qui sont psychotiques, perdent progressivement contact avec la réalité physique et voient leur personnalité se désintégrer avec le temps, les personnes autistes « manquent de contact » avec le monde extérieur (ses composantes sociales) dès l'enfance<sup>17</sup>. Leurs symptômes mutent, mais persistent dans le temps (« persistence over time »)<sup>18</sup> en dépit du développement progressif de leur intelligence et de leur personnalité<sup>19</sup>. Tout comme chez les sujets atteints de psychose, l'autisme « totally colours affect, intellect, will and action »<sup>20</sup>. Dans ses observations cliniques, Hans Asperger décrira le fonctionnement intellectuel des Aspergers comme étant hautement « créatif », « inusité » et « original »<sup>21</sup>, mais leur développement émotionnel et leur tempérament sera décrit comme étant en « dysharmonie » avec leur grande intelligence. Pour cette raison, il dira donc que les personnes autistes sont pleines de « contradictions surprenantes », ce qui rend leur adaptation sociale « extrêmement difficile »<sup>22</sup>. Ce psychiatre amène alors à nous poser cette question, fondamentale au présent mémoire : leur intelligence supérieure est-elle suffisante pour pallier leurs déficits sociaux et émotionnels ? Selon ses observations, il semblerait que non : « [u]nfortunately, in the majority of cases the positive aspects of autism do not outweigh the negative ones. »<sup>23</sup>

Officiellement, le diagnostic d'autisme ne se séparera du diagnostic de schizophrénie qu'en 1980, dans le DSM-III. Ce n'est en 1987, dans le DSM-III-R<sup>24</sup>, qu'il ne sera plus considéré comme un trouble spécifiquement infantile. Préconisant une perspective plus large de l'autisme, l'*Association américaine de psychiatrie* (« AAP ») tentera en 1994, dans la 4<sup>e</sup> édition du DSM, de préciser, distinguer et classer les différentes formes d'autisme dans des sous-catégories diagnostiques

---

<sup>16</sup> *Id.*, p.2; Hans ASPERGER, « Autistic psychopathy' in childhood », dans Uta FRITH (dir.), *Autism and Asperger Syndrome*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, p. 81.

<sup>17</sup> *Id.*, p. 39.

<sup>18</sup> *Id.*, p. 67.

<sup>19</sup> *Id.*, p. 67-68.

<sup>20</sup> *Id.*, p. 39.

<sup>21</sup> *Id.*, p. 70-77.

<sup>22</sup> *Id.*, p. 83.

<sup>23</sup> *Id.*, p. 74.

<sup>24</sup> K.A. COOK et A.N. WILLMERDINGER, préc., note 13, p. 5.

différentes. C'est uniquement dans cette version du DSM que le *syndrome d'Asperger* et le *trouble envahissant du développement* constituent des diagnostics distincts. En 2013, dans la version la plus récente du DSM, le DSM-V, l'AAP abandonnera finalement cette distinction et rassemblera les cinq sous-catégories de l'autisme sous une seule et même appellation « spectrale » : le *Trouble du spectre de l'autisme* (« TSA »). L'AAP invite ensuite les cliniciens de classer le diagnostic de la personne autiste en fonction de son niveau de besoin de soutien. Au lieu de parler d'« autisme Asperger », on parlera alors d'« autisme de niveau 1 », puisque la personne autiste de niveau 1 a besoin de soutien pour fonctionner, qu'elle présente des symptômes observables pour le clinicien, mais ne présentent pas de symptômes aussi apparents et ne nécessitent pas autant de soutien que les autistes de niveau 2 ou 3. Ces derniers peuvent être tout simplement mutiques, non fonctionnels; ils sont affectés autant dans leur capacité verbale que non verbale<sup>25</sup>. Il est crucial de préciser que cette classification, entre autisme de niveau 1, 2 et 3, est réalisée uniquement et strictement aux fins de l'institution clinique; elle ne peut pas être réutilisée pour répondre à des questions philosophico-légales complexes. Elle vise à déterminer le *type* d'assistance clinique requis par les différents sous-groupes autistiques. Cette gradation spécifique à l'institution clinique ne peut pas être réutilisée afin de minimiser l'impact de l'autisme Asperger sur un agir criminel. Cette gradation ne doit donc pas être décontextualisée : elle ne dit absolument rien quant au degré de responsabilité pénale ou morale de la personne autiste, ni quant à la peine qu'elle mérite de recevoir<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *DSM-5 Manuel diagnostique et statistique des Troubles mentaux*, par Claire GUILABERT (Éd.), Elsevier, Health Sciences Division, 2015, sur ProQuest Ebook Central, en ligne : <http://ebookcentral.proquest.com/lib/umontreal-ebooks/detail.action?docID=4337396>, p. 58. (ci-après « DSM-V »)

<sup>26</sup> *Id.*, p. 29 : « Il existe en effet un risque que l'information diagnostique soit mal utilisée ou mal comprise quand les catégories, les critères et les textes descriptifs du DSM-5 sont maniés dans les contextes médico-légaux. De tels dangers existent dans la mesure où les questions les plus essentielles qui touchent au médico-légal ne peuvent qu'imparfaitement être résolues par les informations fournies par un diagnostic clinique. »; Jamie WALVISCH, « Mental Disorder' and Sentencing: Resolving the Definitional Problem », (2018) 26 *Journal of Law and Medicine* 1, p. 6 : « For example, in the sentencing context courts are primarily concerned with matters such as whether the offender's mental health condition affected his or her moral culpability, or whether it is likely to affect his or her experience of imprisonment. By contrast, clinicians tend to be concerned with matters such as the offender's wellbeing, and his or her likely responsiveness to different treatment options. This disjunction makes it inappropriate for courts to simply use the definition of mental disorder developed by the psychiatric manuals (or suggested by the Canadian Standing Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology) to determine whether an offender's mental health condition should be taken into account in sentencing. The matters which are relevant to determining, in a clinical context, whether a condition is classified as a "mental disorder" are not the same as the matters which are relevant to determining whether a mental health condition is potentially relevant to the sentencing process. »

### I. 1.2. Quelques mises en garde à propos de ce nouveau diagnostic « spectral »

Pour les fins de ce mémoire, nous utiliserons le diagnostic officiel de « TSA », qui est le diagnostic présentement accepté par la doctrine clinique et couramment employé dans la jurisprudence récente. Néanmoins, notre analyse s'intéressera davantage aux accusés présentant un syndrome d'Asperger (autisme de niveau 1). Cette forme d'autisme nous permettra de relever encore plus clairement le traitement réservé par l'institution pénale aux personnes présentant une condition mentale comprenant des déficits sociaux, moraux et émotionnels significatifs sans toutefois affecter leur cognition, leur raison ou leur intelligence globale (QI). En effet, comme Hans Asperger, le DSM-IV précise lui aussi que le syndrome d'Asperger n'est pas associé à un retard au niveau du quotient intellectuel; on retrouve même chez la personne atteinte des forces intellectuelles supérieures dans le domaine de l'intelligence verbale (celui-ci possède un langage « scientifique », « pédant », riche, centré autour de ses obsessions, possède une excellente mémoire à long terme, une grande capacité d'abstraction et de systématisation) tout en présentant des difficultés communicationnelles lors d'une interaction sociale<sup>27</sup>. Le fait de s'intéresser plus particulièrement à cette forme d'autisme permettra de révéler le traitement pénal particulier réservé à une personne présentant une condition mentale complexe et insidieuse, intriquée profondément dans la personnalité de l'individu, et qui l'affecte au point de nécessiter du soutien au quotidien pour fonctionner, mais qui ne frappe pas autant l'imaginaire, que les autres formes d'autisme (mutique et « non-fonctionnel »). Cela nous permettra également de faire ressortir comment l'institution pénale justifie discursivement son intervention auprès de ces personnes et comment elle arrive à les intégrer rhétoriquement à l'intérieur de la logique pénale donc ce qui, *précisément*, fait de ces personnes des sujets de droit criminellement responsable comme les autres. Comme nous le verrons, l'institution pénale met beaucoup d'emphasis sur la *possibilité* qu'ont les personnes autistes Asperger de « compenser », dans une certaine mesure, leurs déficits sociaux et émotionnels par la force de leur intelligence. Nous verrons ainsi comment, malgré leurs déficits importants, l'institution pénale fait porter aux autistes, encore plus lorsqu'ils ont une intelligence moyenne ou supérieure et une autonomie relative, un fardeau supplémentaire, notamment en raison de cette *possibilité* présumée d'autoresponsabilisation par l'apprentissage intellectuel.

---

<sup>27</sup> Liliana DELL'OSSOA, Riccardo Dalle LUCHEA, Camilla GESI, Ilenia MORONIA, Claudia CARMASSIA et Mario MAJB, « From Asperger's Autistischen Psychopathen to DSM-5 Autism Spectrum Disorder and Beyond: A Subthreshold Autism Spectrum Model », (2016) 12 *Clinical Practice & Epidemiology in Mental Health* 120.

Il est à noter toutefois que les changements apportés au diagnostic en 2013 rendent plus difficile de départager dans la jurisprudence les accusés « autistes », de niveau 2 ou 3, de ceux présentant un syndrome d'Asperger. Néanmoins, les juges ou les témoins experts en font parfois mention et font pour nous le départage. Dans les autres cas, nous nous sommes aussi raccrochés, dans notre étude, à certains traits distinctifs de la personne atteinte du syndrome d'Asperger, dont son intelligence normale ou supérieure, pour bien l'identifier.

Nous devons également préciser que l'utilisation du terme de TSA pour désigner les personnes autistes Asperger est valide en psychiatrie, même s'il est actuellement critiqué notamment puisque ces personnes continuent de s'identifier à leur ancien diagnostic<sup>28</sup>. Il n'y a donc plus de problème avec le fait d'utiliser le terme de TSA pour désigner à la fois les personnes Asperger et les autres personnes « autistes », puisque ce nouveau diagnostic permet justement de faire la synthèse des points communs, concordants et récurrents au sein de la population autistique. Le diagnostic de syndrome d'Asperger n'est pas contesté, il est toujours reconnu par l'AAP, les diagnostics émis sous le DSM-IV-TR sont toujours valides et les autistes Asperger qui ont été diagnostiqués sous ce régime recevront aujourd'hui un diagnostic de TSA<sup>29</sup>. Nous utiliserons donc le terme autiste tout au long de ce mémoire même si nous nous sommes intéressés surtout à la jurisprudence concernant les autistes Asperger. Nous préférons toutefois utiliser les termes officiels d'« autisme » ou de « TSA » puisque c'est ceux-ci qui seront utilisés dorénavant par les cliniciens et les tribunaux. Parfois, nous utiliserons aussi le terme autiste *Asperger* lorsque celui-ci est utilisé par le juge ou par les experts cliniques ou pour souligner que ce diagnostic différentiel fait l'objet d'un débat, dans l'arrêt ou dans la doctrine clinique, entourant ses caractéristiques distinctives. Nous préférons également utiliser le diagnostic officiel de TSA puisque cette nouvelle appellation permet, à notre avis, de faire ressortir au mieux l'idée que, malgré qu'il existe une variation relative dans le degré d'intensité de la maladie sur le fonctionnement et sur le degré d'autonomie, toutes les personnes autistes, qu'elles soient de niveau 1, 2 ou 3 vivent, communément, avec des déficits cliniques

---

<sup>28</sup> Ariane LACOURSIÈRE, « Plaidoyer pour le retour du diagnostic du syndrome d'Asperger », *La Presse*, 12 novembre 2019, en ligne : <https://www.lapresse.ca/actualites/sante/201911/11/01-5249315-plaidoyer-pour-le-retour-du-diagnostic-du-syndrome-dAsperger.php>. Pour les autres risques liés à l'incorporation du sous-diagnostic d'autisme Asperger au sein du diagnostic de TSA, voir Uta FRITH, « Emanuel Miller lecture: Confusions and controversies about Asperger syndrome », (2004) 45-4 *Journal of Child Psychology and Psychiatry* 672, p. 675.

<sup>29</sup> DSM-V, p. 34, 56 et 59.

communs, « observables », « significatifs », bien caractérisés au niveau social, émotionnel, communicationnel et interpersonnel.

Il convient finalement de mettre l'accent sur un autre point qui est souvent l'objet de méprise, non seulement à travers la jurisprudence canadienne, mais aussi américaine, australienne et anglaise. Les tribunaux ont tendance à développer, à travers la common law, des tests comportant des exigences se rapportant à l'« intensité » ou à la nature « cognitive » du trouble mental avant de permettre de le prendre en compte. C'est notamment le cas lorsqu'ils analysent l'impact du trouble mental sur la responsabilité criminelle ou sur la responsabilité morale du délinquant. Bien souvent, en établissant de telles exigences, les tribunaux négligent ou interprètent mal la complexité et l'importance de l'envahissement du syndrome d'Asperger dans le développement de la personne qui en est atteinte<sup>30</sup>. La personne autiste Asperger a un profil « extrêmement hétérogène », comportant de grandes forces, mais aussi de grandes faiblesses, variant d'un autiste Asperger à l'autre, et qui ne peuvent se comprendre simplement à l'intérieur d'une classification axée sur la « sévérité » du trouble mental ou de son degré d'autonomie relative<sup>31</sup>. Même si l'autisme Asperger

---

<sup>30</sup> Nous pourrions l'observer dans la sous-partie I.2.2 et encore plus clairement dans notre analyse sur la responsabilité morale du condamné autiste dans la sous-partie II.4.4.1. Cette méprise sur la réalité, l'importance et la complexité des déficits du syndrome d'Asperger est également observable dans la jurisprudence australienne, Clare S. ALLELY, Sally KENNEDY et Ian WARREN, « A legal analysis of Australian criminal cases involving defendants with autism spectrum disorder charged with online sexual offending », (2019) 66 *International Journal of Law and Psychiatry*, p. 8 : « several cases revealed a problematic misconception in the judicial reasoning that mild ASD or relatively high intelligence equates to full cognitive functioning (...), which in turn justifies attributing full legal responsibility for the alleged crimes. » Elle est aussi observable dans d'autres juridictions. Dans une nouvelle étude récente datant de 2021, on confirme que les cours australiennes ont toujours tendance à sous-estimer les déficits des personnes autistes Aspergers, Gabrielle WOLF, « Growing Enlightenment: Sentencing Offenders With Autism Spectrum Disorder in Australia », (2021) 44-4 *University of New South Wales Law Journal* 1701, p. 1732 : « As Allely, Kennedy and Warren found, where ASD symptoms of offenders seemed mild and they were intelligent – such as Davies and Gray – courts appeared to underestimate possible effects of their impairments. »

<sup>31</sup> Clare S. ALLELY, *Autism Spectrum Disorder in the Criminal Justice System: A Guide to Understanding Suspects, Defendants and Offenders with Autism*, 1<sup>ère</sup> édition, Londres, Routledge, 2022, p. 10 : « Commonly individuals with ASD are viewed as simply being on a spectrum (ranging from severely impaired to mildly impaired). However, it is more appropriate and accurate to consider each individual with ASD separately and to identify their particular profile of strengths and weaknesses. In other words, that individual's particular variation in ASD characteristics or features/traits needs to be considered. The type and severity of characteristics associated with ASD which are experienced vary from person to person. It is, therefore, not as straightforward to say someone is “mild” on the ASD spectrum. Terms such as “mildly autistic”, “high functioning autism” (without further expansion), and “mild autism” are unhelpful in a forensic context and detrimental to the individual with ASD receiving a fair trial. They may be modestly impaired on communication but severely impaired on routine and repetitive behaviours, for instance. Such an individual may be considered to be “mildly” autistic when compared to someone with a more “severe” level of impairment with interaction and communication and a modest level of impairment with routine and repetitive behaviours, given that they are articulate and can communicate and interact with others. However, being severely impaired on routine and repetitive behaviours is typically very impairing for that individual. It is really important to

n'est pas associé à un retard mental ou intellectuel, même s'il s'accompagne d'une intelligence normale ou supérieure qui permet à la personne de fonctionner dans certains pans de sa vie, celui qui en est atteint présente des déficits sous-jacents importants qui sont non-négligeables sur le plan du développement social, moral, sexuel et émotionnel et qui ont nécessairement un impact sur la qualité de son jugement et de son raisonnement. Souvent, les experts cliniques ont la malencontreuse habitude de qualifier la maladie comme une forme de « mild autism », d'« autisme de haut niveau de fonctionnement » ou, comme le fait le DSM-V, d'autisme de « niveau 1 ». Ces expressions, dans un contexte légal, sont d'ailleurs fortement critiquées par la doctrine clinique; plusieurs études démontrent que l'utilisation de ces expressions durant un procès induit le jury ou le juge en erreur concernant l'importance de certains déficits cachés de la personne autiste Asperger et qui sont indépendants de son intelligence et de son niveau apparent de fonctionnement<sup>32</sup>.

Même si la personne autiste Asperger a une intelligence globale moyenne ou supérieure, elle n'est pas, comme la personne neurotypique, autonome socialement et elle a besoin d'un soutien clinique pour fonctionner dans notre société post-moderne, où les exigences en matière de conformité sociale sont de plus en plus complexes. Ce sont ces déficits particuliers et leurs impacts sur les comportements criminogènes qui nous intéressent dans le présent mémoire, justement puisqu'ils peuvent rendre beaucoup plus difficile de se conformer à la loi pénale. En raison des nombreuses méprises ayant eu lieu au cours des dernières années, le DSM-V fait maintenant attention de préciser que : « Même ceux qui ont une intelligence normale ou supérieure ont un profil de

---

move away from concepts such as “mild autism” (which is not even a valid clinical description) or “high-functioning autism” within a court context. »

<sup>32</sup> *Id.* : « The importance of looking at ASD as a profile of both strengths and weaknesses is underscored by the findings of a number of recent studies. For instance, one study investigated whether there were differences in juror decision-making when (1) a defendant was explicitly diagnosed with ASD and (2) the specific type of information provided about the defendant's ASD was varied with regards to severity and associated impairments (Sturges & Nuñez, 2021). A total of 422 participants were asked to read a case vignette and then give a verdict decision in addition to their opinions regarding the defendant's responsibility for the crime. Also, as proxy measures of juror leniency, participants were asked to give their considerations of the defendant's mental health in sentencing. Relating to this issue of this subsection, this study found that the severity of ASD appears to act as a mitigating factor. Specifically, Sturges and Nuñez found that when the defendant was described as having severe ASD, he received fewer guilty verdicts and was perceived as less criminally responsible compared to when he was described as having mild ASD. The number of not guilty verdicts awarded by mock jurors was higher than the number of guilty verdicts only when the defendant was described as having severe ASD. Therefore, the jurors (participants in this study) took into account the severity of ASD more than the type of impairment accompanying the disorder – an increase in severity of ASD led to fewer verdicts of guilty », se référant à H.A. STURGES et N. L NUÑEZ, « Autism spectrum disorder in adult defendants: The impact of information type on juror decision-making », (2021) *Psychology, Crime and Law* 1

compétences hétérogène. L'écart entre les compétences intellectuelles et le fonctionnement adaptatif est souvent important. »<sup>33</sup> L'impact de ce trouble neurodéveloppemental est insidieux et complexe puisqu'il persiste au-delà des strictes considérations liées au fonctionnement intellectuel normal, comme nous le rappelle l'AAP :

« Seule une minorité d'individus ayant un trouble du spectre de l'autisme vit et travaille de façon autonome à l'âge adulte ; ces personnes ont tendance à avoir des compétences intellectuelles et langagières supérieures et sont capables de trouver des secteurs compatibles avec leurs intérêts et leurs compétences. En général, les individus ayant un retentissement fonctionnel léger sont plus à même de devenir autonomes. *Cependant, même ces derniers peuvent rester socialement naïfs et vulnérables, avoir des difficultés à s'organiser sans aide pour les démarches de la vie courante, et sont à risque pour le développement de symptômes anxieux et dépressifs. La plupart des adultes disent utiliser des stratégies de compensation et pour faire face, pour masquer leurs difficultés en public, mais souffrent du stress et des efforts nécessaires pour maintenir un fonctionnement social acceptable.* »<sup>34</sup>

La doctrine clinique est également très claire sur ce point. Le fonctionnement cognitif moyen, voire supérieur, de l'autiste Asperger n'est pas à même de compenser ses déficits sociaux, empathiques, interactionnels et communicationnels au point de lui permettre de se conformer de manière autonome aux conventions légales, sociales et morales :

« Despite problems with social interaction and communicative deficits, AS individuals have normal or above-normal intelligence and the ability to feed or dress themselves and take care of their daily needs. To the uninformed individual, an AS individual's intelligence and high-functioning capabilities often mask their neurodevelopmental disorder. *Of course this is the engine of misunderstanding. The observer presumes that with normal intelligence comes normal maturity and normal appreciation of social and legal conventions — that by engaging in any conduct they have the intent and purpose that "normal" people have when they engage in that conduct.* »<sup>35</sup>

« Some individuals with ASD, because they appear to be intellectually capable and are verbally articulate, may not be immediately recognised as vulnerable. However, individuals with ASD may experience significant difficulties in being able to understand and cope with questions and demands during court proceedings despite their apparent abilities. This is why ASD is often referred to as "the hidden disability". There is a common misconception surrounding defendants with ASD who are well-educated, articulate, or possess an average or above-average intelligence. *Many people do not understand or believe that someone who is well-educated and articulate, etc., can also be emotionally and socially impaired. (...) This can lead people to assume that because the individual is so successful and intelligent, they cannot possibly be impaired in any way – e.g., that they do not have significant difficulties with social interaction and communication. To simply state that an individual with ASD is high functioning is inaccurate and potentially highly misleading.* »<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> DSM-V, p. 61.

<sup>34</sup> DSM-V, p. 63 (nos italiques).

<sup>35</sup> Mark MAHONEY, « Asperger's Syndrome and the Criminal Law: The Special Case of Child Pornography », (2009), p. 14-15, disponible en ligne : <https://www.harringtonmahoney.com/publications> se référant à Ami KLIN et al., « Validity and Neuropsychological Characterization of Asperger Syndrome: Convergence with Nonverbal Learning Disabilities Syndrome », (1995) 36 *J CHILD PSYCHOL* 1127, p. 1133 (nos italiques).

<sup>36</sup> Clare S. ALLELY, *Autism Spectrum Disorder in the Criminal Justice System : A Guide to Understanding Suspects, Defendants and Offenders with Autism*, préc., note 31, p. 11-12.

### I. 1.3. Le diagnostic clinique du TSA dans le DSM-V

Le TSA est un handicap congénital de l'apprentissage social qui se manifeste dès l'enfance et qui se répercute jusqu'à l'âge adulte en facilitant le développement d'un mode de pensée « particulier », d'un mode d'interactions sociales « inusitées » et l'adoption de comportements récurrents et répétitifs<sup>37</sup>. Le développement atypique du cerveau de la personne autiste proviendrait de facteurs de risque de nature génétique et environnementale susceptibles d'altérer la trajectoire du développement social<sup>38</sup>. Le TSA fait partie de la famille diagnostique des « troubles neurodéveloppementaux », « un ensemble d'affections qui débutent durant la période du développement. »<sup>39</sup> Sous le régime du DSM-V, le diagnostic du TSA synthétise les différents symptômes qui sont communs à la population autistique autour de deux critères diagnostics fondamentaux. Le premier porte sur leurs déficits sociaux :

« [l'autisme] est caractérisé par des déficits persistants de la communication et des interactions sociales observés dans des contextes variés. Il s'agit notamment de déficits dans les domaines de la réciprocité sociale, des comportements de communication non verbale utilisés au cours des interactions sociales, et du développement, du maintien et de la compréhension des relations. »<sup>40</sup>

Toujours à propos des déficits sociaux, le DSM-V prévoit ensuite les cinq sous-critères diagnostiques suivants :

« 1. Déficiences de la réciprocité sociale ou émotionnelle allant, par exemple, d'anomalies de l'approche sociale et d'une incapacité à la conversation bidirectionnelle normale, à des difficultés à partager les intérêts, les émotions et les affects, jusqu'à une incapacité d'initier des interactions sociales ou d'y répondre

2. Déficiences des comportements de communication non verbaux utilisés au cours des interactions sociales, allant, par exemple, d'une intégration déficiente entre la communication verbale et non verbale, à des anomalies du contact visuel et du langage du corps, à des déficiences dans la compréhension et l'utilisation des gestes, jusqu'à une absence totale d'expressions faciales et de communication non verbale.

3. Déficiences du développement, du maintien et de la compréhension des relations, allant, par exemple, de difficultés à ajuster le comportement à des contextes sociaux variés, à des difficultés à partager des jeux imaginatifs ou à se faire des amis, jusqu'à l'absence d'intérêt pour les pairs. »<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> Fred R. VOLKMAR, Scott JACKSON et Brian PETE, « An introduction to autism and the autism spectrum », dans Fred R. VOLKMAR, Rachel LOFTIN, Alexander WESTPHAL et Marc WOODBURY-SMITH (dir.), *Handbook of Autism Spectrum Disorder and the Law*, Springer, 2021, p. 2.

<sup>38</sup> Stephanie YARNELL-MAC GRORY, Mark MAHONEY et Alexander WESTPHAL, « Neuroscience of Autism in the Legal context », dans Fred R. VOLKMAR, Rachel LOFTIN, Alexander WESTPHAL et Marc WOODBURY-SMITH (dir.), *Handbook of Autism Spectrum Disorder and the Law*, Springer, 2021, p. 71.

<sup>39</sup> DSM-V, p. 33

<sup>40</sup> *Id.*, p. 34

<sup>40</sup> *Id.*

<sup>41</sup> *Id.*, p. 56 (nos italiques)

Le deuxième critère diagnostique fondamental concerne la présence chez la personne autiste d'obsessions et de compulsions : « [le TSA] nécessite la présence de modes de comportements, d'intérêts ou d'activités qui sont restreints ou répétitifs. »<sup>42</sup> On y prévoit les quatre sous-critères diagnostiques suivants :

« 1. Caractère stéréotypé ou répétitif des mouvements, de l'utilisation des objets ou du langage (p. ex. stéréotypies motrices simples, activités d'alignement des jouets ou de rotation des objets, écholalie, phrases idiosyncrasiques).

2. Intolérance au changement, adhésion inflexible à des routines ou à des modes comportementaux verbaux ou non verbaux ritualisés (p. ex. détresse extrême provoquée par des changements mineurs, difficulté à gérer les transitions, modes de pensée rigides, ritualisation des formules de salutation, nécessité de prendre le même chemin ou de manger les mêmes aliments tous les jours).

3. Intérêts extrêmement restreints et fixes, anormaux soit dans leur intensité, soit dans leur but (p. ex. attachement à des objets insolites ou préoccupations à propos de ce type d'objets, intérêts excessivement circonscrits ou persévérants).

4. Hyper ou hyporéactivité aux stimulations sensorielles ou intérêt inhabituel pour les aspects sensoriels de l'environnement (p. ex. indifférence apparente à la douleur ou à la température, réactions négatives à des sons ou à des textures spécifiques, actions de flairer ou de toucher excessivement les objets, fascination visuelle pour les lumières ou les mouvements). »<sup>43</sup>

Comme on peut le constater, le TSA s'attaque directement au fonctionnement de la personne *en société* et à sa capacité d'y fonctionner de manière autonome. La description de ce trouble offerte par l'AAP reflète également les préoccupations contemporaines entourant la *viabilité* et la *qualité* des rapports interpersonnels et des autres conditions jugées « essentielles » au fonctionnement de la vie sociale dans notre société hyperconnectée (« communication bidirectionnelle », voire multidirectionnelle, diversification des intérêts, fluidité et adaptabilité, intuitivité, simultanéité et « réciprocité », « partage », « expressivité »). Nous ferons encore mieux ressortir ces préoccupations lorsque nous traiterons, dans la sous-partie I.3, des stratégies de criminalisation nouvellement mises en place visant à rehausser certains de ces standards sociaux. Le lecteur comprendra que le rehaussement des standards sociaux en matière de communication et de relations interpersonnelles *par l'entremise de la loi pénale* risque de désavantager et de mettre concrètement en danger les personnes autistes, en raison du stigmate et de la souffrance associée à la peine, précisément en raison de la nature sociale, communicationnelle et interactionnelle de leurs déficits.

---

<sup>42</sup> *Id.*, p. 34.

<sup>43</sup> *Id.*, p. 56 (nos italiques).

## I. 1.4. Les développements autour du sujet autiste dans la doctrine clinique

### I. 1.4.1. L'incapacité d'intuitionner les normes sociales et morales

Fondamentalement, l'autisme est caractérisé par un sens social appauvri. Celui qui en est atteint est incapable d'intuitionner, seul, les normes et les conventions sociales et d'adapter son comportement en fonction de celles-ci<sup>44</sup>. Une recherche clinique est arrivée à démontrer que les personnes autistes Asperger ne sont pas en mesure de percevoir les indices sociaux provenant des expressions faciales, du regard ou des gestes ou ceux survenant en arrière-plan ou simultanément à l'interaction sociale principale. Ces indices, selon la chercheuse, permettent pourtant, à tout un chacun, de comprendre une situation sociale, d'adapter ses comportements en conséquence ou d'apprendre à partir de son expérience sociale<sup>45</sup>. En étudiant dans sa pratique quotidienne la manière de communiquer propre aux autistes Asperger, le Dr Tony Attwood a remarqué que ceux-ci priorisent généralement une description physique et littérale des phénomènes au lieu de leur attribuer une signification sociale; cela renforce l'idée qu'ils ne sont pas en mesure de capter la signification sociale des phénomènes qu'ils perçoivent<sup>46</sup>. Leur capacité à apprécier, mesurer et prévoir les différentes conséquences de leurs actes sur autrui ou sur la collectivité se trouve donc grandement diminuée par cette importante difficulté à intuitionner la signification sociale des phénomènes physiques et matériels, qu'ils sont pourtant en mesure de percevoir<sup>47</sup>. Leurs interactions au quotidien sont donc caractérisées par ce voile constant d'incertitude et d'angoisse quant au « bon » comportement à adopter dans la situation dans laquelle ils se trouvent.

Nous pouvons facilement concevoir comment il en résulte une grande souffrance au quotidien pour la personne autiste, dans l'ensemble de ses activités sociales, et comment peut s'ensuivre une

---

<sup>44</sup> Brian WAUHOP, « Mindblindness: Three Nations Approach the Special Case of the Criminally Accused Individual with Asperger's Syndrome », (2009) 27-3 *Penn State International Law Review* 965, p. 965-990.

<sup>45</sup> M. MAHONEY, préc., note 35, p. 7 se référant à Ami KLIN et al., « Defining and Quantifying the Social Phenotype in Autism », (2002) 59 *AM J PSYCHIATRY* 895, p. 900-902. En étudiant le déplacement et le focus du regard des personnes autistes, à qui l'on présentait une scène sociale, et en le comparant à un groupe de contrôle, Ami Klin a pu démontrer que les personnes autistes avaient tendance à se concentrer uniquement sur le mouvement des lèvres des acteurs plutôt que sur leur regard, leur expression faciale générale ou sur l'action en arrière-plan. Ceux-ci échappaient donc à tout le contenu social de l'interaction, à la nature de la dynamique sociale et à la séduction sous-jacente qui s'opérait effectivement entre les acteurs de la scène sociale qu'on leur présentait.

<sup>46</sup> Tony ATTWOOD, *The Complete Guide to Asperger's Syndrome*, Londres, Jessica Kingsley Publishers, 2007, p. 113.

<sup>47</sup> Owen P. O'SULLIVAN, « Autism spectrum disorder and criminal responsibility: historical perspectives, clinical challenges and broader considerations within the criminal justice system », (2018) 35 *Irish Journal of Psychological Medicine* 333, p. 336.

grande stigmatisation ou un retrait progressif et « volontaire » de la vie sociale. En raison de leur difficulté dans la réciprocité sociale et la communication, les personnes autistes ont plus de difficultés à établir des relations amicales et sociales appropriées et égalitaires, ce qui peut également mener à leur isolement, puis au développement d'obsessions, à une frustration sexuelle, au développement de relations sociales inusitées ou au développement de ces liens par des moyens inusités et étranges<sup>48</sup>. Ces lacunes dans le développement social des personnes autistes se poursuivent jusqu'à l'âge adulte et se répercutent dans l'ensemble des pans de leur existence sociale, ce qui, en retour, contribue à leur isolement et leur stigmatisation sociale :

« Les sujets plus âgés peuvent être en difficulté pour comprendre quel comportement est considéré comme adéquat dans une situation, mais pas dans une autre (p. ex. avoir une attitude familière au cours d'un entretien professionnel) (...) Il peut y avoir une préférence apparente pour les activités solitaires ou pour l'interaction avec des personnes plus jeunes ou plus âgées. »<sup>49</sup>

Pour bien comprendre les déficits particuliers du TSA, il convient de relever qu'il s'agit d'un trouble mental qui, essentiellement, interfère avec le développement social même de la personne; c'est donc un trouble qui intervient dans *toutes les facettes de la vie de cette personne* – dans ses interactions, ses relations, sa personnalité, ses intérêts, son mode de vie, ses « intentions » et ses « choix » – et qui peut donc laisser une trace complexe, indélébile, profonde et insidieuse sur elle malgré une *apparente* adaptation à la vie sociale :

« the task is to consider what would we be like if, instead of that life experience of processing myriad social cues over thousands of social interactions that gave us our « social common sens, » *we had none of that input, one of that reciprocity, and no developed intuition about the feelings and intentions of others or the social rules that society sets, or how to apply them to every new social situation.* But it is from that perspective that one has to consider the problem at hand, judging the person with ASD who appears to have engaged in proscribed social misbehavior. »<sup>50</sup>

Le développement récent des neurosciences et de la neuro-imagerie permet aujourd'hui de démontrer, matériellement, que ce trouble neurodéveloppemental affecte plusieurs régions du cerveau associées à la cognition sociale, comme l'amygdale, le cortex préfrontal et le lobule

---

<sup>48</sup> Luke P. VINTER et Gayle DILLON, « Autism and Sexual Crime », dans *Sexual Crime and Intellectual Functioning*, Kerensa Hocken, Rebecca Lievesley, Belinda Winder, Helen Swaby, Nicholas Blagden, Phil Banyard (Dir.), Palgrave Macmillan Cham, 2020, p. 97; Clare S. ALLELY et Ann CREABY-ATTWOOD, « Sexual offending and autism spectrum disorders », (2016) 7-1 *Journal of Intellectual Disabilities and Offending Behaviour* 35; Tamsin HIGGS et Adam J. CARTER, « Autism spectrum disorder and sexual offending: Responsivity in forensic interventions », (2015) 22 *Aggression and Violent Behavior* 112.

<sup>49</sup> DSM-V, p. 60 (nos italiques).

<sup>50</sup> Stephanie YARNELL-MAC GRORY, Mark MAHONEY et Alexander WESTPHAL, préc., note 38, p. 75.

fusiforme<sup>51</sup>. Des examens réalisés à l'aide de la *Tomographie par émission de positons* (PET Scans) et de l'*Imagerie par résonance magnétique fonctionnelle* (fMRI) ont permis de révéler des différences, avec la population générale, dans les aires du cerveau affectées par le TSA; soit celles liées à la cognition sociale, celles qui permettent de réaliser des tâches sociales et celles qui permettent d'effectuer des inférences quant aux états mentaux et émotionnels d'autrui, comme le cortex orbitofrontal<sup>52</sup>. Des études neuroscientifiques permettent également aujourd'hui d'objectiver et d'encore mieux illustrer les théories cliniques sur les déficits empathiques que nous verrons dans la prochaine sous-partie; ces études permettent de démontrer qu'il existe une explication d'origine neurologique à leurs déficits sociaux et à leur incapacité d'inférer les états mentaux et émotionnels d'autrui<sup>53</sup>.

#### **I. 1.4.2. Les difficultés dans l'analyse et le raisonnement social et moral en raison d'un déficit de l'empathie cognitive**

La personne autiste vit également avec d'importants déficits de nature émotionnelle. Elle aurait un déficit au niveau de l'« empathie cognitive », c'est-à-dire qu'elle ne possède pas la capacité intuitive de se représenter les états mentaux d'autrui et de savoir qu'ils sont différents des siens. L'une des théories les plus importantes permettant de comprendre les déficits d'empathie particuliers du sujet autiste est l'hypothèse de la « Theory of Mind » présentée et soutenue par Simon Baron-Cohen dans les années 90<sup>54</sup>. Une personne neurotypique posséderait une variété de fonctions cognitives permettant d'inférer les états mentaux et émotionnels de ceux avec qui elle interagit et de concevoir que ces états mentaux peuvent être différents des siens<sup>55</sup> : « we have « Theory of mind », a « mind-reading » skill, « a universal, evolved language of the eyes, which is mutually intelligible to all members of our species, can bring two separate minds into an aligned

---

<sup>51</sup> Barbara G. HASKINS et J. Arturo SILVA, « Asperger's Disorder and Criminal Behavior: Forensic-Psychiatric Considerations », (2006) 34-3 *J Am Acad Psychiatry Law* 374, p. 382 se référant à Simon BARON-COHEN, H. RING, S. WHEELWRIGHT et al., « Social intelligence in the normal and autistic brain: an fMRI study », (1999) 11 *Eur J Neurosci* 1891 et à H.D. CRITCHLEY, E.M. DALY, E.T. BULLMORE et al., « The functional neuroanatomy of social behavior: changes in cerebral blood flow when people with autistic disorder process facial expressions », (2000) 123 *Brain* 2203.

<sup>52</sup> Stephanie YARNELL-MAC GRORY, Mark MAHONEY et Alexander WESTPHAL, préc., note 38, p. 80.

<sup>53</sup> T. ATTWOOD, préc., note 46, p. 113 : « In typical adults, the attribution of mental states is mediated by the prefrontal cortex, the superior temporal sulcus and temporal poles, but participants in the study who had Asperger's syndrome showed less activation of these regions of the brain. There is a neurological explanation for impaired or delayed ToM abilities. »

<sup>54</sup> Simon BARON-COHEN, *Mindblindness : An essay on autism and theory of mind*, MIT Press, 1995.

<sup>55</sup> Michael V. LOMBARDO et Simon BARON-COHEN, « The role of the self in mindblindness in autism », (2010) *Consciousness and Cognition*, p. 2.

interpretation of their interaction. » »<sup>56</sup> En revanche, le sujet autiste, même celui possédant de hautes capacités intellectuelles, n'est ni capable d'inférer les états mentaux et émotionnels — sa volonté, ses intentions, ses émotions, ses besoins — de la personne avec qui il interagit, ni de savoir qu'ils peuvent être différents des siens. Ce déficit a un impact considérable sur la capacité à respecter les limites d'autrui, de capter les signaux dissuasifs et d'adapter sa conduite au gré des circonstances, des sensibilités et des émotions ressenties par la personne avec qui l'on interagit :

« [High-functioning autism spectrum disorder] perpetrators generally present with significant deficits in their abilities to know that another person has a different emotional cognitive experience of a shared event. They may suffer from an inability to read the necessary interpersonal cues telling the perpetrator to disengage from a social encounter. »<sup>57</sup>

Des auteurs suggèrent que cette incapacité de se référer aux états mentaux d'autrui pourrait provenir du fait que la personne autiste a de la difficulté à se représenter ses propres états mentaux, à prendre conscience de sa propre vie intérieure<sup>58</sup>. Cette connaissance fondamentale de soi est cruciale afin de pouvoir établir les ressemblances et les dissemblances entre soi et autrui et de moduler son comportement en fonction de ces différences. Sachant cela, nous pouvons difficilement soutenir que la personne autiste impose aux autres, en connaissance de cause ou volontairement, ses propres vues « morales », ses propres intérêts, ses propres désirs, comme le ferait une personne atteinte de psychopathie<sup>59</sup>. La personne autiste, malgré sa grande intelligence, ne se connaît pas très bien elle-même (on parle alors d'un problème d'« alexithymie »).

Certains aspects de la cognition sociale, dans lesquels l'amygdale (l'organe qui permet le fonctionnement normal de l'empathie) est sollicitée, seraient affectés chez les personnes autistes, ce qui peut rendre plus difficile pour elles d'apprécier des situations sociales ou émotionnelles complexes à partir d'indices extérieurs qu'elles ont pourtant été en mesure de percevoir<sup>60</sup> :

---

<sup>56</sup> Stephanie YARNELL-MAC GRORY, Mark MAHONEY et Alexander WESTPHAL, préc., note 38, p. 73 citant l'introduction par Tooby et Leda Cosmides dans S. BARON-COHEN, préc., note 54.

<sup>57</sup> B. G. HASKINS et J. A. SILVA, préc., note 51, p. 378.

<sup>58</sup> M. V. LOMBARDO et S. BARON-COHEN, préc., note 55, p. 7.

<sup>59</sup> James R. BLAIR, « Fine cuts of empathy and the amygdala : Dissociable deficits in psychopathy and autism », (2008) 61 *The Quarterly Journal of Experimental Psychology* 157. Le fait de rappliquer son propre code moral en sachant que celui-ci n'est pas partagé par la collectivité est l'une des raisons souvent évoquées pour justifier l'exclusion de la psychopathie du verdict de NRCTM, R. c. *Chaulk*, [1990] 3 RCS 1303, p. 101. Les juges devront nécessairement distinguer le traitement pénal réservé aux autistes sur ce point pour éviter cet amalgame injuste et grossier.

<sup>60</sup> James R. BLAIR, préc., note 59, p. 164.

« The problem is that the same neurological deficits which filter out the nonverbal social information in personal encounters also impair the ability to interpret whole social scenes. The individuals are not just missing what we see in others' eyes, of facial expressions. They are missing the entire social scene, in multiple social cognition domains. »<sup>61</sup>

Les autistes ont donc de la difficulté à capter, lire, interpréter et apprécier les signaux et les informations non-dits et implicites, notamment ceux provenant du visage, du regard, de l'intonation et du langage corporel de la personne avec qui ils ont une interaction; ils ne voient pas les signaux qui permettent de donner un sens social ou émotionnel à leur interaction<sup>62</sup>. Pour cette raison, il peut être difficile pour eux d'identifier l'état mental d'autrui (par exemple, son état de panique) et de déterminer la façon adéquate d'y répondre<sup>63</sup>. Ces déficits dans la *Theory of mind* empêchent l'autiste d'apprécier pleinement l'effet de sa conduite sur l'état affectif et psychologique d'autrui<sup>64</sup>.

Afin d'éviter de malencontreux amalgames, il convient de spécifier dès maintenant que la nature du déficit de l'empathie de la personne autiste doit absolument être distinguée de celle que l'on retrouve chez les personnes psychopathes. Contrairement au psychopathe qui est en mesure de reconnaître la souffrance et le déplaisir chez sa victime, mais qui est incapable d'y donner de l'importance en raison d'un déficit de l'empathie *émotionnelle*, la personne autiste vit plutôt avec un déficit de l'empathie *cognitive* qui l'empêche d'intuitionner l'état émotionnel d'autrui et de savoir qu'il est différent du sien, tout en étant en mesure d'y donner de l'importance, mais uniquement après avoir été conscientisée et renseignée explicitement et clairement sur l'étendue de l'impact de sa conduite sur autrui et sur les normes sociales qui ont été enfreintes<sup>65</sup>. Le déficit

---

<sup>61</sup> Stephanie YARNELL-MAC GRORY, Mark MAHONEY et Alexander WESTPHAL, préc., note 38, p. 78.

<sup>62</sup> *Id.*, p. 73

<sup>63</sup> C.M. BERRYESSA, « Defendants with Autism Spectrum Disorder in Criminal Court: A Judges' Toolkit », (2021) 13-4 *Drexel Law Review* 841, p. 847 se référant à Simon BARON-COHEN, *The Science Of Evil: On Empathy And The Origins Of Cruelty*, 2012, Basic Books, p. 45; Marc R. WOODBURY-SMITH, Isabel C. H. CLARE, Anthony J. HOLLAND, Anthony KEARNS, Ekkehart STAUFENBERG et Peter WATSON, « A Case-Control Study of Offenders with High Functioning Autistic Spectrum Disorders », (2005) 16 *J. FORENSIC PSYCHIATRY & PSYCH.* 747, p. 756-757; M. ULJAREVIC et A. HAMILTON, « Recognition of emotions in autism: A formal metaanalysis », (2013) 43-7 *Journal of Autism and Development* 1517.

<sup>64</sup> B. WAUHOP, préc., note 44; Justin B. BARRY-WALSH et Paul E. MULLEN, « Forensic aspects of Asperger's Syndrome », (2004) 15-1 *The Journal of Forensic Psychiatry & Psychology* 96, p. 105.

<sup>65</sup> J. R. BLAIR, préc., note 59, p. 164; Nachum KATZ et Zvi ZEMISHALNY, « Criminal Responsibility in Asperger's Syndrome », (2006) 43 *ISRAEL J. PSYCHIATRY & RELATIVE SCIENCE* 166, p. 172 : « There is no understanding whatsoever on the AS subjects' part of the implications and repercussions of their actions. This is an important factor that distinguishes between people suffering from antisocial personality disorder and people with AS. Both seem to be lacking in empathy, but the latter do not have the ability to manipulate, to charm and to exploit other people. Often it is the AS sufferers who are being exploited. Also frequently, people with antisocial personality disorder understand very well the repercussions of their violent and criminal actions, while people with AS have a hard time grasping this

d'empathie cognitive présent chez l'autiste se distingue donc fondamentalement de l'absence d'empathie émotionnelle chez les personnes antisociales, comme l'explique la chercheuse spécialisée Clare S. Allely :

« Cognitive empathy refers to the ability to understand and predict other people's behaviour in terms of attributed mental states (most notably mental states which are epistemic, including believing, knowing, pretending, and guessing). On the other hand, emotional empathy is an emotional response in an individual that both originates from and parallels the emotional state of another individual. »<sup>66</sup>

De cette manière, la personne autiste n'est pas incapable de développer une certaine forme d'empathie, mais elle reste profondément affectée dans certains aspects essentiels à une expérience typique de l'empathie. L'empathie pourrait paraître plus superficielle et ne porter que sur certains éléments spécifiques, surtout lorsque la personne autiste n'est pas capable de capter les autres éléments. Sa faculté d'empathie serait également moins expressive et moins flexible. Il serait donc plus difficile pour la personne autiste d'exprimer et de matérialiser cette empathie à travers des comportements qui sont prosociaux et adéquats :

« It is important to emphasise at this point that it is a commonly held misconception that individuals with ASD lack empathy (Fletcher-Watson, & Bird, 2020). However, it is now well-established that empathy is multi-layered and multidimensional (Bos & Stokes, 2019; Foell et al., 2018; Khalil et al., 2018; Zhao et al., 2019) and the empathy impairment of individuals with ASD may be component-specific (...) According to the empathy imbalance hypothesis (EIH) of ASD, individuals with ASD are impaired in terms of their cognitive empathy but they have a "surfeit" (heightened capacity) of emotional empathy (EE) (...) Some individuals with ASD may appear (on a superficial level) to lack empathy when it is actually the case that they are just not following the same "response-script" as exhibited in individuals without ASD (Fletcher-Watson & Bird, 2020). (...) an individual with low cognitive ability but high emotional empathy sensitivity may have occasions where they can experience empathic concern but do not have sufficient cognitive empathy abilities to channel this concern into "flexible prosocial behaviour" (Smith, 2009, p. 494). »<sup>67</sup>

Considérant qu'un bon développement moral requiert la présence de mécanismes fonctionnels au niveau de l'empathie, la personne autiste est reconnue pour avoir également plus de difficultés à réaliser des jugements moraux<sup>68</sup>. Elle peut, pour cette raison, avoir plus de difficultés à résoudre

---

» Conséquemment, les tribunaux devraient distinguer le traitement réservé aux personnes autistes de celui réservé traditionnellement aux personnes psychopathiques.

<sup>66</sup> Clare S. ALLELY, *Autism Spectrum Disorder in the Criminal Justice System: A Guide to Understanding Suspects, Defendants and Offenders with Autism*, préc., note 31, p. 7-8.

<sup>67</sup> *Id.*, p. 8.

<sup>68</sup> J.R. BLAIR, préc., note 59, p. 162. Concernant l'importance de l'empathie dans le développement de la morale et de la raison, voir Kevin MOUSTAPHA, *Le libre arbitre à l'épreuve du déterminisme : les troubles du psychopathe en tant qu'instruments d'étude de la défense de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux*, (2018) Thèse de doctorat, Université de Montréal, Faculté de droit, p. 152-155 se référant à Antonio R. DAMASIO, *Descartes' Error: Emotion, Reason and the Human Brain*, New York, Avon Books, 1994.

certaines dilemmes moraux et à effectuer des choix sur cette base<sup>69</sup>. Ces déficits sont communs chez les personnes autistes, même celles avec une haute intelligence; comme quoi la capacité de raisonnement moral requiert, non seulement une intelligence et une cognition fonctionnelle, mais aussi une empathie cognitive fonctionnelle, pouvant leur servir de fondement, les renseigner avec justesse et orienter adéquatement ses actions :

« Yet impairments in [*Theory of mind*] and cognitive empathy – the ability to understand others’ feelings and thoughts, adopt their perspective, and predict the impact of behaviour – are common to individuals with ASD and could account for their offending, including because these attributes are *vital* for developing the capacity for moral reasoning. »<sup>70</sup>

Selon le DSM-V, ce déficit empathique existe bel et bien chez les personnes autistes qui présentent, en apparence, des capacités moyennes et élevées de raisonnement :

« Chez les adultes n’ayant ni déficit intellectuel ni retard de langage, les déficits de la réciprocité socioémotionnelle peuvent se traduire par des difficultés à analyser et répondre à des situations sociales *complexes* (p. ex. à quel moment et comment se joindre à une conversation, ce qu’il faut éviter de dire). Les adultes ayant développé des stratégies de compensation pour répondre à *certaines* défis sociaux peuvent se trouver en difficulté pour faire face à des situations *nouvelles* ou *sans l’aide d’autrui* et peuvent souffrir des efforts et de l’anxiété secondaires à une évaluation consciente de situations sociales auxquelles la plupart des sujets répondent de façon intuitive. »<sup>71</sup>

### **I. 1.4.3. La surintellectualisation des normes pour compenser les autres déficits : le développement d’une rigidité mentale et le manque d’adaptabilité**

Déjà en 1944, Hans Asperger notait les conséquences de ce déficit intuitionnel chez les personnes Asperger dans la capacité à se conformer aux règlements et aux normes sociocomportementales :

« We have already discussed the gaucheness of autistic children and their need *to learn by way of intellectual effort*. They can learn *only with the help of elaborate rules and laws* and are *unable to pick up all those things that other children acquire naturally in unconscious imitation of adults*. »<sup>72</sup>

Les déficits dans le développement social et de l’empathie de la personne autiste doivent donc être compensés, continuellement et systématiquement, par une intellectualisation consciente des normes sociales et morales. Cette exigence réduit grandement leur capacité de prévoir le bon comportement à adopter, la réaction de l’autre face à son comportement et les conséquences sociales et émotionnelles de celui-ci. Leur capacité de flexibilité et d’adaptation aux différents

---

<sup>69</sup> Tessa GRANT, Rosaria FURLANO, Layla HALL et Elizabeth KELLEY, « Criminal Responsibility in Autism Spectrum Disorder: A Critical Review Examining Empathy and Moral Reasoning », (2018) 59-1 *Canadian Psychology* 65, p. 70.

<sup>70</sup> G. WOLF, préc., note 30, p. 1706 (nos italiques).

<sup>71</sup> DSM-V, p. 59-60 (nos italiques).

<sup>72</sup> H. ASPERGER, préc., note 16, p. 77.

contextes de la vie sociale est donc considérablement réduite. Si, comme l'affirme le Dr Kahneman, 90% de l'activité cérébrale permettant le fonctionnement normal de l'individu en société s'effectue chez les personnes neurotypiques de manière inconsciente, grâce à leur intuition, leurs habiletés de prédiction et leur perception sociale, nous pouvons mieux concevoir le fardeau immense au quotidien, en temps et en énergie, que doivent porter les personnes autistes avec un haut niveau de fonctionnement pour compenser leurs déficits et fonctionner de manière, relativement, autonome<sup>73</sup>. Celles-ci doivent compenser consciemment et intellectuellement leurs déficits sociaux et émotionnels pour pouvoir naviguer fluidement à travers la vie sociale contemporaine; elles doivent traiter, à l'aide de leur cognition et de leur intellect, un à un les dilemmes sociaux et moraux quotidiens que la population générale peut résoudre intuitivement et inconsciemment.

Cette difficulté des personnes autistes à adapter leur comportement aux différents contextes s'explique dans la doctrine clinique par la théorie de la *Weak central coherence*. L'apprentissage chez l'autiste fonctionnerait de manière gestaltique (*gestalt learning*). Ce dernier apprend par « morceaux entiers » sans être en mesure de conférer, comme les personnes neurotypiques, des règles particulières pour leurs différentes parties; « as a result [individuals with ASD] have major problems in generalizing knowledge across situations (e.g., a math genius who solves complex equations in his head but can't order a cheeseburger and calculate his change at McDonald's). »<sup>74</sup> La théorie de la *Weak central coherence* suggère que dans un apprentissage normal, la personne neurotypique recueillerait des informations pour en faire un tout unifié et cohérent lui permettant d'inférer des règles générales. Les personnes autistes, elles, ont tendance être limitées à un apprentissage des *détails* qu'elles perçoivent; elles apprennent *en vase clos* sans être en mesure de voir le « big picture »<sup>75</sup>. Elles ne sont pas en mesure de prendre conscience de ce qui est commun à l'ensemble des détails et de ce qui doit être retenu en priorité – par exemple leur signification sociale ou morale – afin d'en inférer une règle claire<sup>76</sup>. En conséquence, la personne autiste est contrainte de devoir préintellectualiser et mémoriser chacune des règles, une à une, pour pouvoir guider son comportement en pleine conformité avec nos attentes socio-comportementales particulières.

---

<sup>73</sup> Stephanie YARNELL-MAC GRORY, Mark MAHONEY et Alexander WESTPHAL, préc., note 38, p. 76.

<sup>74</sup> Fred R. VOLKMAR, Scott JACKSON et Brian PETE, préc., note 37, p. 4.

<sup>75</sup> *Id.*, p. 13.

<sup>76</sup> *Ibid.*

Lorsque le sujet autiste apprend une règle, il est effectivement en mesure de la mémoriser, mais celui-ci peut, en raison de sa rigidité mentale et de sa tendance à surintellectualiser ses expériences sociales, développer ensuite une « over-reliance » envers la règle intellectualisée, ce qui, évidemment, peut être problématique<sup>77</sup>. Une règle ou une manière d'agir, adéquate dans un contexte donné, peut être gravement problématique et conflictuelle dans un autre. La personne autiste a donc plus de difficultés à adapter et appliquer ses connaissances aux différents contextes. En l'absence d'une intuition sociale fonctionnelle, la personne autiste est contrainte de se référer d'une manière rigide et décontextualisée à des règles qu'elle a mémorisées d'avance, ce qui l'empêche de faire preuve de flexibilité dans son comportement en tenant compte du contexte<sup>78</sup>.

Pour certains auteurs, l'autiste serait capable d'émettre des jugements moraux valides, mais serait justement incapable de le faire spontanément, aurait besoin de plus de temps et aurait donc plus de difficulté à adapter son comportement en fonction des circonstances dans lesquelles il se retrouve<sup>79</sup>. Le raisonnement moral « externe » de la personne autiste serait donc fonctionnel, il n'a donc pas une incapacité complète de se référer à des règles prédéterminées, explicites et claires, mais sa capacité de raisonnement moral « interne » et « autonome » serait affectée, et ce, même chez les autistes avec un haut niveau de fonctionnement<sup>80</sup>.

La difficulté pour la personne autiste d'évaluer calmement et rationnellement la situation dans laquelle elle se trouve et d'adapter son comportement d'une manière cohérente et conséquente en fonction du contexte dans des situations de grand stress, de confusion mentale ou d'un envahissement sensoriel, est bien documentée dans la doctrine clinique<sup>81</sup>. Contrairement à la population générale qui, grâce à son intuition sociale, est en mesure d'adapter ses comportements à diverses circonstances, la personne autiste a besoin de plus de temps pour enregistrer cognitivement les indices et les signaux provenant de l'environnement qu'elle perçoit<sup>82</sup>.

---

<sup>77</sup> *Id.*, p. 5.

<sup>78</sup> Ami KLIN, « Autism and Asperger syndrome: an overview », (2006) 28 *Rev Bras Psiquiatr* 3, p. 9.

<sup>79</sup> *Id.*; Katharina PAXMAN, « Empathy, Autism and Hume », dans Philip A. Reed et Rico vitz (dir.), *Hume's Moral Philosophy and Contemporary Psychology*, Routledge, 2018, p. 136; Ian FRECKELTON et David LIST, « Asperger's Disorder, Criminal Responsibility and Criminal Culpability », (2009) 16-1 *Psychiatry, Psychology and Law* 16, p. 31.

<sup>80</sup> Matthew LERNER, Omar Sultan HAQUE, Eli C. NORTHRUP, Lindsay LAWER et Harold J. BURSZTAJN, « Emerging Perspectives on Adolescents and Young Adults With High Functioning Autism Spectrum Disorders, Violence, and Criminal Law », (2012) 40-2 *J Am Acad Psychiatry Law* 177.

<sup>81</sup> I. FRECKELTON et D. LIST, préc., note 79, p. 31.

<sup>82</sup> T. ATTWOOD, préc., note 46, p. 122.

Encore une fois, le DSM-V nous avertit que les difficultés dans l'adaptation et l'application de ses connaissances par la personne autiste en fonction du contexte particulier surviennent malgré la présence d'un fonctionnement intellectuel supérieur à la moyenne :

« Les compétences socio-adaptatives sont typiquement inférieures aux mesures d'efficacité intellectuelle. D'importantes difficultés de planification, d'organisation et d'adaptation au changement ont un impact négatif sur les performances scolaires, même chez les élèves ayant une intelligence supérieure à la moyenne. À l'âge adulte, ces sujets peuvent avoir des difficultés à développer leur indépendance en raison d'une rigidité persistante et de difficultés à gérer les situations *nouvelles*. »<sup>83</sup>

#### **I. 1.4.4. Le développement et la poursuite des obsessions**

Le DSM-V place le développement d'obsessions comme étant la seconde caractéristique fondamentale commune aux TSA : « Les intérêts hautement restreints et fixes du trouble du spectre de l'autisme ont tendance à être anormaux en termes d'intensité ou de contenu (p. ex. un jeune enfant fortement attaché à une casserole, un enfant préoccupé par les aspirateurs, un adulte passant des heures à copier des plannings) »<sup>84</sup>. Ces obsessions sont d'une intensité telle qu'elles peuvent aliéner la personne autiste de sa vie sociale et de ses besoins primaires (toilette, hygiène, alimentation, sommeil)<sup>85</sup>.

La théorie de « *weak central coherence* », que nous avons déjà abordée, est également pertinente ici pour expliquer comment les déficits mentaux des personnes autistes favorisent le développement des obsessions. La population neurotypique est en mesure de percevoir la réalité et ses multiples dimensions (morale, sociale, émotionnelle et physique), de les organiser de manière cohérente et donc d'expérimenter ces différentes dimensions simultanément lors d'une seule et même expérience sociale. Au contraire, la personne autiste, qui est en mesure de percevoir ou d'intellectualiser chacune des composantes de la réalité, les expérimente de manière cloisonnée et décontextualisée, ce qui peut l'amener à développer des préoccupations excessives envers une des dimensions en particulier et à ignorer toutes les autres. Cette dernière peut donc poursuivre

---

<sup>83</sup> DSM-V, p. 64.

<sup>84</sup> DSM-V, p. 61.

<sup>85</sup> M. MAHONEY, préc., note 35, p. 14 : « Many parents report that their child will stay at the computer for hours pursuing such interests, not breaking to go to the toilet, to eat, or to sleep unless pressured, and even then with much resistance. The intensity with which the AS teen pursues his interests often alienates him from his peers. So, too, does his choice of interests. Unlike neurotypical teens, teens with AS obsess over matters as odd and varied as the intricacies of the stock market, the seven deadly sins, sprinkler systems, or botanical classifications. »

compulsivement un comportement ou un objectif, qui généralement est le fruit de son obsession, sans égard à la dimension sociale et morale du même objet, aux conséquences émotionnelles sur autrui et aux conséquences légales qu'elle encourt<sup>86</sup>. Cette compulsivité est susceptible de survenir même si la personne est en mesure de percevoir adéquatement la dimension physique et matérielle de l'objet poursuivi<sup>87</sup>. Par exemple, même si la personne autiste est en mesure de percevoir l'aspect physique d'une représentation pédopornographique (en l'occurrence, son aspect charnel), elle n'est pas nécessairement en mesure de percevoir ses dimensions sociales, morales et légales et donc en quoi celle-ci est problématique. Autre exemple, une personne autiste peut poursuivre un intérêt purement intellectuel, culturel ou de nature académique même si l'intérêt poursuivi l'amène dans une voie criminelle (vol, entrer par effraction, cybertrafiquer, frauder, consommer un objet prohibé). La personne s'y laissera engager, sans être en mesure de percevoir adéquatement les conséquences légales, sociales et morales qui découlent de la poursuite de son obsession. Selon la doctrine, cette caractéristique obsessionnelle est à même de réduire significativement les mécanismes d'inhibition qui permettent aux personnes neurotypiques d'éviter de commettre des comportements socialement inacceptables<sup>88</sup>. Il est facile d'anticiper comment cette caractéristique de la personne autiste la met concrètement en danger de rentrer plus fréquemment en contact avec l'institution pénale surtout lorsque ses comportements problématiques, ou les visées socialement inacceptables qu'elle poursuit, sont désignés par l'institution pénale comme étant des actes « préparatoires » à un acte criminel. Ces actes préparatoires sont bien souvent, dans le droit pénal contemporain, criminalisés à travers des infractions inchoatives. Pour les mêmes raisons, la mise en place récente de crimes *pré-inchoatifs*, comme le crime de leurre de personnes mineures, accélèrera inévitablement la rencontre du délinquant autiste avec l'institution pénale. Nous reviendrons sur ces infractions plus en détail dans la sous-partie I.3.

### **I. 1.5. Conclusion : quand le sujet clinique devient un sujet de droit pénal**

Il n'existerait pas de preuve démontrant que les personnes autistes sont causalement prédisposées ou significativement plus à risque de commettre des actes de nature criminelle<sup>89</sup>, mais certaines

---

<sup>86</sup> B.G. HASKINS, et J.A. SILVA, préc., note 51, se référant à U. Frith, *Autism: Explaining the Enigma*. Malden, Blackwell, 1989.

<sup>87</sup> *Id.*

<sup>88</sup> I. FRECKELTON et D. LIST, préc., note 79, p. 31.

<sup>89</sup> Ann CREABY-ATTWOOD et Clare S. ALLELY, « A Psycho-Legal Perspective on Sexual Offending in Individuals with Autism Spectrum Disorder », (2017) 55 *International Journal of Law and Psychiatry* 72, p. 73 citant S.E. MOURIDSEN,

études semblent pointer vers cette conclusion<sup>90</sup>. D'autres études démontrent au contraire que les personnes autistes ne commettent pas plus souvent d'acte criminel comparativement à la population générale<sup>91</sup>; certaines études établissent qu'ils ont même un taux de criminalité moins élevé que la population générale et commettent moins de crimes violents et sexuels que la population générale<sup>92</sup>. Une étude démontrerait que les personnes autistes sont non seulement moins à risque de commettre un acte criminel que la population générale, mais sont davantage susceptibles d'en être victimes en raison de leur grande naïveté sociale<sup>93</sup>. Il n'existe donc pas d'unanimité concernant l'existence d'un lien de causalité directe entre l'autisme, la violence et la criminalité en général<sup>94</sup>.

Pourtant, certaines études indiquent une prévalence du syndrome d'Asperger dans les hôpitaux à haute sécurité<sup>95</sup> et d'autres montrent une prévalence de la population autiste dans les établissements carcéraux. Une étude a démontré que la prévalence dans les institutions carcérales et psychiatriques est sous-estimée<sup>96</sup>. L'importance exacte de la prévalence des personnes autistes dans les prisons demeure donc, à ce jour, inconnue en raison de l'absence de procédure d'évaluation psychiatrique plus systématique et rigoureuse à travers le processus judiciaire<sup>97</sup>. Néanmoins, quelques études sont en mesure d'estimer que dans certains établissements carcéraux il s'agit d'une prévalence non-

---

« Current status of research on autism spectrum disorders and offending », (2012) 6-1 *Research in Autism Spectrum Disorders* 79 et M.R. WOODBURY-SMITH, I.C.H. CLARE, A.J. HOLLAND et A. KEARNS, « High functioning autistic spectrum disorders, offending and other law-breaking: Findings from a community sample », (2006) 17-1 *The Journal of Forensic Psychiatry and Psychology* 108.

<sup>90</sup> Marc WOODBURY-SMITH, « ASD and Unlawful Behaviour : Background », dans Fred R. VOLKMAR, Rachel LOFTIN, Alexander WESTPHAL et Marc WOODBURY-SMITH (dir.), *Handbook of Autism Spectrum Disorder and the Law*, Springer, 2021, p. 189.

<sup>91</sup> C. S. ALLELY, *Autism Spectrum Disorder in the Criminal Justice System: A Guide to Understanding Suspects, Defendants and Offenders with Autism*, préc., note 31, p. 54 se référant à C. KING et G. H. MURPHY, « A systematic review of people with autism spectrum disorder and the criminal justice system », (2014) 44-11 *Journal of Autism and Developmental Disorders* 2717 et A. X. RUTTEN et al., « Autism in adult and juvenile delinquents: A literature review », (2017) 11-1 *Child and Adolescent Psychiatry and Mental Health* 1.

<sup>92</sup> G. WOLF, préc., note 30, p. 1705 et 1707.

<sup>93</sup> G. DE LA CUESTA, « A selective review of offending behaviour in individuals with autism spectrum disorders », (2010) 1-2 *Journal of Learning Disabilities and Offending Behaviour* 47.

<sup>94</sup> G. WOLF, préc., note 30, p. 1705.

<sup>95</sup> Marc WOODBURY-SMITH, préc., note 90, p. 188 (handbook); Matthew LERNER et al., préc., note 80, p. 178; C. S. ALLELY, *Autism Spectrum Disorder in the Criminal Justice System: A Guide to Understanding Suspects, Defendants and Offenders with Autism*, préc., note 31, p. 60-61 se référant à P. SCRAGG et A. SHAH, « Prevalence of Asperger syndrome in a secure hospital », (1994) 165-5 *British Journal of Psychiatry* 679 et D. J. HARE, J. GOULD, R. MILLS et L. WING, *A preliminary study of individuals with autistic spectrum disorders in three special hospitals in England*, National Autistic Society, Londres, 1999.

<sup>96</sup> Marc WOODBURY-SMITH, préc., note 90, p. 188 (handbook).

<sup>97</sup> C. S. ALLELY, *Autism Spectrum Disorder in the Criminal Justice System: A Guide to Understanding Suspects, Defendants and Offenders with Autism*, préc., note 31, p. 59.

négligeable (entre 2,7% et 8,3%); ces études confirment donc que l'importance de la prévalence des personnes autistes dans les établissements carcéraux est généralement sous-estimée<sup>98</sup>. Une étude suggère une prévalence potentielle du TSA au sein de la population des délinquants sexuels; les auteurs de cette étude appellent alors les chercheurs à s'intéresser davantage à leur développement socio-sexuel et à leur capacité à acquérir des connaissances en matière sexuelle<sup>99</sup>. Une étude canadienne démontre même que les personnes autistes ont des contacts plus fréquents avec la police<sup>100</sup>. C'est donc dire que les personnes autistes, pour une raison ou une autre, sont plus susceptibles de faire affaire avec le système de justice pénale.

Malgré l'absence de consensus quant à la preuve d'un lien causal direct entre l'autisme et la criminalité, la doctrine clinique s'entend certainement pour dire que les différentes caractéristiques propres à la symptomatologie du TSA jouent un rôle important, voire « critique », dans la commission de certains crimes, que certains de ces symptômes rendent les personnes autistes plus susceptibles de commettre certains crimes dans certaines situations et que ces crimes sont plus souvent qu'autrement commis dans le contexte d'un de leurs symptômes<sup>101</sup> : « In their recently published review, Mogavero and Mogavero (2016) found a number of studies which indicated that

---

<sup>98</sup> *Id.*, p. 60 citant V. HAWES, « Developmental disorders in prisoners volunteering for DSPD assessment » dans C. DALE et L. STOREY (dir.), *Proceedings of the 2nd international conference on the care and Prevalence of ASD in Forensic Settings treatment of offenders with a learning disability*, Presentations on 'Working with offenders', United Kingdom, 2003 et R.L. FAZIO, C.A. PIETZ et R. L. DENNEY, « An estimate of the prevalence of autism-spectrum disorders in an incarcerated population », (2012) 4 *Open Access Journal of Forensic Psychology* 69.

<sup>99</sup> Lawrence R SUTTON, *et al.*, « Identifying Individuals With Autism in a State Facility for Adolescents Adjudicated as Sexual Offenders: A Pilot Study » (2013) 28-3 *Focus on Autism and Other Developmental Disabilities* 175.

<sup>100</sup> C. S. ALLELY, *Autism Spectrum Disorder in the Criminal Justice System: A Guide to Understanding Suspects, Defendants and Offenders with Autism*, préc., note 31, p. 56 citant A. C. SALERNO et R. A. SCHULLER, « A mixed-methods study of police experiences of adults with autism spectrum disorder in Canada », (2019) 64 *International journal of law and psychiatry* 18.

<sup>101</sup> Stephanie YARNELL-MAC GRORY, Mark MAHONEY et Alexander WESTPHAL, préc., note 38, p. 78. Ann BROWNING et Laura CAULFIELD, « The prevalence and treatment of people with Asperger's Syndrome in the criminal justice system », (2011) 11-2 *Criminology & Criminal Justice* 165, p. 175; Benjamin BERGER, « Mental Disorder and the Instability of Blame in the Criminal Law », dans François TANGUAY-RENAUD et James STRIBOPOULOS (dir.), *Rethinking Criminal Law Theory*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 128; Sheena FOSTER, « Autism is not a tragedy... ignorance is : suppressing evidence of Asperger's syndrome and high-functioning autism in capital trials prejudices defendants for a death sentence », (2015) 2 *LMU LAW REVIEW* 9, p. 12; Clare S. ALLELY et Ann CREABY-ATTWOOD, « Sexual offending and autism spectrum disorders », préc., note 48; Luke P. VINTER et Gayle DILLON, préc., note 48, p. 96; Tamsin HIGGS et Adam J. CARTER, préc., note 48 cité dans *R. v. Betchuk*, 2021 ABPC 197, par. 77. Au cours de ses observations cliniques dans les années 40, Hans ASPERGER, préc., note 16, p. 81, reliait déjà « clairement » les actes aberrants des personnes autistes à leurs déficits émotionnels plutôt qu'à la malice : « They lack the displays of affection which normally make life with a small child so richly rewarding. One never hears that they try to flatter or try to be nice. Indeed, they often turn nasty when one tries to be nice to them. Their malice and cruelty too clearly arise from this impoverished emotionality ».

a large proportion of the deviant or sexual offending behaviour committed by individuals with ASD is frequently due to their ASD symptoms as opposed to malice. »<sup>102</sup> Cette vulnérabilité à commettre une infraction est également exacerbée dans certaines situations, notamment lorsqu'elles sont dans une situation sociale désavantageuse (manque de ressources sociales ou de support), vivent avec des problèmes de toxicomanie ou vivent avec une comorbidité, comme l'anxiété, le trouble de déficit d'attention ou la dépression<sup>103</sup>.

Des auteurs identifient plusieurs études qui se sont intéressées aux liens entre les symptômes du TSA et certains crimes qui semblent plus souvent commis par les personnes autistes<sup>104</sup>. Par exemple, leur symptomatologie particulière pourrait les rendre plus susceptibles de commettre des actes violents dans des situations comprenant une relation interpersonnelle<sup>105</sup>. Pour le Dr Attwood, les personnes autistes commettent rarement d'homicide sauf dans certains contextes, comme lorsqu'elles se perçoivent comme faisant l'objet d'une menace<sup>106</sup>. Lorsqu'une personne autiste commet un crime, son crime peut généralement être lié à ses intérêts restreints, ses idées fixes ou à ses obsessions. Cela est souvent le cas dans les situations de harcèlement criminel<sup>107</sup>, de crimes liés à l'ordinateur<sup>108</sup> ou de crimes de nature sexuelle<sup>109</sup> :

« They may offend to pursue their interest (such as stealing items for a collection). Certain special interests may be antisocial, and/or influence offending, such as interests in: violence, killing, death or weapons; technology (which may lead to hacking computer systems for an intellectual challenge); conducting psychological experiments to explore others' reactions that they do not understand; fire (fascination with its

---

<sup>102</sup> Ann CREABY-ATTWOOD et Clare S. ALLELY, préc., note 89, p. 73 se référant à Melanie Clark MOGAVERO, « Autism, sexual offending, and the criminal justice system », (2016) 7-3 *Journal of Intellectual Disabilities and Offending Behaviour* 116.

<sup>103</sup> G. WOLF, préc., note 30, p. 1705 et 1708; G. DE LA CUESTA, préc., note 93.

<sup>104</sup> C.M. BERRYESSA, préc., note 63 ; Luke P. VINTER et Gayle DILLON, préc., note 48, p. 95.

<sup>105</sup> S. FOSTER, préc., note 101, p. 12; M. LERNER et al., préc., note 80, p. 178; C.M. BERRYESSA, préc., note 63 précise qu'il s'agit surtout de crime comportant de la violence interpersonnelle et réfère à Niklas LÅNGSTRÖM et al., « Risk Factors for Violent Offending in Autism Spectrum Disorder », (2008) 24 *Journal Of Interpersonal Violence* 1358 et à Michelle A. FARDELLA, Priscilla BURNHAM RIOSA et Jonathan A. WEISS, « A Qualitative Investigation Of Risk And Protective Factors For Interpersonal Violence In Adults On The Autism Spectrum », (2018) 33 *Disability & Society* 1460.

<sup>106</sup> G. WOLF, préc., note 30, p.1707; T. ATTWOOD, préc., note 46, p. 350.

<sup>107</sup> Marc WOODBURY-SMITH, préc., note 90, p. 191 (handbook); Johanna E. MERCER et Clare S. ALLELY, « Autism Spectrum Disorders and Stalking », (2020) 10-3 *Journal Of Criminal Psychology* 201.

<sup>108</sup> Kathryn C. SEIGFRIED-PELLAR, Casey L. OQUINN & Kellin N. TREADWAY, « Assessing The Relationship Between Autistic Traits And Cyberdeviancy In A Sample Of College Students », (2014) 34 *Behaviour & Information Technology* 533 ; Katy-Louise PAYNE et al., (2019) « Is There a Relationship Between Cyber-Dependent Crime, Autistic-Like Traits and Autism? », 49 *Journal Of Autism And Developmental Disorders* 4159.

<sup>109</sup> Ann CREABY-ATTWOOD et Clare S. ALLELY, préc., note 89 ; M. LERNER, préc., note 80, p. 178; Melanie Clark MOGAVERO, préc., note 102.

light, for instance, may result in them committing arson); and pornography and paraphilia (especially if they do not recognise their impropriety). »<sup>110</sup>

S'il n'existe pas d'unanimité sur le fait que l'autisme est causalement lié à la commission de crimes de nature sexuelle, les déficits particuliers des autistes contribuent certainement à la commission de ces crimes, surtout dans certains contextes :

« they may do so if they fail to recognise others' lack of consent and distress, have limited sexual knowledge, and/or are socially isolated and immature. They could commit child exploitation material offences if they do not appreciate their impact on victims or their illegality, or obsessively hoard this material (hoarding generally can be common in this population). »<sup>111</sup>

Comme nous le verrons dans la sous-partie I.3.2.1, les déterminismes propres à l'autisme peuvent amener ces personnes à adopter des comportements inusités généralement perçus par la société comme représentant un certain risque pour les enfants. Ces comportements à risque sont aujourd'hui inscrits à titre de crimes préinchoatifs ou préventifs, comme le leurre, l'accès ou la possession à la pornographie juvénile. Concernant le degré réel de risque que posent les personnes autistes envers les enfants, il convient de rappeler cette mise en garde de la doctrine clinique : bien que les personnes autistes soient plus vulnérables d'entrer en contact avec le système de justice pénale en raison de leurs déterminismes, le diagnostic d'autisme n'est pas pour autant un facteur prédictif d'une paraphilie ou d'une pédophilie. Les personnes autistes représenteraient, en réalité, un « très faible risque » pour les enfants comparativement au prédateur sexuel :

« First, as expert witness and psychiatrist Dr. Kleinmann claims, “having this disorder actually makes improper sexual behavior less likely because individuals with Asperger’s Disorder are not charismatic and are perceived, even by children, as different and bizarre,” and thus, unlikely to entice children even if so inclined. Second, their social deficits render most AS individuals unable to strike up conversations with strangers, even children. »<sup>112</sup>

Nous estimons pour toutes ces raisons que l'étude de la symptomatologie particulière des personnes autistes est d'un grand intérêt pour les pénalistes. En effet, les déterminismes envahissants de l'autisme, tels que décrits dans la doctrine clinique, mettent à l'épreuve, voire nient complètement,

---

<sup>110</sup> G. WOLF, préc., note 30, p 1707.

<sup>111</sup> *Ibid.*

<sup>112</sup> M. MAHONEY, préc., note 35, p. 32-34; C.S. ALLELY, S. KENNEDY et I. WARREN, préc., note 30, p. 9 : « This combination of factors suggests individuals with ASD pose less risk of reoffending, and any “risk of further offending by an ASD individual, especially after appropriate intervention, is less than the risk posed by a neurotypical offender” » nous renvoyant à D.P. SUGRUE, « Forensic assessment of individuals with autism spectrum charged with child pornography violations » dans A. LAWRENCE, J. D. DUBIN, et E. HOROWITZ (Dir.), *Caught in the web of the criminal justice system: Autism, developmental disabilities, and sex offenses*, London, UK: Jessica Kingsley Publishers, 2017 p. 130.

les présomptions mêmes sur lesquelles repose la loi pénale. Nous pensons à la présomption de connaissance de la loi qui soutient le droit en général, mais surtout, à la possibilité d'une connaissance intuitive des impératifs moraux et sociaux que présume le droit pénal afin d'assurer son bon fonctionnement. La personne autiste ne possède ni cette intuition morale ou sociale, ni cette flexibilité qui permet l'adaptation en fonction du contexte; elle doit préintellectualiser consciemment chacune des règles. Le droit pénal, lui, fonctionne pourtant de manière *fluide* grâce à cette présomption que la population, bien qu'elle ne connaisse pas tous les aboutissants de la loi pénale, a la capacité d'être dissuadée par son sens moral et social intuitif, par son « gros bon sens ». De façon encore plus importante, comme nous le verrons dans la prochaine sous-partie, le droit pénal repose sur la présomption libérale voulant que les sujets de droit ont la capacité de diriger leurs actes et de se conformer aux prédictions de la loi criminelle, avec flexibilité et réflexivité, dans différents contextes, par *la seule force de leur raison*. C'est cette présomption que les découvertes cliniques sur le TSA viennent mettre plus sérieusement à mal. Les penseurs du libéralisme ont grandement surestimé les pouvoirs de la raison humaine.

## I. 2. Qui est le sujet de droit criminellement responsable ?

L'institution pénale affirme cibler et ne porter un intérêt qu'envers les personnes possédant un « libre-arbitre » et qui sont capables de diriger leurs actes en fonction de leur « volonté » libre et réfléchie, d'effectuer des « choix » libres et conscients entre le bien et le mal et de formuler une intention criminelle compte tenu qu'elles sont « douées de raison ». Maintes fois répétées à travers la jurisprudence canadienne, ces descriptions du sujet de la responsabilité criminelle sont intégrées à l'intérieur de vastes discours visant à circonscrire la portée des moyens de défense permettant l'exonération de la responsabilité criminelle<sup>113</sup>. Ensemble, elles brossent le portrait du sujet de droit criminel : une personne capable de conformer ses actions aux injonctions de la loi pénale par la seule force de sa raison et de sa volonté.

À la lumière des discours cliniques entourant la réalité neuropsychique de l'accusé autiste, nous pourrions penser que l'autisme justifie une exonération de l'application de la loi pénale lorsque l'acte de l'autiste nait du fait de ses déterminismes. Le TSA s'attaquant à la fois au développement social, émotionnel, moral et sexuel de la personne qui en est atteinte, il a un impact direct sur la capacité de savoir que l'acte est mauvais dans les circonstances et, plus généralement, sur la

---

<sup>113</sup> *La Reine c. King*, [1962] R.C.S. 746, par. 749 : « À mon avis, il ne peut y avoir *d'actus reus* à moins qu'il ne résulte d'un esprit apte à former une intention et libre de faire un choix ou de prendre une décision bien déterminée »; *R. c. Leary*, [1978] 1 RCS 29, par. 7 : « Le principe selon lequel un tribunal ne devrait conclure à la culpabilité d'une personne en droit criminel que si elle était mal intentionnée existe dans tous les systèmes de droit pénal civilisés. Il repose sur le respect de la personne et la notion de libre arbitre. Toute personne est responsable de sa volonté. Lorsqu'en exerçant son libre choix, un membre de la société adopte une conduite nuisible ou socialement inacceptable, contraire au droit criminel, il doit accepter les peines qu'impose la loi pour décourager de tels comportements. »; *R. c. Chaulk*, préc., note 59, par. 195 : « Elles traduisent la conviction fondamentale que la responsabilité criminelle n'est appropriée que lorsque l'agent est une personne douée de discernement moral, capable de choisir entre le bien et le mal. Telle est donc la condition préalable et fondamentale de l'imputation de la responsabilité pénale. »; *Id.*, par. 234 : « Le raisonnement qui a donné naissance à ces dispositions, comme je le dis plus haut dans les présents motifs, veut qu'il soit injuste et inéquitable de tenir criminellement responsable une personne qui n'est pas capable de faire consciemment un choix entre le bien et le mal »; *R. c. Oommen*, [1994] 2 RCS 507, par. 30 : « « La véritable question est plutôt de savoir si l'accusé devrait être exonéré de toute responsabilité criminelle parce que les troubles mentaux dont il souffrait au moment de l'acte l'empêchaient de juger de façon rationnelle et donc de faire un choix rationnel quant au caractère bon ou mauvais de l'acte. »; *R. c. Ruzic*, 2001 CSC 24, par. 45 : « À l'instar du caractère volontaire, l'exigence d'intention coupable tient au respect de l'autonomie et du libre arbitre de l'individu et elle reconnaît l'importance de ces valeurs dans une société libre et démocratique [...] La responsabilité criminelle dépend également de la capacité de choisir - la capacité de distinguer le bien du mal. »; *Id.*, par. 47 : « seule la conduite volontaire - le comportement qui résulte du libre arbitre d'une personne qui a la maîtrise de son corps, en l'absence de toute contrainte extérieure - entraîne l'imputation de la responsabilité criminelle et la stigmatisation que cette dernière provoque »; *R. c. Bouchard-Lebrun*, 2011 CSC 58, par. 46 : « Pour qu'un acte soit considéré comme volontaire en droit pénal, il doit nécessairement être le produit de la volonté libre de l'accusé. »; *Id.*, par. 51 : « il est également possible d'affirmer qu'une personne souffrant d'aliénation mentale est incapable d'agir volontairement sur le plan moral. Les gestes qu'elle accomplit ne résultent effectivement pas de son libre arbitre. »

capacité de se conformer à la loi pénale. Malgré le développement important de la doctrine clinique portant sur les déficits neurodéveloppementaux des personnes autistes, tout laisse croire que la notion de responsabilité criminelle restera imperméable à ces découvertes. À ce jour, le développement général des sciences médicales et les découvertes en psychiatrie et en neurosciences concernant les déterminismes psychiques de l'être humain n'ont pas su ébranler les pratiques liées à l'imputabilité et au châtement individuel par le droit pénal.

Étant donné que les interventions de l'institution pénale dépendent de la capacité de l'individu à orienter « librement » sa conduite, plusieurs auteurs se sont en effet demandé si les développements importants de la doctrine clinique, de la science diagnostique, des neurosciences et de la neuro-imagerie seraient à même d'élargir la défense de NRCTM. Ils se sont demandé si ces découvertes pourraient permettre à de nouvelles personnes de bénéficier du verdict spécial de NRCTM; certains se sont même demandé si ces découvertes étaient susceptibles de transformer radicalement les motifs d'intervention de l'institution pénale<sup>114</sup>. Par exemple, les découvertes issues de l'expérience de Libet en 1983<sup>115</sup> – où il a été démontré à l'aide d'un électroencéphalogramme que l'activité cérébrale propre à la prise de décision survenait avant même que l'individu en ait conscience – semblaient à même de frapper de plein fouet l'armature de l'institution pénale. En effet, comment pourrait-elle toujours justifier une intervention auprès des individus sachant que la décision de

---

<sup>114</sup> Peggy LARRIEU, Bernard ROULLET et Colin GAVAGHAN (dir.), *Neurolex sed ... dura lex? L'impact des neurosciences sur les disciplines juridiques et les autres sciences humaines : études comparées*, 2013, disponible en ligne : [http://www.antonioacasella.eu/dnlaw/Neurolex\\_NZ\\_%202013.pdf](http://www.antonioacasella.eu/dnlaw/Neurolex_NZ_%202013.pdf); Joshua GREENE et Jonathan COHEN, « For the law, neuroscience changes nothing and everything », (2004) 349-1451 *Philosophical transactions of the Royal Society of London. Series B, Biological sciences* 1775; Damien GALLAND, Carol JONAS, Renaud JARDRI, Maroussia WILQUIN, Olivier COTTENCIN, Pierre THOMAS et Benjamin ROLLAND, « Comparaison du concept de « responsabilité » en neurosciences et en droit pénal : une revue croisée de littérature pour l'expertise psychiatrique », (2016) 45-6 *La Presse Médicale* 559; Ariane BIGENWALD et Valerian CHAMBON, « Criminal Responsibility and Neuroscience: No Revolution Yet », (2019) 10 *Frontiers in Psychology* ; K. MOUSTAPHA, préc., note 68; Ugo Gilbert TREMBLAY, *La responsabilité criminelle a-t-elle un avenir? : enquête sur les fondements philosophiques, juridiques et psychologiques de l'imputabilité pénale à l'ère des neurosciences*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 2020; C. SAINT-GERMAIN, préc., note 9, p. 239-240 : « Les descriptions explicatives du fonctionnement psychique du sujet du droit criminel ne correspondent plus à l'état des connaissances en philosophie de l'esprit ou même en psychiatrie moderne. Il peut être difficile au juriste d'admettre qu'une intention et une action soient les derniers maillons d'une chaîne d'événements psychiques sur lesquels le sujet n'a pas de prise consciente. En droit criminel, les mobiles des actes de ce même sujet ne sont appréciés ou identifiés que par les derniers moments interprétatifs, conservatoires d'un réseau purement sémantique sans contact avec la compréhension des substrats biologiques de la subjectivité. Ce que le juriste croit repérer comme le moment intentionnel initial d'une action criminelle n'est en fait que l'aboutissement d'une suite d'écarts entre la conscience et le contexte dans lequel elle s'exerce. Les opérations de l'esprit qui conduisent à former l'intention et le passage à l'acte ont lieu depuis l'instance subjective, mais ne lui appartiennent pas en propre. »

<sup>115</sup> P. LARRIEU, B. ROULLET et C. GAVAGHAN préc., note 114, p. 70.

poser certains gestes échappe à leur conscience et à leur volonté ? Les neurosciences remettent elles aussi sérieusement en question le postulat sur lequel repose le droit pénal, soit l'existence d'un « libre-arbitre ». Ce que les neurosciences et la neuro-imagerie arrivent aujourd'hui à démontrer, c'est cette vieille intuition des philosophes déterministes, comme Arthur Schopenhauer, à l'effet que l'idée de « libre-arbitre » – l'idée d'une « volonté » librement dirigée par l'individu et qui serait affranchie de déterminismes – ne soit qu'une ruse de l'esprit permettant à l'individu de croire, comme étant siens, des processus mentaux inconscients, eux-mêmes déterminés par des motifs innés, un caractère donné et par les circonstances<sup>116</sup>.

Depuis l'arrêt britannique *R. v. M'Naghten* en 1843, notre conception de la responsabilité criminelle et notre « compréhension » des facultés attribuables à la « raison », qui justifient l'imputabilité criminelle, sont restées immuables<sup>117</sup>. Dans cette affaire, la Cour anglaise résumait ainsi la directive à adresser au jury lorsque l'accusé demandait une excuse en vertu de son aliénation mentale :

« every man is to be presumed to be sane and to possess a sufficient degree of reason to be responsible for his crimes until the contrary be proved to their satisfaction, and that to establish a defence on the ground of insanity it must be clearly proved that, at the time of the committing of the act the party accused was labouring under such a defect of reason, from disease of the mind, as not to know the nature and quality of the act he was doing, or, if he did know it, that he did not know he was doing what was wrong. (...) If the accused was conscious

---

<sup>116</sup> Arthur SCHOPENHAUER, *Le monde comme volonté et représentation*, Tome 1, Christian SOMMER, Vincent STANEK et Marianne DAUTREY (Trad.), Paris, Gallimard, 2009 avait exprimé cette idée dès 1819, ce qui n'était alors qu'une intuition philosophique, en faisant de la volonté individuelle et de la raison des phénomènes secondaires, conditionnés et instrumentaux à une Volonté transcendante (la « Volonté de vivre » qui permet à l'Espèce de se conserver). Elle seule est libre, disjonctive, car première et indéterminée (chose en soi, noumène), hors du temps et de l'espace, p. 553 : « tout un chacun en effet considère *a priori* (c'est-à-dire ici d'après son sentiment premier) qu'il est libre dans les actions singulières, au sens où dans chaque cas donné toute action lui serait possible; ce n'est qu'*a posteriori* qu'il reconnaît, à partir de l'expérience et de la réflexion sur l'expérience, que son agir procède tout à fait nécessairement de la rencontre du caractère avec les motifs. » Après 1840, il précise sa pensée, *Id.*, p. 559 : « La volonté est première et originaire, la connaissance n'est qu'ajoutée, appartenant à la phénoménalisation de cette volonté en tant qu'*instrument de cette phénoménalisation* même. » *Id.*, à la p. 573 : « Bien que la volonté en elle-même et en dehors du phénomène doive être appelée libre, voire tout-puissante, que cette même volonté, *dans ses phénoménalisations singulières éclairées par la connaissance, donc dans les hommes et dans les animaux, est déterminée par des motifs auxquels le caractère concerné réagit toujours de la même manière avec régularité et nécessité.* » (nos italiques)

<sup>117</sup> C. SAINT-GERMAIN, préc., note 9, p. 224 : « Or la définition de la raison et celle de l'acte volontaire en droit criminel canadien restent encore tributaires des conceptions de Matthew Hale (1609-1676), d'Edward Coke (1552-1634), et de William Blackstone (1723-1780). Ces derniers sont convoqués au soutien des représentations psychomorphologiques du sujet de droit. Les conceptions du sujet du droit criminel qui prétendent en expliquer tantôt les actions, tantôt les motifs ou les intentions dans la modernité se trouvent ainsi conceptualisées avec les outils philosophiques des grands juristes des 17<sup>e</sup> et 18<sup>e</sup> siècles, à cette nuance près que le développement de la psychiatrie oblige le droit criminel à importer l'avis et le lexique des médecins de l'esprit actuels. »

that the act was one which he ought not to do, and if that act was at the same time contrary to the law of the land, he is punishable »<sup>118</sup>

Aujourd'hui, l'art. 16 du *C.cr.* prévoit la défense actuelle de NRCTM au Canada en ces termes qui reprennent essentiellement la formule développée dans l'arrêt *M'Naghten* :

« La responsabilité criminelle d'une personne n'est pas engagée à l'égard d'un acte ou d'une omission de sa part survenu alors qu'elle était atteinte de troubles mentaux qui la rendaient [1] incapable de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou [2] de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais. »<sup>119</sup>

Notre capacité comme société à excuser les crimes commis par des accusés alors qu'ils étaient atteints de troubles mentaux au moment de l'acte serait donc restée la même depuis près de deux siècles, malgré le développement considérable de la doctrine clinique et les découvertes médicales au cours des dernières décennies.

Derrière la *maxime* de la défense de NRCTM, et derrière les pratiques discursives entourant la responsabilité de l'accusé atteint de troubles mentaux, nous essaierons de voir s'il existe une logique cachée, plus profonde, un mode de fonctionnement propre à cette défense qui permettrait de rendre le processus d'attribution de la responsabilité criminelle plus compréhensible et intelligible. Nous chercherons à dissiper cette impression, que pourrait avoir le lecteur, que l'attribution de la responsabilité se fait simplement de manière « aléatoire », pour reprendre l'expression du professeur Hugues Parent<sup>120</sup>. Avant d'y arriver, nous verrons en quoi la portée réelle de la défense de NRCTM apparaît contre-intuitive eu égard aux grands principes de justice qu'elle porte, puisqu'elle permet de responsabiliser criminellement plusieurs accusés atteints de troubles mentaux vivant avec de sérieux déterminismes qui demeurent ignorés par le droit.

**(1) Juger de la nature et de la qualité de l'acte.** Malgré la profondeur du degré d'investigation des capacités de l'accusé que semble évoquer l'expression « juger de la nature et de la qualité de son acte », ce premier volet de la défense de NRCTM exige simplement de vérifier si l'accusé avait la capacité de « percevoir » la dimension *matérielle* et *physique* de son acte et de ses conséquences, et de voir que ces conséquences découlent de son acte. En effet, les tribunaux ont conclu qu'un

---

<sup>118</sup> *R. v. M'Naghten*, (1843) 8 E.R. 718, p. 233-234.

<sup>119</sup> Art. 16 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46 (ci-après « *C.cr.* »).

<sup>120</sup> Hugues PARENT, *Discours sur les origines et les fondements de la responsabilité morale en droit pénal*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 223.

accusé est en mesure de « juger » suffisamment de la nature et de la qualité de son acte dès qu'il *perçoit* l'*actus reus* et ce, sans avoir besoin d'être conscient ou sensible au-delà de la *matérialité* même de l'acte<sup>121</sup>. Si la personne ne peut apprécier l'immoralité de son *acte*, le caractère immoral et socialement condamnable de ses *conséquences* ou est incapable de ressentir les émotions appropriées correspondant à la gravité de son acte en raison d'un trouble mental, elle demeure tout de même en mesure de « juger de la nature et de la qualité » de cet acte aux yeux de l'institution pénale<sup>122</sup>. Ceci est vrai même si le parlement canadien semble avoir eu l'intention de se distancer de la version britannique de la défense en l'élargissant, en exigeant plutôt que l'accusé responsable soit en mesure de « juger » de son acte et non simplement de le « connaître » comme le prévoit l'arrêt *M'Naghten*<sup>123</sup>. En pratique, les tribunaux ont plutôt ramené le degré d'évaluation au même seuil que celui de l'arrêt *M'Naghten*, c'est-à-dire une simple évaluation de la cognition de l'accusé, soit sa capacité à « percevoir » et « comprendre » les conséquences « matérielles » de son acte, sans qu'il soit nécessaire d'évaluer s'il comprend bien les conséquences morales, sociales ou émotionnelles de ses actes<sup>124</sup>. Nous sommes donc bien loin de la définition offerte initialement par le juge Dickson de la Cour suprême en 1980 dans *Cooper c. La Reine*, pour qui « juger de la nature et de la qualité d'un acte » devait inclure « la conscience émotionnelle, aussi bien qu'intellectuelle, de la conséquence de la conduite »<sup>125</sup>. En définitive, la personne criminellement responsable est celle qui répond à ce seuil cognitif minimal : « [l']exigence, propre au Canada, est celle de la

---

<sup>121</sup> *R. v. Codere*, (1916) 12 Cr. App. R. 21 (C.C.A.), p. 26-27 : « La Cour estime qu'en employant les termes "nature et qualité", les juges ne visaient que l'aspect matériel de l'acte et qu'ils n'avaient pas l'intention de faire une distinction entre ses aspects matériel et moral » tel que traduit dans *R. c. Abbey*, [1982] 2 RCS 24, p. 34; *Regina v. Leech*, [1972] 10 C.C.C. (2d) 149 (Alta. S.C.), par. 53 : « Did he estimate aright or perceive the full force of the *actus reus* of the offence charged? – in other words, did the accused appreciate that the *actus reus* was being committed? » *Id.*, par. 54 : « the natural consequence of an act of rape is the fact of rape – it is not necessary that the accused appreciate or be sensible beyond the fact that his action will result in the *actus reus*. »; *R. c. Schwartz*, [1977] 1 RCS. 673, par. 46; *R. c. Landry*, [1991] 1 RCS 99, par. 24; *Kjeldsen c. La Reine*, [1981] 2 RCS 617, par. 8.

<sup>122</sup> *R. v. Simpson*, [1977] 35 C.C.C. (2d) 337 (Ont. A.C.), p. 14; *R. c. Kjeldsen*, préc., note 121, par. 11; *R. c. Landry*, préc., note 121, par. 24.

<sup>123</sup> *Rapport de la Commission royale sur la défense d'aliénation mentale en matière criminelle*, Canada, Imprimeur de la Reine, 1956, p. 12; *R. c. Barnier*, [1980] 1 R.C.S. 1124, par. 15. La faculté de juger, en principe, devrait comprendre la possibilité pour la personne d'« apprécier » les différentes dimensions de son acte.

<sup>124</sup> Hugues PARENT, *Traité de droit criminel*, 5e édition, t.1 « L'imputabilité et les moyens de défense », Montréal, Éditions Thémis, 2019, p. 132-133.

<sup>125</sup> L'institution pénale ne semble donc pas avoir retenu l'interprétation proposée par le juge Dickson selon qui la responsabilité criminelle nécessitait la « conscience émotionnelle » des conséquences de ses actes, *Cooper c. R.*, [1980] 1 R.C.S. 1149, p. 1160 et 1161, selon H. PARENT, préc., note 124, p. 132. Pourtant, dans une allocution datant de 2006 la juge McLachlin reprend cette interprétation, cf. « La médecine et le droit : les défis de la maladie mentale », Lecture on Law, Medicine and Ethics, Université de l'Alberta et Université de Calgary, disponible en ligne : <https://www.scc-csc.ca/judges-juges/spe-dis/bm-2005-02-17-fra.aspx?pedisable=true#fnb13-ref>. Cette interprétation était d'ailleurs plus fidèle à celle donnée dans le *Rapport de la Commission royale sur la défense d'aliénation mentale en matière criminelle*, préc., note 123.

perception, une capacité de percevoir les conséquences, les répercussions et les résultats d'un acte matériel »<sup>126</sup>.

**(2) Savoir que l'acte est mauvais et appliquer rationnellement cette connaissance aux circonstances.** En exigeant par ailleurs que la personne soit en mesure de savoir que son acte est « mauvais », donc de distinguer le bien du mal, le cadre d'analyse du moyen de défense semble passer du domaine purement cognitif et intellectuel au domaine du discernement moral<sup>127</sup>. En effet, il a été jugé que la personne doit être en mesure, non pas simplement de reconnaître l'illégalité de son geste, mais de se référer à ce qui « est moralement répréhensible dans les circonstances, selon les normes morales de la société »<sup>128</sup>, à ce qui serait « moralement réprouvé *par des membres raisonnables* de la société »<sup>129</sup>, en somme, à ce qu'en penserait la « personne ordinaire »<sup>130</sup>. À première vue, l'évaluation semble comporter une dimension relationnelle ou interpersonnelle; elle semble porter sur la pérennité et la qualité du développement moral, sur le fonctionnement ordinaire des différentes composantes nécessaires au discernement moral, ce qui devrait inclure une empathie cognitive fonctionnelle ainsi qu'une capacité d'intuitionner les états mentaux d'autrui et les normes sociales.

En raison de l'incapacité de la personne autiste de se référer aux états mentaux d'autrui (*mindblindness* ou déficits dans la *Theory of mind*) et d'intuitionner, seule, les normes sociales et morales, ce volet de la défense semble être plus réceptif aux développements cliniques entourant le TSA. Compte tenu de la grande difficulté pour l'autiste de se référer intuitivement aux normes sociales et d'adapter rapidement sa conduite aux différents contextes, nous pensons, comme certains auteurs, que le deuxième volet de la défense pourrait éventuellement incorporer le TSA à l'intérieur du verdict spécial<sup>131</sup>. Au soutien de cette idée que le déficit d'empathie cognitive de

---

<sup>126</sup> *Cooper c. R.*, préc., note 125, p. 1162. *R. c. Chaulk*, préc., note 59, par. 25; *R. c. Abbey*, préc., note 121, par. 15.

<sup>127</sup> H. PARENT, préc., note 124, p. 134, 136-138.

<sup>128</sup> *R. c. Chaulk*, préc., note 59, par. 97 et 99.

<sup>129</sup> *R. c. Ratti*, 1991 CanLII 112 (CSC), p. 80

<sup>130</sup> *R. c. Oommen*, préc., note 113, par. 30; *R. c. Capano*, 2014 ONCA 599, par. 56; *R. v. Woodward*, 2009 ONCA 911, par. 5.

<sup>131</sup> Nachum KATZ et Zvi ZEMISHALNY, préc., note 65, p. 166 : « People with AS are unable to perceive other people's needs, desires or distress due to their inability to interpret correctly other people's behavior. There is no understanding whatsoever on the AS subjects' part of the implications and repercussions of their actions. (...) As with most AS patients, in the cases presented above, the subjects are not in a psychotic state and their cognitive abilities are within the normal range. Still, we claim that they are not criminally responsible for their actions and cannot stand trial. The cases discussed above demonstrate that the behavior stems directly from the disorder and that it is the disorder that

l'accusé autiste est susceptible de l'exonérer, nous référons aux écrits du professeur Éric Colvin cités avec approbation par la Cour Suprême dans l'arrêt *Chaulk* : « la faculté de discernement englobe certainement la capacité de comprendre ce que les autres penseront de la violation d'une règle et quelle sera leur réaction »<sup>132</sup>. Chez plusieurs autistes, on dénote justement que leur première réaction face à leur mise en accusation ou leur arrestation est caractérisée par un sentiment de « surprise », démontrant ainsi leur naïveté sociale, leur incapacité à pressentir la réaction sociale face à leurs actes, leur croyance que leurs actes sont justifiés et leur mauvaise appréciation de la gravité de ceux-ci, voire de leur immoralité ou de leur illégalité<sup>133</sup>.

Les découvertes cliniques entourant l'autisme sont d'autant plus pertinentes ici que la Cour Suprême dans *R. c. Oommen* a légèrement élargi la défense de troubles mentaux (du moins, lui a conféré une nouvelle portée) en exigeant que la personne ait non seulement la capacité intellectuelle de distinguer le bien du mal, mais soit en mesure de faire un choix rationnel et « d'appliquer rationnellement » ses connaissances morales au contexte particulier dans lequel elle se trouve pour être trouvée responsable<sup>134</sup>. L'évaluation ne porterait pas sur la « capacité générale de distinguer le

---

causes these people to act in such a destructive manner and with such lack of judgement. It is especially in the social sense that their judgement is deficient to a degree that inhibits their ability to understand that what they were doing was wrong. »; O.P. O'SULLIVAN, préc., note 47, p. 336; J. BARRY-WALSH et P. MULLEN, préc., note 64, p. 104 : « If social conventions and connectedness are opaque to them how can they authentically appreciate that their actions are morally wrong (as opposed to a concrete understanding that certain behavior may provoke a predictable and unpleasant response from others)? »; Daniel C. MURRIE, Janet I. WARREN, Marianne KRISTIANSSON et Park E. DIETZ, « Aspergers Syndrome in Forensic Settings », (2002) 1 *Int'l J. Of Forensic Mental Health* 59, p. 67 expliquent même que le syndrome d'Asperger pourrait être inclut dans le 1<sup>er</sup> volet si l'expert est en mesure de démontrer en quoi le trouble peut s'apparenter aux distorsions psychotiques puisque celui-ci le prive d'une connaissance des conséquences interpersonnelles de ses actes : « These deficits in empathy—or, perhaps more precisely, deficits in the ability to perceive the interpersonal impact of one's behavior—could theoretically distort a patient's understanding of the nature and consequences of his actions in much the same way that certain delusional beliefs could. On the other hand, the absence of concurrent psychotic features in the Asperger's patient tends to suggest unimpaired personal (and therefore criminal) responsibility. That is, in legal contexts the personal deficits central to Asperger's Syndrome would probably be interpreted and handled more like the perceptual and interpersonal distortions intrinsic to personality disorders than like the distortions intrinsic to psychosis »

<sup>132</sup> *R. c. Chaulk*, préc., note 59, par. 100 citant Éric COLVIN, *Principles of Criminal Law*, Toronto, Carswells, 1986, p. 253 et 255 (traduction de la Cour suprême).

<sup>133</sup> Rachel LOFTIN, « Sexual offending and ASD », dans Fred R. VOLKMAR, Rachel LOFTIN, Alexander WESTPHAL et Marc WOODBURY-SMITH (dir.), *Handbook of Autism Spectrum Disorder and the Law*, Springer, 2021, p. 263; M. MAHONEY, « Defending Men with Autism Accused of Online Sexual Offenses », dans Fred R. VOLKMAR, Rachel LOFTIN, Alexander WESTPHAL et Marc WOODBURY-SMITH (dir.), *Handbook of Autism Spectrum Disorder and the Law*, Springer, 2021, p. 293 : « Blind to the social implications of these encounters, and to the complete difference their age makes, they are often astonished at how seriously wrong their behavior is viewed. »; J.B BARRY-WALSH et P. MULLEN, préc., note 64, p. 105; O.P O'SULLIVAN, préc., note 47, p. 336

<sup>134</sup> *R. c. Oommen*, préc., note 113, par. 21; H. PARENT, préc., note 124, p. 138; *R. v. Chheng*, 2021 ONCJ 248, par. 29 : « Post-Oommen, the Supreme Court of Canada has had the opportunity, if they wished, to reconsider, redefine, or even

bien du mal » dans l'absolu, mais bien sur la capacité « de savoir qu'un acte donné était mauvais dans les circonstances »<sup>135</sup>. On requiert dès lors une certaine capacité d'adaptation en fonction des circonstances. De cette manière, la Cour suprême semble également avoir incorporé la nécessité que l'accusé soit en mesure de « raisonner » avec un « certain degré de bon sens et de calme » permettant d'adapter sa conduite pour pouvoir être tenu responsable<sup>136</sup>. Compte tenu de sa difficulté d'adaptation aux nouveaux contextes, de son impulsivité et de sa désorganisation mentale lorsque la personne autiste est submergée sensoriellement par son environnement, par son anxiété (phénomène de « meltdown autistique »), lorsque l'on interrompt sa routine ou lorsqu'elle est soudainement privée de son objet d'intérêt<sup>137</sup>, nous pensons qu'elle pourrait certainement bénéficier de cette nouvelle ouverture.

Cependant, comme nous le verrons, ces possibles ouvertures aux déterminismes sociaux et émotionnels de l'accusé autiste ont été refermées, en partie, en 2021 par la Cour supérieure de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Minassian*<sup>138</sup>. Selon cette Cour, la nouvelle portée du deuxième volet de l'art. 16 *C.cr.*, une fois légèrement élargie par la Cour suprême dans l'arrêt *Oommen*, doit être sauvegardée, mais se révèle tout de même plus restreinte que nous aurions pu l'espérer. En effet, si dans l'arrêt *Oommen*, la juge en chef McLachlin a légèrement élargi la portée du deuxième volet de la défense de NRCTM, la Cour supérieure de l'Ontario explique qu'il ne faut pas se méprendre sur l'intention de la Cour suprême. Même avec les élargissements prévus par la juge en chef, celle-ci a tout de même explicitement fermé la porte à une reconnaissance des déterminismes de nature

---

remove “rational choice” or the “capacity for rational perception”, and did not do so. If anything, the Court has taken the opportunity to entrench the capacity for reason or rational choice into the criminal responsibility assessment. »

<sup>135</sup> *R. c. Oommen*, préc., note 113, par. 21.

<sup>136</sup> *Id.*, par. 21, 27 et 28 reprenant *Stapleton c. The Queen* (1952), 86 C.L.R. 358 (H. C. Austr.) et de *R. c. Porter* (1933), 55 C.L.R. 182 (H.C. Austr.). Toujours appliqué aujourd'hui dans *R. c. Morrow*, 2008 NBCP 4, par. 105 et *R. v. Maan*, 2018, BCSC 2414, par. 149.

<sup>137</sup> I. FRECKELTON et D. LIST, préc., note 79, p. 31; Deborah LIPSKY, *From anxiety to meltdown: How individuals on the autism spectrum deal with anxiety, experience meltdowns, manifest tantrums, and how you can intervene effectively*, London, Jessica Kingsley Publishers, 2011; C. S. ALLELY, *Autism Spectrum Disorder in the Criminal Justice System: A Guide to Understanding Suspects, Defendants and Offenders with Autism*, préc., note 31, p. 54; Maureen BEENIE, « Tantrum vs Autistic Meltdown: What Is The Difference? », (2016) Blogue sur Autism Awareness Centre Inc., en ligne : <https://autismawarenesscentre.com/what-is-the-difference-between-a-tantrum-and-an-autistic-meltdown/> ; T. ATTWOOD, préc., note 46, p. 130 et 234; La personne autiste peut réagir impulsivement lorsqu'on brise sa routine ou on la prive de son objet d'intérêt : C.M. BERRYESSA, préc., note 63, p. 849 : « Finally, those with ASD commonly exhibit repetitive or systematic behaviors, including rituals with unusual focuses, to reduce anxiety by enhancing predictability and routine. Such behaviors may lead to offending however, when such behaviors or routines are disrupted—as individuals with ASD may exhibit reactive aggression when they are unable to complete their rituals. »

<sup>138</sup> *R. v. Minassian*, préc., note 10.

émotionnelle tels que ceux vécus par la personne atteinte de psychopathie : « Cela est différent du cas du psychopathe ou de la personne dont le code de conduite morale s'écarte de la norme. Dans ce cas, une personne est capable de savoir que ses actes sont mauvais aux yeux de la société, mais elle choisit néanmoins de les accomplir. »<sup>139</sup> Cependant, comme nous l'avons vu dans la sous-partie I. 4.2., la nature des déficits émotionnels et empathiques de la personne autiste se distingue radicalement de celle de la personne psychopathique. Rappelons brièvement que les déficits empathiques de la personne autiste sont « cognitifs », c'est-à-dire qu'elle n'est pas en mesure de capter, de se représenter adéquatement, de prévoir les états mentaux d'autrui et de les comprendre comme différents des siens, alors que ceux de la personne psychopathique sont des déficits dans l'empathie « émotionnelle », c'est-à-dire qu'elle n'est pas en mesure de donner de la valeur aux émotions et à la détresse d'autrui qu'elle capte pourtant. L'état actuel du droit, en refusant de faire ce *distinguishing* important, en reprenant pour les autistes les motifs d'exclusion au verdict spécial utilisés pour les psychopathes, amalgame finalement maladroitement et grossièrement les deux en les traitant comme s'ils « savaient », au même titre, que leur acte était mauvais, comme s'ils étaient tout autant coupables<sup>140</sup>. Une distinction s'impose pour pouvoir assurer l'autorité morale, la légitimité et la cohérence des discours de l'institution pénale.

Il reste qu'actuellement, le deuxième volet, même élargi, se rapporterait encore et toujours à une analyse *stricte* et minimale de la « rationalité » de l'individu, à sa cognitivité, et non aux principales composantes cruciales au raisonnement moral. Autrement, l'analyse devrait nécessairement prendre en compte le fonctionnement de l'empathie puisqu'il s'agit d'une faculté non négligeable d'un fonctionnement adéquat de la raison<sup>141</sup>. L'évaluation du discernement moral de l'accusé atteint de troubles mentaux, proposée par le deuxième volet, se fait sans égard aux déficits de nature empathique, à l'impact de ces déficits sur la qualité de son raisonnement, sur son développement

---

<sup>139</sup> R. c. *Oommen*, préc., note 113, par. 32.

<sup>140</sup> R. v. *Minassian*, préc., note 10, par. 37, comme l'explique un expert psychiatre dans l'affaire *Minassian* : « unlike psychopathy, the empathy deficits experienced by people with ASD are actually caused by the disorder : they lack the capacity to have empathy. Psychopaths have the capacity to understand the emotions of others, but typically either ignore those emotions, or manipulate them for their own advantage. » Premièrement, l'explication ici est problématique puisque, comme nous l'avons vu, les personnes autistes ont la capacité d'avoir de l'empathie, mais sont incapables de se représenter intuitivement les états mentaux d'autrui. Deuxièmement, même si la juge tente de faire un certain *distinguishing*, au final, la juge Molloy semble reprendre les mêmes motifs qui justifiaient l'exclusion des psychopathes pour exclure les personnes autistes du verdict spécial.

<sup>141</sup> K. MOUSTAPHA, préc., note 68; A. DAMASIO, préc., note 68. Comme nous l'indiquent ces auteurs, l'amygdale (régulation et traitement des émotions, système interne de récompense) participe grandement au processus de décision rationnelle.

moral et sur sa capacité à respecter les normes sociales et légales de la société. Ici, la seule et « véritable question [, comme nous le rappelle la juge McLachlin,] est plutôt de savoir si l'accusé devrait être exonéré de toute responsabilité criminelle parce que les troubles mentaux dont il souffrait au moment de l'acte l'*empêchaient* de juger de façon *rationnelle* et donc de faire un choix *rationnel* quant au caractère bon ou mauvais de l'acte. »<sup>142</sup> L'évaluation du discernement « moral » s'effectue une fois de plus sur le terrain de la « raison » au sens strict, de la cognition perceptive et de l'intelligence minimale (la maladie doit « empêcher » tout discernement). Contrairement aux dires du juge minoritaire Dickson<sup>143</sup> dans l'arrêt *Schwartz*, mais dont l'opinion sera reprise en partie par la majorité dans les arrêts *Chaulk* et *Oommen*, il n'est pas nécessaire, en réalité, d'« examiner *en profondeur* le processus mental de l'accusé, sa cohérence, sa logique, sa faculté de raisonner » afin de déterminer sa capacité réelle « de faire un choix moral »<sup>144</sup>. Le test du deuxième volet semble n'avoir retenu que la nécessité d'évaluer, assez superficiellement, la « faculté cognitive »<sup>145</sup> ou la « capacité intellectuelle »<sup>146</sup> prise isolément. Ce n'est pas l'« entièreté » du processus mental qui fait l'objet de l'examen puisqu'il n'est pas nécessaire d'évaluer la qualité du raisonnement, sa cohérence interne, ainsi que l'interaction plus profonde de la cognition avec les autres composantes du raisonnement humain comme la cognition sociale ou le sens de l'empathie pour pouvoir imputer un crime à un accusé atteint de troubles mentaux.

C'est notamment pour ces raisons que la juge Molloy de la Cour supérieure de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Minassian* a rejeté, en 2021, le syndrome d'Asperger comme étant une cause exonératrice de responsabilité pour les meurtres commis par cet accusé. Nous reviendrons plus en détail sur ces développements, mais il convient de faire la précision suivante aux fins de notre exposé sur l'art. 16 *C.cr.* La juge Molloy rappelle que le test exigé ici, même une fois élargi par la juge en chef McLachlin, ne requiert pas, comme c'est le cas lors du premier volet, une faculté aussi substantielle que celle de « juger » (« appreciating »), mais requiert uniquement, et plus superficiellement, la *simple connaissance* (« know »<sup>147</sup>) ou la *conscience* (« aware of something »<sup>148</sup>) du caractère

---

<sup>142</sup> *R. c. Oommen*, préc., note 113, par. 30 (nos italiques).

<sup>143</sup> *R. c. Schwartz*, préc., note 121, qui deviendra plus tard la majorité dans *R. c. Chaulk*, préc., note 59.

<sup>144</sup> *R. c. Schwartz*, préc., note 121, par. 6 (nos italiques); *R. c. Capano*, préc., note 130, par. 56

<sup>145</sup> *R. c. Abbey*, préc., note 121, par. 24.

<sup>146</sup> *R. c. Oommen*, préc., note 113, par. 21.

<sup>147</sup> *R. c. Abbey*, préc., note 121, par. 24.

<sup>148</sup> *R. v. Sigsworth*, 2020 BCSC 175, par. 56.

mauvais de l'acte : « In addition of the requirement for rational decision-making does not import into the second branch the degree of insight and understanding that would be required to constitute “appreciating” moral wrongfulness. “Knowing” is a lower standard than “appreciating.” »<sup>149</sup> Le deuxième volet, même légèrement élargi, repose donc, selon la juge Molloy, sur un « seuil de rationalité » *minimal* (« the threshold of rationality »<sup>150</sup>), sur la cognition perceptive sans égard à la cognition sociale ou l'empathie cognitive. Nous sommes donc bien loin de l'« évaluation en profondeur » du discernement moral et de ses composantes proposée par le juge Dickson dans l'arrêt *Schwartz* en 1977<sup>151</sup>. Si la Cour Suprême dans les arrêts *Chaulk* et *Oommen* a bel et bien repris et avalisé le critère de « discernement moral » proposé par le juge Dickson, elle l'a édulcoré pour n'en conserver qu'une évaluation *superficielle* du fonctionnement *minimal* de la raison. Même si la juge McLachlin de la Cour suprême reconnaîtra dans l'arrêt *Oommen* que « l'incapacité de faire un choix rationnel peut découler de toute une gamme de troubles mentaux »<sup>152</sup>, au final, seule les troubles psychotiques semblent pouvoir exonérer un accusé puisque la jurisprudence assimile l'« incapacité de savoir qu'un acte est mauvais » avec la présence de perceptions altérées de la réalité physique et matérielle ou d'idées délirantes en amont du raisonnement, susceptibles de venir corrompre ou d'interférer intensément avec le cadre de référence moral<sup>153</sup>.

Pour toutes ces raisons, nous partageons la conclusion de la thèse doctorale du chercheur Ugo Gilbert Tremblay<sup>154</sup> à l'effet que le test de l'art. 16 *C.cr.* ne constituerait ni une « évaluation en profondeur » de la capacité de choix moral, ni un test visant à s'assurer de la présence du libre arbitre, ni une étude du fonctionnement complexe de la raison et de son interaction avec ses différentes composantes, comme l'empathie ou la cognition sociale. Il ne constitue pas non plus une évaluation du contrôle réel de l'individu sur sa volonté, mais plutôt une simple vérification de la rationalité *minimale* ou *apparente* de ce dernier, de la suffisance de son intelligence et de

---

<sup>149</sup> *R. v. Minassian*, préc., note 10, par. 232.

<sup>150</sup> *Id.*, par. 243.

<sup>151</sup> Rappelons que pour le juge Dickson, le premier volet de la défense devait également s'intéresser aux troubles privant une personne de la « conscience émotionnelle », de la capacité de prévoir les conséquences émotionnelles de ses actes, *Cooper c. La Reine*, préc., note, p. 1160. Actuellement, aucun des deux volets ne prend en compte les déterminismes de nature émotionnelle.

<sup>152</sup> *R. c. Oommen*, préc., note 113, par. 26.

<sup>153</sup> *Id.*, par. 10 et 26; *R. c. Szostak*, 2012 ONCA 503, par. 57; *R. v. Sigsworth*, préc., note 148, par. 62-63.

<sup>154</sup> U.G. TREMBLAY, préc., note 114.

l'intensité de sa maladie, voire de son côté spectaculaire<sup>155</sup>. On assimile généralement un individu capable de raisonner *minimalement* à quelqu'un qui est en mesure de « choisir » entre le bien et le mal. En pratique, on peut donc dire que le test de l'art. 16 *C.cr.* vise essentiellement à déterminer si l'individu souffrait ou ne souffrait pas de schizophrénie paranoïde ou d'une maladie comportant un symptôme psychotique semblable ou d'une même intensité au moment de l'acte criminel de manière à le déresponsabiliser pénalement<sup>156</sup>.

Selon notre analyse de la jurisprudence, il semble en effet que seuls les troubles psychotiques, dissociatifs ou délirants, donc qui ont un impact cognitif *total* et dissociatif avec la réalité physique, sont à même de rompre le lien d'imputabilité. Un consensus doctrinal<sup>157</sup> et statistique<sup>158</sup> s'accorde

---

<sup>155</sup> *Id.*, p. 184 : « Tandis qu'on a vu que la conception matérialiste de l'acte volontaire ne tient compte que de la conscience, fût-ce la plus fragmentaire, et de la volonté au sens purement moteur, la conception intellectualiste accorde pour sa part une place centrale à l'intelligence humaine, au contexte délibératif dans lequel la prise de décision prend forme, à la rationalité de l'individu agissant ainsi qu'aux facteurs externes qui peuvent exercer une pression sur cette rationalité. »; *Id.*, p. 190 : « Pour être plus précis, l'autonomie se présente comme un prolongement de la rationalité, c'est-à-dire comme une émanation de cette dernière qui n'a pas de signification propre. Est autonome, de ce point de vue, toute personne minimalement capable de comprendre ce qu'elle fait et de savoir que ce qu'elle fait est mauvais. (...) Tout indique en fait que le simple constat de la capacité de raisonner permet de déduire, le plus souvent sans vérification supplémentaire, l'existence de la capacité de choisir. Une personne rationnelle, dont l'intelligence serait suffisamment développée et non affectée par une maladie mentale grave, ne pourrait en ce sens se prétendre privée d'autonomie (...); *Id.*, p. 191 : « (...) ce n'est pas d'abord sous l'angle de la volonté, de la liberté ou de l'autonomie qu'un accusé pourrait se prévaloir de la défense d'aliénation mentale, mais bien en raison de l'incidence disproportionnée de ce trouble sur son discernement et sa capacité de raisonner normalement. (...) La véritable préoccupation n'est pas de nature volitive (relative au pouvoir de la volonté), mais cognitive. »; *Id.*, p. 213 : « Ce qui importe pour le droit, ce n'est donc pas la question de savoir si un individu pouvait vraiment choisir ses désirs que s'il avait la capacité de savoir que le fait de s'abandonner à ceux-ci entraînerait des conséquences sur le plan pénal. »; *Id.*, p. 196 : « Il suffira que l'homme en question ait pu savoir, ne serait-ce que confusément, que son devoir légal et moral était de ne pas succomber à de telles pulsions pour que celles-ci se vident de tout potentiel exonératoire. »

<sup>156</sup> *Id.*, p. 198, 201 et 204.

<sup>157</sup> B. BERGER, préc., note 101, p. 123 : « These various features of the doctrine yield a defence that is chiefly concerned with a narrow band of mental disorders; indeed, the defence is shaped in such a way as to be most responsive to and largely focused on extreme forms of paranoid schizophrenia that involve powerful delusions. »; H. PARENT, préc., note 124, p. 151-152.

<sup>158</sup> A.G. CROCKER et al. « The National Trajectory Project of Individuals Found not Criminally Responsible on Account of Mental Disorder in Canada: Part 2: the People Behind the Label », (2015) 60-3 *Canadian Journal of Psychiatry* 106. Selon cette étude, 70.9% appartiennent à un trouble du spectre des troubles psychotiques, l'autre grande proportion (23.2%) appartient à un trouble du spectre de l'humeur. 57.6% ressentent soit un symptôme psychotique, des hallucinations ou des "delusions"; l'autre grande proportion (23.1%) était dans un état semblable induit par un abus de substances toxiques; Jeff LATIMER et Austin LAWRENCE, « Les systèmes de commissions d'examen au Canada : Survol des résultats de l'étude de la collecte de données sur les accusés atteints de troubles mentaux », *Rapport préparé pour le ministère de la Justice du Canada*, 2006; Michael GULAYETS, « Exploring Differences between Successful and Unsuccessful Mental Disorder Defences », (2016) 58-2 *Canadian J Criminology & Crim Just* 161, p. 183 : « This study shows that the prevalence of psychosis is significantly higher in individuals found NCRMD than in those who raise the mental disorder defence and are found guilty. Of individuals found NCRMD, over 90% had received a previous diagnosis of psychosis, and over 80% had received a diagnosis of psychosis for the index offence. Legal criteria do not restrict an insanity verdict to those with a psychotic disorder; however, these results suggest that nearly all individuals who are successful in the defence have or have had a diagnosis of psychosis. Complicating the matter

pour dire que la quasi-totalité des troubles mentaux pouvant correspondre aux critères élevés de l'art. 16 *C.cr.* sont de nature psychotique. Ils sont liés à la schizophrénie ou à des troubles affectifs ou schizo-affectifs atteignant le degré d'intensité de la schizophrénie. Ces troubles peuvent être liés ou non à l'abus de substances intoxicantes. Nous référerons dans ce mémoire à ces troubles comme étant des « troubles de nature psychotique ou dissociatifs » en raison de leur intensité et de leur capacité disruptive avec la réalité physique, sensorielle et matérielle. Malgré les nombreuses références des juges aux notions de « libre-arbitre », de « choix », de « volonté » ou de « raison », toute une panoplie de déterminismes importants de nature émotionnelle, sociale, morale, développementale ou volitive sont ignorés et niés par le test de l'art. 16 *C.cr.*, notamment la psychopathie, le syndrome d'alcoolisme fœtal ou les TSA<sup>159</sup>. La doctrine de la responsabilité criminelle n'offre donc pas de porte de sortie adéquate aux accusés atteints de troubles mentaux non psychotiques comme en témoigne actuellement leur surreprésentation dans les interventions de l'institution pénale :

« Les données publiées portant sur les 10 dernières années brossent un tableau consternant, montrant que pas moins de 28 % des détenus dans les établissements carcéraux canadiens souffrent d'une forme notable de trouble du spectre de l'alcoolisation fœtale (comparativement à environ 1 % dans la population générale), que les personnes ayant des démêlés avec le système de justice pénale présentent une incidence sensiblement plus élevée du syndrome d'Asperger que l'ensemble de la population, et que jusqu'à 35 % des détenus de la population carcérale sont affligés d'une forme grave de trouble de la personnalité antisociale. »<sup>160</sup>

Compte tenu de la surcriminalisation actuelle des personnes atteintes de troubles mentaux, nous pouvons conclure que l'institution pénale n'a pas été freinée dans ses élans répressifs par les doutes sérieux adressés par la science à la notion de libre arbitre et aux pouvoirs de la raison. C'est donc

---

is the finding by Rogers et al. (1988) that many forensic professionals mistakenly believe that a number of non-psychotic disorders are excluded from the insanity defence. This may explain the observation in the present study that the psychiatrist was more likely to make an ultimate issue recommendation to the court when the accused had a history of or a current diagnosis of psychosis. The ubiquity of a diagnosis of psychosis is consistent with previous studies and is not unexpected, considering the gravity of the NCRMD verdict. The mental disorder defence is intended for only the most severe psychiatric conditions, of which psychosis is one, if not the most severe. »

<sup>159</sup> B. BERGER, préc., note 101, p. 126-131. Pour plus de détails sur le traitement réservé aux personnes atteintes de psychopathie dans la jurisprudence canadienne, voir K. MOUSTAPHA, préc., note 68.

<sup>160</sup> Benjamin L. BERGER, « Réforme des objectifs et principes de détermination de la peine : document de réflexion », Division de la recherche et de la statistique, Ministère de la Justice du Canada, 2016, p. 6-7. Voir aussi Moira AIKENHEAD, *Revisions to Canada's Sentencing Regime as a Remedy to the Over-Incarceration of Persons with Mental Disabilities*, Mémoire de maîtrise, Université de Colombie-Britannique, 2014; *R. v. Adamo*, 2013 MBQB 225, par. 145 : « How to provide appropriately for the circumstances of mentally disabled persons in the criminal justice system may be one of its greatest challenges in the years to come. »

dire qu'*autre chose* qu'une démonstration d'un libre arbitre « disjonctif »<sup>161</sup>, c'est-à-dire la faculté permettant à l'individu de se disjoindre de ses déterminismes par la force de la raison, justifie et motive les interventions de l'institution pénale contemporaine. Pour rendre intelligibles les pratiques discursives de cette institution concernant la responsabilité criminelle des personnes atteintes de troubles mentaux, nous ne pouvons nous limiter à l'analyse des notions philosophiques évoquées par les juges. En l'absence d'une possible référence au savoir médical ou aux notions philosophiques, nous chercherons dans la prochaine sous-partie à retrouver l'intelligibilité de ces pratiques discursives concernant la responsabilité criminelle des personnes atteintes de troubles mentaux par l'entremise d'une étude sur la nature *institutionnelle* de la responsabilité criminelle.

## **I. 2.1. La responsabilité criminelle institutionnalisée : rendre intelligibles les pratiques discursives concernant la responsabilité criminelle des accusés atteints de troubles mentaux**

### **I. 2.1.1. La responsabilité criminelle en tant que concept instrumental, fonctionnel et interne au système de vérité de l'institution pénale**

EXTRA ECCLESIAM NULLA SALUS. En dehors de l'institution pénale, point de « responsabilité » pénale. La responsabilité pénale, comme le « salut »<sup>162</sup>, n'a de sens qu'à l'*intérieur* du dogme de l'institution particulière qui la professe. Afin de rendre intelligibles les pratiques de l'institution pénale, y compris ses pratiques discursives, il convient de les replacer dans le contexte qu'offre une compréhension de la fonction propre à cette institution. Les pratiques d'une institution deviendraient en effet intelligibles à la lumière de sa fonction propre : c'est elle qui donnerait un sens – une « orientation » – à ses pratiques<sup>163</sup>. Nous suggérons de nous référer à l'approche, dite

---

<sup>161</sup> U.G. TREMBLAY, préc., note 114, p. 65 : « dès lors que le libre arbitre d'un individu n'est pas l'unique source causale de ses actions, nous ne sommes tout simplement plus en présence du libre arbitre au sens disjonctif du terme, puisque la continuité causale n'est pas rompue. »

<sup>162</sup> Nous faisons ici une lecture laïque de la doctrine dogmatique découlant de l'*Extra ecclesiam Nulla Salus* exprimé par Cyprien de Carthage dans ses lettres : « en dehors de l'Église, il n'y a point de salut ». On retrouve l'idée que le Christ « se fait pierre » à travers l'institution de l'Église dans Cyprien DE CARTHAGE, *L'Unité de l'Église*, Éditions du Cerf, 2006.

<sup>163</sup> Richard DUBÉ, « La fonction du droit criminel moderne : de la protection de la société à la stabilisation des attentes normatives », 82-3 *Droit et société* 659, 2012, p. 676 : « La fonction oriente ainsi les opérations du système et se conçoit par rapport à l'ensemble de ces opérations opérées au sein du système. À travers elle, le système s'autorégule et, ce faisant, s'individualise, se distingue d'autres systèmes présents dans son environnement. » Ce dernier s'inspire du modèle fonctionnaliste de Niklas Luhmann, que nous avons étudié à partir de l'ouvrage de Pierre GUIBENTIF, *Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu : Une génération repense le droit*, Droit et société, vol. 53, LGDJ, Paris, Lextension éditions, p. 81-156 ; « Le droit n'est pas déterminé (...) par une autorité extérieure quelconque, donc ni par l'autorité des textes, ni par celle de la nature, ni par celle de la révélation divine. Mais, bien au contraire, le droit prend son origine dans l'arbitraire de sa propre positivité. La validité du droit tient à son auto-référentialité, c'est-à-dire à l'application d'opérations juridiques au résultat d'autres opérations juridiques. La validité ne peut pas

« institutionnelle » ou « fonctionnelle », adoptée par les professeurs anglais Nicola Lacey et Lindsay Farmer<sup>164</sup>. La professeure Lacey fait ressortir dans ses travaux la nature *institutionnelle* ou *interne* de la notion de responsabilité criminelle. Il faut en comprendre que cette notion se situe à l'*intérieur* d'un système de vérité propre à une institution qui, elle, est orientée vers la réalisation de sa fonction propre<sup>165</sup> :

« Criminal responsibility, in short, is an idea which is located *within* a social practice of criminalization, which itself is necessarily located *within* an institutional framework and structured by the imperatives of legitimation and coordination. Since that framework conditions and shapes the contours of responsibility as an *operational* idea in criminal law and criminal justice, that framework must itself be an object of interest to a descriptive or classificatory theory of criminal responsibility. »<sup>166</sup>

Cette approche institutionnelle permet de faire ressortir la nature *rhétorique*, *opérationnelle* ou *instrumentale* des notions « nébuleuses » et mystificatrices qu'elle utilise pour arriver à ses fins, comme celles du « libre-arbitre », de la « raison », du libre « choix », de « l'intention », du « discernement », de la « délibération » ou de la « volonté »<sup>167</sup>. Sans être simplement descriptives d'une réalité ontologique, métaphysique ou scientifique, ces interventions discursives ont un effet concret souhaité par l'institution pénale pour son bon fonctionnement. Étant dirigées vers une « fin », ces notions ont donc certainement une dimension *stratégique*. Elles sont intrinsèquement *normatives*<sup>168</sup> : dès le départ, elles s'inscrivent dans une logique incriminatrice, elles permettent de

---

s'importer de l'extérieur, elle ne peut être qu'un produit interne du droit », Gunther TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, PUF, 1993, p. 8.

<sup>164</sup> Nicola LACEY, « The Jurisprudence Annual Lecture 2013: Institutionalising Responsibility: Implications for Jurisprudence », (2013) 4-1 Jurisprudence 1; Lindsay FARMER, *Making the Modern Criminal Law*, Oxford University Press, 2016; Nicola LACEY, *In Search of Criminal Responsibility: Ideas, Interests, and Institutions*, Oxford University Press, 2017. Sur les ressemblances entre l'approche de Lacey et de Farmer, *Id.*, p. 23 : « Each of us has sought to produce an institutional account of criminal law which is historically contextualized and which acknowledges the interplay between doctrines of criminal law and the social functions of criminal law in differently ordered societies. »

<sup>165</sup> *Id.*, p. 14 : « Responsibility has distinctive structural roles in legitimating and coordinating patterns and practices of criminalization understood as a form of social regulation. (...) Responsibility has to be understood in the context of more general patterns and practices of criminalization, and as functional to criminal law's role as a system of regulation. »

<sup>166</sup> *Id.*, p. 190. (nos italiques)

<sup>167</sup> C. SAINT-GERMAIN, préc., note 9, p. 217 : « Cette condition de plasticité extrême des vocables pour décrire le fonctionnement de l'esprit génère un sentiment de confiance, l'assurance de la compréhension d'une réalité factuelle partagée. En droit, cette situation engage à sa suite la possibilité pour un tribunal de simplifier l'appréciation d'un comportement à l'immédiate certitude produite par ce dispositif rhétorique. Cette confiance abusive vient de la description du passage dans le monde physique d'un élément psychique constitutif non pas tant de l'intention elle-même que d'une infraction particulière. » Pour une réflexion sur l'apport de la doctrine s'intéressant à la notion de responsabilité morale dans le renforcement de cette logique incriminatrice, voir *Id.*, note de bas de page 619.

<sup>168</sup> N. LACEY, préc., note 164, p. 203 : « As far as variations across practices and institutions is concerned, my suggestion is that, once we let go of the metaphysical fantasy that responsibility just 'is' a certain kind of thing, and think instead of responsibility as a *normative device* — a *matter of construction and ascription* — then we can begin to ask common questions about responsibility across social institutions. » (nos italiques)

« prescrire » une responsabilité individuelle à l'accusé, de faire fonctionner l'institution pénale en lui permettant d'intervenir directement auprès des individus, de conduire l'accusé vers une reconnaissance de sa culpabilité à l'égard de ses actes passés et vers une autoresponsabilisation pour le futur.

Le professeur Farmer, lui aussi, propose une approche fonctionnelle afin de rendre intelligibles les pratiques de l'institution pénale et de rendre compte de la nature institutionnelle ou « interne » de la responsabilité criminelle : « An institutional theory of law argues that law must be understood as a form of institutional normative order. (...) [A]n explanation of the institution requires an account of the relevant rules *set out in the light of the point or end of that institution.* »<sup>169</sup> En somme, pour comprendre comment l'institution pénale en arrive à la conclusion que les personnes atteintes de troubles mentaux non psychotiques possèdent un « libre-arbitre », une « raison » maîtrisée, une capacité de « libre choix » et une « volonté » librement dirigée, malgré leurs déterminismes bien documentés, ces notions devront non seulement être replacées dans leur contexte, mais également être interprétées dans le sillage de la pratique sociale qui leur a donné forme<sup>170</sup>.

Il serait donc périlleux pour le lecteur de s'enliser, comme ces termes pourraient l'amener à le faire, dans les abysses d'une quête métaphysique ou dans une dissection complexe des facultés psychiques de l'être humain. L'institution pénale n'est pas motivée dans ses interventions discursives par une recherche désintéressée de la vérité ontologique de l'être humain, ni par la vérité scientifique du fonctionnement neuropsychique de l'homme : « Bien qu'impartial du point de vue du Tiers, l'engrenage de l'imputabilité ne consiste pas en premier lieu en une recherche désintéressée de la vérité pour elle-même. »<sup>171</sup> Au contraire, comme l'explique le professeur Christian Saint-Germain, l'institution pénale a plutôt pour vocation de développer son propre

---

<sup>169</sup> L. FARMER, préc., note 164, p. 22 (nos italiques). Il attribue cette approche à Neil MACCORMICK, *Institutions of law: an essay in legal theory*, Oxford, Oxford University Press, 2008. L. FARMER, préc., note 164, p. 192 : « (...) how responsibility was conceived and distributed as a means of achieving the changing aims of the criminal law. That is to say, I have tried to open up a different kind of perspective by situating the concept of responsibility in an account of its functions. »

<sup>170</sup> N. LACEY, préc., note 164, p. 203 : « This is a project which, in my view, simply follows through on the insight of modern linguistic philosophy that the analysis of words must be set in the context of their usage, albeit interpreting that insight in the spirit of the Wittgensteinian precept that such analysis must further be set within the context of a social practice or form of life. »

<sup>171</sup> C. SAINT-GERMAIN, préc., note 9, p. 249.

langage conceptuel, *son propre système de vérité*, et de le mettre au service de sa fonction particulière<sup>172</sup>, c'est-à-dire le maintien d'un ordre public d'une certaine nature :

« (...) les éléments conceptuels qui composent ou servent d'outils à l'intelligibilité pénale n'ont pas le caractère de neutralité axiomatique qu'ils pourraient avoir dans la démarche philosophique. Solidaires et coextensifs du concept d'imputabilité, ils ne reposent pas tant sur le désir d'observer des faits, d'aller aux « choses mêmes », comme une certaine phénoménologie pouvait le prétendre, qu'ils ne constituent plutôt l'ensemble des « poids » qu'utilise, dans son expression doctrinale, le système judiciaire pour en arriver à ses fins. »<sup>173</sup>

Il faut donc replacer ses références aux notions associées à l'« intentionnalité » criminelle, comme le « jugement », la « conscience », le « discernement moral », le « choix », le « libre-arbitre » et la « volonté » librement déterminée par la « raison » à l'*intérieur* de la logique incriminatrice du droit pénal : « La qualification des éléments psychiques et leur différenciation n'ont de sens qu'incluses dans un dispositif accusatoire qui ne vise à les clarifier qu'aux fins d'en constituer les engrenages les plus efficaces pour réaliser et convaincre de la rationalité des objectifs rhétoriques de l'imputabilité criminelle. »<sup>174</sup>

On retrouve, dans une certaine mesure, la même intuition chez le professeur Hugues Parent quoique celui-ci s'est davantage intéressé aux assises « morales » de la notion de responsabilité criminelle. Néanmoins, il reconnaît que la « discipline », comprise dans son sens foucauldien<sup>175</sup>, dans laquelle ces notions sont évoquées, risque de leur conférer une signification particulière : « chaque discipline poursuit des objectifs qui procurent une teinte particulière à son analyse du libre arbitre. Il est donc dangereux, à notre avis, de transplanter directement à l'intérieur d'une discipline une vision issue d'un autre champ d'activité. »<sup>176</sup> Le professeur relève ensuite, lui aussi, que

---

<sup>172</sup> Christian SAINT-GERMAIN, « Les leçons de Pierre Legendre sur la casse subjective : nouvelle clinique juridique autour du tiers? », (2011) 41 *R.D.U.S.*, p. 676 : « La vérité en droit n'est pas adéquation au réel, mais fonction : elle sert l'autorité à la manière d'un faire-valoir au théâtre. »

<sup>173</sup> C. SAINT-GERMAIN, préc., note 9, p. 247.

<sup>174</sup> *Id.*, p. 223.

<sup>175</sup> Michel Foucault définit la discipline comme étant la mise en forme et l'organisation d'un savoir, savoir qui a lui-même des capacités *organisatrices*. Il s'agit d'un savoir qui est situé à l'intérieur d'une relation de pouvoir. Tout au long du mémoire nous nous référons à cette idée en évoquant la notion foucauldienne du « discours de type Savoir/Pouvoir ». Le professeur Hugues PARENT, préc., note 120, p. 217-218 se réfère d'ailleurs à Michel FOUCAULT, *L'ordre du discours*, Paris, Gallimard, 1971, p. 10-11 : « Comme l'indique Michel Foucault dans l'un de ses nombreux ouvrages, la production du discours - qu'il soit de nature philosophique, juridique, scientifique, ou autre - est un phénomène qui se trouve à la fois « contrôlé, sélectionné, organisé et redistribué par un certain nombre de procédures qui ont pour rôle d'en conjurer les pouvoirs et les dangers, d'en maîtriser l'événement aléatoire, d'en esquisser la lourde, la redoutable matérialité ». Ces procédures, ces mécanismes de contrôle correspondent, à notre avis, à la finalité que poursuivent les différentes disciplines. »

<sup>176</sup> H. PARENT, préc., note 120, p. 220.

l'intelligibilité de ces pratiques discursives peut leur être rendue par une compréhension de leur fonction propre au sein de la logique d'imputabilité, en raison de leur nature intrinsèquement *fonctionnelle, opérationnelle et instrumentale* : « la construction du discours juridique sur le libre arbitre en droit pénal n'est pas un phénomène aléatoire, mais un processus complexe dont la production est étroitement organisée et orientée par les objectifs auxquels adhère la justice pénale. »<sup>177</sup>

On retrouve la même idée chez le professeur Benjamin Berger. Pour ce dernier, le recours à ces notions de philosophie ou des sciences cognitives peut être comprise non pas par référence à un système de vérité « externe », à d'autres systèmes de pensée, comme ceux qu'on retrouve en philosophie, ou à d'autres instances de pouvoir concurrent, comme l'institution clinique, mais bien par la place qu'ils occupent à l' « interne », à l'intérieur du système de vérité propre à l'institution pénale :

« I suggest that the doctrine [de la NRCTM] serves a rhetorical and symbolic function conceptually distinct from the theoretical concerns that ought to animate a defence of mental disorder. (...) *Its force does not come from its referential quality*; rather, it comes from its *rhetorical and symbolic capacity to structure our response to crime* in a way that *serves certain social functions* untethered to theories of responsibility. »<sup>178</sup>

La responsabilité criminelle ne serait donc pas un concept *extérieur* ou *externe* à l'institution pénale susceptible de l'empêcher de réaliser sa fonction, de contrarier ou d'irriter ses interventions, de limiter les phénomènes de criminalisation à l'instar d'un « contre-pouvoir ». Au contraire, elle se révèle plutôt être un instrument à sa portée, lui permettant de réaliser sa fonction et certaines visées sociales. La notion de responsabilité criminelle permet et, même, facilite la criminalisation et la punition<sup>179</sup>. Plus largement, la responsabilité criminelle est non seulement intrinsèquement liée à la fonction de l'institution pénale, *mais aussi à la manière dont on conçoit et dont on souhaite réaliser l' « ordre » dans la société* :

---

<sup>177</sup> *Id.*, p. 223.

<sup>178</sup> B. BERGER, préc., note 101, p. 136 (nos italiques).

<sup>179</sup> L. FARMER, préc., note 164, p. 164 : « Thus the principle of *mens rea* — that harmful wrongs or wrongful harms consist centrally in culpable conduct — is understood as an independent constraint on state power, a way of establishing the limits of permissible state action through criminal law. However, I will argue the opposite case: that responsibility, by defining the scope of that which is criminalized or what we are responsible for, has been central to the growth of the criminal law in the modern period. This requires that we think about responsibility as something which is not external to law, but which *has shaped the substantive content of the criminal law, and has thus played a role in criminalization which goes far beyond the idea of constraint.* » (nos italiques)

« (...) responsibility is not only a matter of answering to others for our conduct, for this understanding of liability or culpability is dependent on pre-existing expectations about the scope of our duties, roles or relations with respect to others, understandings which are centrally linked to understandings and expectations of civil order. »<sup>180</sup>

Cette idée, fondamentale à la thèse de Lindsay Farmer, est directement inspirée du concept d'« imaginaire social » défendu par le philosophe canadien Charles Taylor<sup>181</sup>. Pour ce dernier, le fonctionnement de l'ordre public est soutenu par un large imaginaire social, qui incorpore les vues d'une société à même de permettre la réalisation de certaines pratiques, de les réaliser en toute légitimité et, plus fondamentalement, de donner un sens à ces pratiques. L'imaginaire social est à la fois *factuel* et *normatif*; il est non seulement constitué de notre compréhension du fonctionnement de l'ordre social, mais également de nos attentes face à celui-ci. Notre conception de la fonction de l'institution pénale, de la nature de l'ordre public qu'elle doit maintenir, ainsi que nos attentes envers elle influencent donc directement ses discours, ses différentes pratiques et ses interventions.

C'est dans cette mesure que nous pensons que, si le droit criminel doit évoluer, les pratiques entourant la responsabilité criminelle sont susceptibles de changer, non seulement à la suite de découvertes cliniques et scientifiques qui se généraliseront au sein des connaissances de la population, mais, comme le préconise Farmer, en réévaluant, à la lumière de ces découvertes, *notre façon de répartir*, entre les sujets de droit pénal responsables au sein de la société, *les responsabilités qui sont de nature pénale*, c'est-à-dire les responsabilités sociales que nous souhaitons renforcées par l'entremise d'une punition, notre manière de *concevoir* l'ordre public que doit maintenir l'institution pénale ainsi que la *façon* de le maintenir.

---

<sup>180</sup> *Id.*, p. 164 (nos italiques)

<sup>181</sup> *Id.*, p. 302 : « The modern idea of criminal law is underpinned by understandings of the kind of society that we live in, the kind of values that are important, and how we ought to live together — what Taylor has called the 'modern social imaginary' »; Charles TAYLOR, « Modern Social Imaginaries », (2002) 14-1 *Public Culture* 91, p. 91 : « The social imaginary is not a set of ideas; rather it is what *enables*, through making sense of, the practices of a society »; *Id.*, p. 106 : (...) the social imaginary is that common understanding that makes *possible* common practices and a widely shared *sense* of legitimacy. »; *Id.* : « I am thinking rather of the ways in which people imagine their social existence, how they fit together with others, how things go on between them and their fellows, the *expectations* that are normally met, and the deeper normative notions and images that underlie these *expectations*. »; *Id.* : « This understanding is both factual and "normative"; that is, we have a sense of *how things usually go*, but this is interwoven with an *idea of how they ought to go*, of what missteps would invalidate the practice. »; Charles TAYLOR, *Modern Social Imaginaries*, Duke University Press, 2003, p. 2 et pp. 23-30.

## I. 2.1.2. La responsabilité criminelle et sa nature quantitative et englobante

### I. 2.1.2.1. De l'intérêt de réaffirmer symboliquement l'hégémonie totale de la loi pénale et des valeurs de responsabilité individuelle par la responsabilisation du plus grand nombre...

Les pratiques discursives concernant la responsabilité criminelle ne chercheraient donc pas à rendre compte d'une ontologie définie par la démarche philosophique ou d'une réalité psychosociale établie et vérifiée par la science. Au-delà de la réalité mécanique décrite par la doctrine clinique et des dilemmes ontologiques en philosophie, la responsabilité criminelle cherche plutôt, comme nous l'avons vu, à rendre compte d'un imaginaire social (compréhension factuelle et attentes normatives d'un certain fonctionnement social) propre à une collectivité donnée. La doctrine entourant la responsabilité criminelle témoignerait plus précisément de ce « compatibilisme pragmatique », cher à tous, qui permet de concilier sentiment de libre arbitre et réalité déterministe; qui reflète la manière dont nous attribuons tous intuitivement le blâme et la responsabilité à autrui en cas de transgression<sup>182</sup>. Le droit d'une société ne refléterait pas la « vérité biologisante » de l'être humain, mais plutôt son adhésion à certains mythes sociaux et culturels qui donnent naissance au sujet de droit et assure sa « filiation » au sein de l'ordre qui l'a produit<sup>183</sup>. C'est en ce sens que Benjamin Berger fait état d'un fondement « antiréaliste » de la défense de NRCTM; une défense qui ne cherche pas à rendre compte de la réalité factuelle de tous les déterminismes<sup>184</sup>. Comme l'explique

---

<sup>182</sup> N. LACEY, préc., note 164, p. 171; U.G. TREMBLAY, préc., note 114, p. 309 : « Il ne serait pas étonnant que la logique juridique porte elle-même la marque de l'asymétrie abstrait/concret [partagée par la population générale] et que les juges aient tendance à se livrer à des affirmations incompatibilistes [c.-à-d. le libre arbitre doit exclure la présence de déterminismes] lorsqu'ils discutent de façon abstraite, mais à des jugements compatibilistes [c.-à-d. le libre arbitre n'est pas exclu par la présence de déterminismes] lorsque vient le temps de se prononcer concrètement sur la responsabilité des hommes. »; *Id.*, p. 306 : « Or s'il est une chose qui ressort avec clarté de l'asymétrie abstrait/concret, c'est bien que le sens commun a tendance, lorsqu'il se trouve confronté à une transgression majeure des normes sociales, à blâmer et à responsabiliser autrui, et ce, même s'il est conscient du déterminisme plus large dans lequel s'inscrit l'action imputée. »; Mireille DELMAS-MARTY, *Les chemins de la répression - Lectures du code pénal*, Paris, Presses universitaires de France, 1980, p. 154-155 : « Qu'il s'agisse d'un groupement criminel ou d'un individu, il faut bien que l'on tienne compte de cette intuition, de ce sentiment de liberté qui existe, et c'est là l'important. Sentiment bien réel, parfois lourd à porter et parfois stimulant, illusion peut-être, mais il n'importe. C'est qui fait que la « faute reste mystérieusement libre et gratuite malgré la prédisposition fautive et le mauvais terrain. »

<sup>183</sup> Concernant la réalité dogmatique du sujet, son rapport au réel qui est principalement symbolique, cf. Christian SAINT-GERMAIN, préc., note 172, p. 677 : « Dans le scénario extrême de la « casse », l'individu n'accéderait à la subjectivité que dans l'après-coup de sa déréliction symbolique. Par exemple, à l'occasion d'un procès concernant un passage à l'acte, *l'ordre juridique, en intimant à un individu de répondre de ses actes, le fait émerger pour la première fois comme sujet.* » *Id.*, à la p. 688 : « Le sujet de droit est ainsi soustrait à toute compréhension biologisante, enchâssé qu'il se trouve avant sa naissance dans la trame d'un ordre symbolique qui le précède, et soumis au texte juridique que chacun, dès son entrée dans la vie sociale, ne saurait ignorer. »

<sup>184</sup> B. BERGER, préc., note 101, p. 136 : « I suggest that the doctrine serves a rhetorical and symbolic function conceptually distinct from the theoretical concerns that ought to animate a defence of mental disorder. In all, I am essentially suggesting an anti-realist account of the defence of NCRMD. »

le professeur Georges Fletcher, le problème de la conciliation entre la critique déterministe et la responsabilité individuelle préconisée par le droit ne peut être résolu que par un appel à la culture, à l'imaginaire social, qui soutient le droit d'une collectivité :

« It is difficult to resolve this issue except by noting that we all blame and criticize others, and in turn subject ourselves to blame and criticism, on the assumption of responsibility for our conduct. In order to defend the criminal law against the determinist critique, we need not introduce freighted terms like "freedom of the will." Nor need we "posit" freedom as though we were developing a geometric system on the basis of axioms. The point is simply that the criminal law should express *the way we live*. Our culture is built on the assumption that, absent valid claims of excuse, we are accountable for what we do. If that cultural *presupposition* should someday prove to be empirically false, there will be far more radical changes in our way of life than those expressed in the criminal law. »<sup>185</sup>

Même son de cloche chez Mireille Delmas-Marty, qui fait état de la nécessité de maintenir une frontière symbolique entre les « fous » et les sujets criminellement responsables, par l'illusion du discours, malgré que ces deux classes puissent être profondément intriquées dans les faits :

« Il demeure aussi que tout criminel manifeste, précisément par son crime, une inadaptation, une incapacité à surmonter les conflits psychiques, et qu'il peut paraître surprenant, en tout cas peu logique, de vouloir faire un tri entre les criminels et les fous. (...) On ressent à première vue, comme excessive et inadmissible une telle interprétation, qui aboutirait en réalité à transformer toute peine en traitement médico-psychologique. Mais pourquoi ? *Sans doute que, presque inconsciemment, l'on veut maintenir l'idée d'une nécessaire responsabilité de celui qui a commis un crime. Mais, en même temps, d'une responsabilité qui ne peut être envisagée par le droit pénal que d'une façon générale et abstraite.* »<sup>186</sup>

C'est donc non seulement par commodité politique<sup>187</sup>, pour permettre à l'institution d'arriver à ses fins, mais aussi pour maintenir un ordre qui reflète notre « imaginaire social »<sup>188</sup>, notre culture, que

---

<sup>185</sup> George P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 801-802 (nos italiques).

<sup>186</sup> Mireille DELMAS-MARTY, préc., note 182, p. 40-41 (nos italiques)

<sup>187</sup> G. FLETCHER, préc., note 185, p. 804-805 : « Hart intimates that it is *ideologically desirable* for the government to treat its citizens as self-actuating, choosing agents. »; Herbert L. PACKER, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford, Stanford University Press, 1968, p. 74-75 : « The idea of free will in relation to conduct is not, in the legal system, a statement of fact, but rather a value preference having very little to do with the metaphysics of determinism or free will (...) Very simply, the law treats man's conduct as autonomous and willed, not because it is, but because it is desirable to proceed as if it were. » On retrouve cette idée chez Friedrich NIETZSCHE, *Crépuscule des idoles*, Henri Albert (trad.) dans « Œuvres », Flammarion, 2011, p. 1061 : « Je ne fais que donner ici la psychologie de cette tendance à vouloir rendre responsable. - Partout où l'on cherche des responsabilités, c'est généralement l'instinct de *punir* et de *juger* qui est à l'oeuvre. On a dégagé le devenir de son innocence lorsque l'on ramène un état de fait quelconque à la volonté, à des intentions, à des actes de responsabilité : la doctrine de la volonté a été principalement inventée à fin de punir, c'est-à-dire *avec l'intention de trouver coupable*. Toute l'ancienne psychologie, la psychologie de la volonté n'existe que par le fait que ses inventeurs, les prêtres, chefs des communautés anciennes, voulurent créer le *droit* d'infliger une peine (...) Les hommes ont été considérés comme "libres", pour pouvoir être jugés et punis - pour pouvoir être coupables » (italiques de l'auteur).

<sup>188</sup> Similairement, selon C. TAYLOR, *Modern Social Imaginaries*, préc., note 181, p. 21, la « naissance » du sujet libéral tel qu'il existe depuis l'époque moderne, c'est-à-dire l'*agent* moral, sociable, libre, égal et rationnel au sein d'un ordre axé sur le bénéfice mutuel des individus (« mutual benefit order »), découle, non seulement d'une « demande » pour la réalisation et la concrétisation de cet ordre idéal et théorique, tel qu'il était imaginé par les théoriciens du 17<sup>e</sup> siècle (Grotius, Locke), mais celui-ci découle également d'un *imaginaire social*, plus large, qui reflète la « compréhension »

l'institution pénale postule que tous les sujets de droit sont investis d'un « libre-arbitre ». Comme l'explique Georges Fletcher, l'argument de type « culturel » et l'argument de type « institutionnel », se rapportant tous deux à la survie même de l'institution pénale et au maintien de l'ordre public tel qu'on l'a toujours conçu depuis le début de la modernité, militent en faveur d'une conception *englobante* de la responsabilité criminelle désintéressée par les multiples déterminismes pouvant accabler le sujet:

« The institutional response to excusing too many people is to counter with surrogate means of *social control*. If society is to *remain safe and orderly*, there are inherent limits on excusing dangerous persons, say, on the ground of social deprivation. If these persons are excused under the criminal law, they will be confined under civil commitment statutes. Of course, this institutional argument does not tell us precisely where to draw the line between those who should be excused and those who should not. But it does highlight the political limits of excusing harmful and dangerous acts *in a society concerned about self-preservation*. »<sup>189</sup>

Cela renvoie à l'idée que l'ordre public, dont le maintien est la fonction propre de l'institution pénale, ne peut être conservé que par la responsabilisation du plus grand nombre, de chacun pris individuellement, ce qui comprend nécessairement des personnes atteintes de troubles mentaux. L'institution pénale admet alors que la personne *doit, plus souvent qu'autrement*, plus souvent que ne le permet la réalité psychosociale, être considérée comme étant responsable criminellement de ses actes. En droit criminel canadien, cette vision *englobante* de la responsabilité prend la forme d'un postulat de libre arbitre, d'une présomption de responsabilité criminelle généralisable à tous les sujets de droit criminel<sup>190</sup> : « Chacun est présumé ne pas avoir été atteint de troubles mentaux de nature à ne pas engager sa responsabilité criminelle »<sup>191</sup>. Cette présomption s'applique à tous les membres de la société, y compris aux personnes ayant reçu un diagnostic en bonne et due forme de trouble mental et à celles qui sont suivies et traitées pour celui-ci. Ces personnes ont la charge de renverser cette présomption par prépondérance des probabilités. Aux fins du maintien de l'ordre

---

que se faisaient ses penseurs de la nature de leur propre agentivité, de l'ordre social dans lequel ils vivaient et de son fonctionnement : « The proponents of the theory [de l'ordre libéral moderne, axé sur le bénéfice mutuel] *already see themselves as agents who, through disengaged, disciplined action, can reform their own lives as well as their larger social order*. They are buffered, disciplined selves. Free agency is central to their self-understanding. The emphasis on rights and the primacy of freedom among them doesn't just stem from the principle that society should exist for the sake of its members; *it also reflects the holders' sense of their own agency and of the situation that agency normatively demands in the world, namely, freedom*. » (nos italiques) Le sujet de droit pénal responsable moderne, tel qu'il a été conçu au 19<sup>e</sup> siècle, découle de cette conception libérale de l'agentivité humaine. Cette conception sert des impératifs concrets visant la réalisation d'un ordre donné, mais reflète aussi l'imaginaire social dominant à une époque donnée.

<sup>189</sup> G. FLETCHER, préc., note 185, p.801-802 (nos italiques).

<sup>190</sup> Cette présomption a été jugée comme enfreignant la présomption d'innocence, mais comme constituant, justement, une limite « raisonnable » pouvant être justifiée dans une société libre et démocratique, donc nécessaire à l'opérationnalisation de la loi criminelle et au fonctionnement de notre société libérale, R. c. *Chaulk*, préc., note 59.

<sup>191</sup> Art. 16(2) C.cr.

public tel qu'on l'a toujours connu, l'imputabilité doit être la règle, l'excuse doit demeurer l'exception : « Compassion [l'excuse offerte par le verdict spécial de NRCTM] is possible only so far as punishment is the norm. Punishing wrongdoing is possible only so far as we have a concept of accountability for wrongdoing. »<sup>192</sup>

Cette conception *englobante* de la responsabilité criminelle, nous la décrivons comme étant essentiellement « quantitative », car elle vise *avant tout* la responsabilisation du *plus grand nombre*. Selon cette conception, seule une intervention auprès des membres de la population, pris individuellement, permet de maintenir l'ordre collectivement souhaité. En théorisant un peu plus loin, nous dirions que la conception *quantitative* de la responsabilité s'oppose à une conception *qualitative* de cette dernière<sup>193</sup>, c'est-à-dire à une doctrine de la responsabilité qui viserait uniquement l'imputabilité des *plus* « mal intentionnés », des *plus* « malicieux », des *plus* « moralement coupables » et non simplement, comme l'exprime le juge Lamer, des personnes qui « possède[nt] un « état d'esprit coupable » *minimum* à l'égard des éléments de l'infraction reprochée. »<sup>194</sup> Si nous devions imaginer le fonctionnement d'une telle institution pénale, nous dirions qu'à défaut de pouvoir intervenir *plus souvent qu'autrement*, l'approche qualitative de la responsabilité criminelle ne lui permettrait d'intervenir que dans des cas rares et exceptionnels, suite à des événements spectaculaires, uniquement en face du « mal incarné ». En prenant en considération une variété de facteurs afin d'évaluer plus sérieusement la responsabilité de l'accusé,

---

<sup>192</sup> G. FLETCHER, préc., note 185, p. 846.

<sup>193</sup> C. SAINT-GERMAIN, préc., note 9, p. 247 : « les « modes de capture » de l'intention ont peu à voir avec la *nature* de celle-ci, mais davantage avec le contrôle des comportements. Prétendant prendre origine dans la fiabilité *descriptive* d'une anthropologie de l'intériorité, de l'intention, du mental et des actes conscients, ces « modes de capture » visent finalement à soumettre l'expression des comportements à une règle rationnelle de prévisibilité et d'acceptabilité depuis les barèmes de la conduite de l'être humain raisonnable. »

<sup>194</sup> R. c. M. (C. A.), [1996] 1 RCS 500, par. 79 : « De fait, je crois fermement que le châtement constitue un principe unificateur important de notre droit pénal en ce qu'il établit un lien conceptuel essentiel entre l'imputation de la responsabilité criminelle et l'application de sanctions pénales. En ce qui concerne l'imputation de la responsabilité criminelle, j'ai conclu à maintes reprises que constitue un principe de « justice fondamentale » visé à l'art. 7 de la *Charte* le principe que la responsabilité criminelle d'un acte ne peut être imputée à l'accusé que si celui-ci possède un « état d'esprit coupable » *minimum* à l'égard des éléments de l'infraction reprochée. Voir *Martineau*, précité, à la p. 645. Voir, au même effet, *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, précité, et R. c. *Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636. C'est cet état d'esprit qui donne naissance à la « culpabilité morale » *justifiant* l'État d'infliger les stigmates et la peine qui se rattachent à une condamnation criminelle. Voir l'arrêt *Martineau*, à la p. 646. Je maintiens que c'est ce même élément de « culpabilité morale » qui anime la détermination de la durée appropriée de la peine qui doit être infligée, en tant que « sanction *juste* », au contrevenant déclaré coupable. » (nos italiques) *Id.*, par. 40 : « En effet, le principe de proportionnalité en matière de punition est fondamentalement lié au principe général de la responsabilité criminelle qui veut qu'on ne puisse imposer de sanction pénale qu'aux contrevenants possédant un état d'esprit moralement coupable. »

notamment ses capacités mentales, ses retards de développement, sa situation sociale, ses difficultés personnelles ou ses facteurs de discrimination systémique, la conception *qualitative* de la responsabilité criminelle se rapprocherait alors de la notion traditionnelle de la responsabilité morale, évoquée pour mesurer la peine<sup>195</sup>. En se rapprochant ainsi de la conception traditionnelle de la responsabilité morale, la responsabilité criminelle aurait alors pour avantage de créer un pont beaucoup plus cohérent entre le verdict de culpabilité et la peine. Elle s'assurerait, en amont, d'écarter de son joug ceux dont il y a lieu de douter de la part de « malice » et ceux dont il y a lieu de douter que de leur punition pourrait émaner un ordre plus *juste* et, ainsi, conférer une plus grande « autorité morale » à la loi. Étant hautement plus permissive dans ses exonérations, cette conception de la responsabilité aurait toutefois peut-être pour désavantage de créer, en l'absence d'une menace pénale généralisée, un plus grand sentiment d'insécurité et de méfiance entre les membres d'une même société.

En comparaison, la conception actuelle de la responsabilité criminelle, *quantitative et englobante*, présente l'avantage d'assurer l'uniformité dans l'application de la loi pénale et de conférer à cette dernière une hégémonie symbolique quasi totale permettant de relever la dimension « commune » de la loi pénale. Cette loi pénale incorpore le seuil comportemental minimal commun à toute une société et cette conception *quantitative* de la responsabilité permet d'éviter les immunités et un trop grand exceptionnalisme : tous sont concernés par la loi criminelle et peuvent faire l'objet d'un châtement. La conception quantitative et englobante permet de renforcer l'idée de responsabilité individuelle afin de maintenir le niveau souhaité de paix sociale et de confiance mutuelle. En ne poursuivant pas exclusivement une mission morale, en visant le plus grand nombre et non seulement les *plus* coupables (le « parfait » vecteur pour exprimer le blâme), la responsabilité criminelle, une fois comprise à travers sa nature *quantitative et englobante*, révèle qu'elle a toujours été, avec plus ou moins de force selon les époques, intéressée par le maintien d'un certain niveau de sécurité, de paix et de confiance au sein de la société. Même si elle a toujours permis le maintien d'un *certain* niveau de sécurité en visant la responsabilisation du plus grand nombre, la responsabilité criminelle dans son sens quantitatif poursuivait tout de même une fonction symbolique; elle cherchait à exprimer le type d'ordre public dans lequel nous souhaitons vivre. Nous observons toutefois ces dernières décennies une perte d'intérêt envers cette fonction

---

<sup>195</sup> Art. 718.1 C.cr.

d'expression symbolique et une insouciance grandissante envers les conséquences qui découlent de la déclaration de responsabilité de la quasi-totalité des accusés atteints de troubles mentaux non psychotiques sur la nature de notre ordre public. Nous observons en effet une intensification, au sein des discours sur la responsabilité criminelle, des motifs pragmatiques associés au renforcement de la sécurité et à la gestion des risques posés par les personnes atteintes de troubles mentaux. Nous nous penchons, dans les prochaines sous-parties, sur ce phénomène.

#### **I. 2.1.2.2. ...vers le simple intérêt d'imposer une peine : discussion sur les conséquences probables de la réitération de notre engagement envers une conception quantitative stricte de la responsabilité criminelle**

Si nous savons que des motifs pragmatiques, principalement institutionnels, symboliques et culturels, justifient la responsabilisation du plus grand nombre, nous en savons très peu pour l'instant sur les motifs particuliers qui ont permis à l'institution pénale de reconnaître certains déterminismes plutôt que d'autres. Pourquoi précisément l'institution pénale excuse-t-elle, encore aujourd'hui, uniquement le psychotique, celui qui a un rapport trouble et apparent avec la réalité physique et matérielle ou qui a un cadre de référence morale désaxé et délirant ? Pourquoi a-t-elle refusé, au cours des dernières décennies, d'exprimer de la compassion envers les psychopathes, les personnes affectées du syndrome d'alcoolisme fœtal et les autistes ? Pourquoi traite-t-elle l'un comme étant dénué de tout libre arbitre et tous les autres comme étant « libres », « doués de raison », « capables d'effectuer des choix » rationnels, et, en somme, criminellement responsables ?

Comme l'explique le professeur Fletcher, « [les arguments institutionnels et culturels, que nous avons vus et qui justifient une conception englobante de la responsabilité,] does not tell us precisely *where* to draw the line between those who should be excused and those who should not. »<sup>196</sup> Pour l'instant, nous savons qu'une frontière doit être tracée pour maintenir symboliquement l'hégémonie de la loi pénale et les valeurs de responsabilité individuelle, mais *l'endroit précis* où la tracer est, et demeure, susceptible de varier dépendamment de notre imaginaire social et de la fonction poursuivie par l'institution pénale à une époque donnée : « The criminal law expresses respect for the autonomy of the sane as much as it shows compassion for the insane. The line between the two *may shift over time*. Our theories of sanity *may change*. *But the line remains*. »<sup>197</sup>

---

<sup>196</sup> G. FLETCHER, préc., note 185, p. 801-802 (notre italique).

<sup>197</sup> *Id.*, p. 846 (nos italiques).

La doctrine de la NRCTM et ses impératifs culturels et institutionnels n'empêchaient donc pas, de prime abord, l'institution pénale de revoir l'endroit précis où tracer cette frontière au moment des nouvelles découvertes cliniques sur l'autisme, le syndrome d'alcoolisme fœtal ou la psychopathie et de leur généralisation au sein de la population. Or, elle a refusé catégoriquement cette possibilité. Elle s'est abstenue de prendre ce « risque » que, pour notre part, nous jugeons pourtant nécessaire afin de conserver une certaine composante axiologique, morale et symbolique à notre ordre public.

Le fait pour l'institution pénale de tenir mordicus à conserver une frontière *stricte*, telle qu'elle existait avant le développement des connaissances cliniques, a fini par conférer une nature particulière à l'« ordre » qu'elle cherche aujourd'hui à maintenir et à l'usage qu'on fait de la déclaration de responsabilité criminelle pour maintenir cet ordre. Cette résistance coûte-que-coûte à tout élargissement de l'excuse de NRCTM — et ce, malgré la mise en place d'un catalogue de crimes préventifs comportant des responsabilités prospectives plus importantes<sup>198</sup> et l'ajout d'un arsenal de peines extensives axées sur le contrôle des risques applicables aux malades mentaux<sup>199</sup> — a fini par transformer radicalement les vertus et la fonction de la déclaration de responsabilité criminelle. Tout se passe dorénavant comme si les facteurs pragmatiques sécuritaires, qui ont toujours existé avec plus ou moins de force pour justifier la responsabilité criminelle, s'étaient substitués *complètement* aux visées morales plus larges traditionnellement poursuivies par la responsabilité criminelle. Dorénavant, l'ordre à maintenir par la déclaration de responsabilité criminelle renvoie davantage à la « société réelle » — qu'il faut protéger de manière effective contre les risques associés aux personnes atteintes de troubles mentaux en les incorporant à l'intérieur de la logique pénale — et renvoie moins à un ordre moral, symbolique, abstrait et dépersonnalisé à maintenir par le renforcement de l'autorité morale de la loi. La responsabilisation des accusés atteints de troubles mentaux par rapport à leurs comportements délictuels est toujours jugée aujourd'hui comme devant prévaloir sur une évaluation réelle de leur capacité à se conformer à la loi pénale et de se dégager de leurs déterminismes, mais la valeur symbolique de cette déclaration de responsabilité nous apparaît aujourd'hui comme étant nulle en raison des nouvelles

---

<sup>198</sup> Nous traiterons de ce nouveau catalogue des crimes dans la sous-partie I.3. Nous pensons entre autres au crime de leurre, aux crimes associés à la pornographie juvénile (possession et accès), au nouveau crime d'agression sexuelle.

<sup>199</sup> Nous traiterons de ce nouvel arsenal dans la Partie II. Nous pensons entre autres aux conditions extensives incluses dans la probation, à l'ordonnance d'emprisonnement dans la collectivité, à l'ordonnance spéciale de l'art. 161 *C.cr.*, à l'ordonnance de surveillance de longue durée, à l'ordonnance d'inscription au registre des délinquants sexuels.

découvertes neuroscientifiques. Selon Christian Saint-Germain, pour l'institution pénale moderne, et cela est évidemment encore plus clair aujourd'hui, « [i]l importe alors bien davantage de défendre la société, de se prémunir contre les individus dangereux, que de punir des coupables. De ce point de vue, le droit criminel canadien demeure tenté par « un projet scientifique de défense sociale » »<sup>200</sup>. Cet engagement sans cesse réitéré au cours des dernières décennies envers une conception quantitative *stricte* de la responsabilité criminelle s'inscrit parfaitement dans le sillage de la fonction sécuritaire poursuivie par l'institution pénale contemporaine que nous analyserons dans la Partie II.

Afin de maintenir une frontière *stricte* entre les sujets de droit responsables et une infime partie d'aliénés, l'institution pénale doit dorénavant redoubler d'efforts pour résister aux contestations particulières fondées sur des troubles mentaux aujourd'hui bien documentés. Il en résulte une *intensification* des stratégies discursives visant à renforcer l'idée du « libre-arbitre » chez les personnes atteintes de troubles mentaux, ce qui peut laisser une impression d'absurdité, d'artificialité et d'indétermination aux lecteurs minimalement renseignés<sup>201</sup>. La doctrine entourant la NRCTM est réitérée, retravaillée, redétaillée, réadaptée et rejustifiée chaque fois qu'une personne atteinte de troubles mentaux, qui bénéficie désormais d'une importante et sérieuse documentation, la conteste en fonction de ses déterminismes particuliers<sup>202</sup>. Pour y arriver, comme « les points de repère sociologiques pour évaluer une conduite fautive répréhensible trouvent moins d'échos dans les sociétés modernes », les experts psychiatres sont de plus en plus appelés « en renfort » par l'institution pénale pour bénéficier de l'« apparente objectivité de [leurs] discours » et pour l'aider à réaliser cet impressionnant contorsionnisme discursif qui vise à « écarter la possibilité qu'un trouble mental particulier ait pu induire un comportement répréhensible »<sup>203</sup>.

---

<sup>200</sup> C. SAINT-GERMAIN, préc., note 9, p. 260.

<sup>201</sup> Nous traitons plus amplement de cette idée dans la conclusion de cette sous-partie ainsi que dans la conclusion de la Partie I.

<sup>202</sup> Nous pensons notamment au fait que chaque trouble mental, maintenant mieux défini par la doctrine clinique, pourrait permettre à chacun de contester la doctrine du NRCTM en fonction de celui-ci. Par conséquent, l'institution pénale devra développer une réponse pour chacune de ces contestations. Elle finira par développer un corpus théorique impressionnant, extensif, hyper-détaillé, permettant de renforcer l'idée d'un libre arbitre chez ces personnes atteintes de troubles mentaux non psychotiques.

<sup>203</sup> C. SAINT-GERMAIN, préc., note 9, p. 260; M. FOUCAULT, *Surveiller et punir – Naissance de la prison*, Paris, Éditions Gallimard, 1975, p. 24 : « L'expertise psychiatrique, mais d'une façon plus générale l'anthropologie criminelle et le ressasant discours de la criminologie trouvent là une de leurs fonctions précises : en inscrivant solennellement les infractions dans le champ des objets susceptibles d'une connaissance scientifique, donner aux mécanismes de la punition légale une prise justifiable non plus simplement sur les infractions, mais sur les individus; non plus sur ce qu'ils ont fait, mais sur ce qu'ils sont, seront, peuvent être. Le supplément d'âme que la justice s'est assuré est en

Compte tenu de la nature *fonctionnelle* et *instrumentale* de la responsabilité criminelle, nous pouvons suspecter que le départage actuel entre « fous » et sujets criminellement responsables répond lui aussi à la fonction de l'institution pénale et, plus précisément, à la nature de l'ordre souhaité à notre époque. Nous nous demandons alors ce que le départage actuel nous révèle sur la nature de l'ordre que l'institution pénale souhaite désormais poursuivre. Puisque l'institution pénale est restée immuable face aux découvertes cliniques récentes et qu'elle s'accroche à la nature « quantitative » de la responsabilité criminelle de manière aussi *stricte*, nous soumettons l'hypothèse que celle-ci met à exécution une politique de tolérance zéro face aux risques associés à l'excuse des personnes atteintes de troubles mentaux. La prochaine sous-partie vise à explorer la manière précise dont l'institution pénale effectue actuellement le départage entre l'accusé atteint de troubles mentaux non criminellement responsable et celui qui devra être tenu responsable afin de vérifier cette hypothèse. Nous pourrions en effet mieux observer la nature spécifique de l'ordre public que cherche aujourd'hui à maintenir l'institution pénale par la déclaration de responsabilité de la quasi-totalité des accusés atteints de troubles mentaux.

### **I. 2.1.3. La responsabilité criminelle des accusés atteints de troubles mentaux en tant que préparation à la peine**

#### **I. 2.1.3.1. Introduction sur la possible réorientation de la responsabilité criminelle : à quoi prépare-t-on l'accusé atteint de troubles mentaux lorsqu'on le déclare criminellement responsable ?**

Nous soutiendrons dans cette sous-partie que les discours entourant la responsabilité criminelle des accusés atteints de troubles mentaux ont aujourd'hui pour fonction de soulever discursivement la capacité de l'accusé atteint de troubles mentaux à supporter la sanction pénale et à être guidé et contrôlé par elle afin de l'aider, à moyen terme, à gérer adéquatement et de manière autonome ses propres facteurs de risque au quotidien. Si la notion générale de responsabilité criminelle comporte bel et bien en théorie une dimension « évaluative » des capacités de la personne, cette évaluation ne semble présenter d'intérêt pour l'institution pénale contemporaine que dans la mesure où elle la renseigne sur la réceptivité de l'accusé aux menaces proférées par l'institution pénale et, plus

---

apparence explicatif et limitatif, il est en fait annexionniste. Depuis 150 ou 200 ans que l'Europe a mis en place ses nouveaux systèmes de pénalité, les juges, peu à peu, mais par un processus qui remonte fort loin, se sont donc mis à juger autre chose que les crimes : l'« âme » des criminels. »

précisément, sur la réceptivité de cet individu face à son éventuelle peine. Elle est davantage intéressée par une évaluation de cette réceptivité pénale qu'envers la capacité réelle de l'individu à se disjoindre de ses déterminismes.

Selon Foucault, l'interaction de plus en plus fréquente entre l'institution pénale et l'institution clinique, donnant lieu aux pratiques discursives entourant la responsabilité criminelle des personnes atteintes de troubles mentaux, aurait pour fonction primaire d'« évaluer » la réceptivité potentielle de l'accusé face à la technologie punitive :

« L'âme du criminel n'est pas invoquée au tribunal aux seules fins d'expliquer son crime, et pour l'introduire comme un élément dans l'assignation juridique des responsabilités; si on la fait venir, avec tant d'emphase, un tel souci de compréhension et une si grande application « scientifique », c'est bien pour la juger, elle, en même temps que le crime, et *pour la prendre en charge dans la punition.* »<sup>204</sup>

Pour rendre intelligibles les pratiques discursives entourant le « libre-arbitre » des personnes atteintes de troubles mentaux, il est donc nécessaire d'effectuer le transfert du registre d'analyse proposé par Hugues Parent *sans négliger de prendre en considération dans l'analyse de la responsabilité criminelle la production finale de l'institution pénale qui est la sanction pénale* : « D'une vision essentiellement philosophique du libre arbitre, nous passons à une vision juridique fondée sur le concept séculaire de la capacité criminelle et *de l'aptitude à supporter la sanction pénale.* »<sup>205</sup> Pour Joël Feinberg, la responsabilité civile ou criminelle peut également se comprendre simplement par cette capacité à être exposé à la conséquence prévue par chacun de ces systèmes de droit : « To be legally responsible for a harm *is to be liable to official punishment* [en droit pénal] or to legal pressure to make pecuniary reparation [en droit civil] »<sup>206</sup>. En ce sens, le départage effectué par la responsabilité criminelle entre les personnes capables de responsabilité et les autres pourrait n'être, dans sa dimension « évaluative », qu'un instrument *préparatoire* permettant d'identifier ceux qui sont minimalement *réceptifs* à être guidés et responsabilisés par la peine « officielle » rendue disponible par l'État à une époque donnée.

La frontière entre la peine et la responsabilité criminelle ne serait donc pas si étanche qu'on aurait pu le penser *a priori*; dès le moment de l'« évaluation » de sa responsabilité criminelle, on prépare

---

<sup>204</sup> *Id.*, p. 23.

<sup>205</sup> H. PARENT, préc., note 120, p. 31 (nos italiques).

<sup>206</sup> Joël FEINBERG, « Problematic Responsibility in Law and Morals », (1962) 71 *Philosophical Review* 340, p. 345 (nos italiques).

déjà le sujet à sa peine. Aux yeux du chercheur Ugo Tremblay, la fonction *préparatoire* de la responsabilité criminelle serait une évidence logique puisqu'il ne peut exister de dénonciation ou de dissuasion sans responsabilité criminelle; cette dernière est essentielle à l'administration d'une peine – elle est sa condition « *sine qua non* »<sup>207</sup>.

On retrouve également cette idée de fonction préparatoire à la peine dans l'arrêt *R. c. M.(C.A.)* de la Cour suprême<sup>208</sup>, quoique celle-ci se dirige davantage vers le versant « moral » que vers une évaluation stricte de la possibilité de « contrôler » l'accusé à l'aide d'une technologie punitive. Pour le juge Lamer, il existerait un lien conceptuel logique entre le « châtement » et la responsabilité criminelle; entre les deux, il y a un processus permettant de s'assurer préalablement que l'accusé pourra bel et bien faire l'objet d'une peine, qu'il possède « minimalement »<sup>209</sup> une certaine forme de « malice » (« culpabilité morale ») : « le principe de proportionnalité en matière de punition est fondamentalement lié au principe général de la responsabilité criminelle qui veut qu'on ne puisse imposer de sanction pénale qu'aux contrevenants possédant un état d'esprit moralement coupable »<sup>210</sup>. Que la responsabilité criminelle permette d'évaluer la réceptivité de l'accusé à *une technologie punitive de contrôle des risques*, comme aujourd'hui, ou qu'elle permette d'évaluer la culpabilité morale minimale pour pouvoir espérer voire jaillir à moyen terme le remords suite à l'imposition d'un *châtiment*, comme autrefois, il demeure que, selon l'explication du juge Lamer, la responsabilité criminelle a certainement pour fonction d'évaluer la *réceptivité* de l'accusé à la peine. Ce que la détermination de la responsabilité *évalue*, et ce à quoi précisément elle *prépare* l'accusé, reflète le type d'ordre qu'on souhaite maintenir. Comme nous le rappellerons dans la conclusion de cette sous-partie, la nature de la responsabilité criminelle dépend donc du type de peine disponible à une époque donnée, celle qui est généralement réservée au type d'accusé sous évaluation (« liable to [the] official punishment [reserved by the State] », pour reprendre l'expression de Feinberg citée plus haut). Il peut s'agir d'une peine symbolique, ponctuelle, mesurée et limitée à la responsabilité morale (un « châtement ») ou, encore, d'une peine extensive assez particularisée pour pouvoir épouser les facteurs de risque présents chez le condamné au quotidien (une « technologie punitive de contrôle »). Ici, dans l'arrêt *R. c.*

---

<sup>207</sup> U.G. TREMBLAY, préc., note 114, à la note de bas de page 465.

<sup>208</sup> *R. c. M. (C.A.)*, préc., note 194.

<sup>209</sup> *Id.*, par. 79.

<sup>210</sup> *Id.*, par. 40.

*M.(C.A.)*<sup>211</sup>, le juge Lamer semble plutôt concevoir l'ordre public comme un ordre moral et la fonction de l'institution pénale comme étant celle du maintien de l'autorité morale de la loi. Nous verrons que le droit pénal contemporain opère graduellement un glissement vers une fonction plus sécuritaire.

En somme, les pratiques concernant la responsabilité criminelle des accusés atteints de troubles mentaux visent à identifier ceux qui sont « minimalement » aptes à recevoir cet appel à la responsabilisation, ou, aujourd'hui, à la vigilance face aux risques qu'ils posent; ceux, au fond, à qui la peine peut s'adresser. L'institution pénale vise ceux qui sont susceptibles d'accepter la peine et pour qui cette dernière signifiera *minimalement* « quelque chose ». En bref, elle vise à n'écarter de son emprise que ceux pour qui l'imposition de la peine ne peut faire *aucun* sens et n'a aucune utilité. Le juge chargé de la peine est, grâce à cet exercice préalable d'établissement de la responsabilité, non seulement dans une position de légitimité sociale suffisante pour punir l'accusé pour son crime, mais est aussi devant un individu capable de comprendre sa sentence, ses aboutissants, sa visée, ses conséquences en cas de non-respect des conditions imposées, bref d'être contrôlé et responsabilisé par celle-ci.

Afin d'intégrer à l'intérieur de la logique pénale plus de personnes que ne le permet la réalité psychosociale, le lien d'imputabilité ne peut être coupé par un trouble mental tant que subsiste ce *lien intellectuel* qui permet de *maintenir un dialogue* entre l'institution pénale et l'accusé atteint de troubles mentaux. Le lien d'imputabilité ne serait pas coupé tant que demeure cette possible *réceptivité* de l'accusé face à sa peine, tant que demeure sa capacité de « répondre de ses actes », mais, plus précisément, d'y « répondre » *par son assujettissement à un châtement ou, aujourd'hui, à une mesure de contrôle*. Comme le démontre actuellement l'application pratique de la défense de NRCTM, seuls la psychose ou un trouble de même intensité sont susceptibles de couper le lien dialogique nécessaire au prononcé de la peine. Nous comprenons alors pourquoi les schizophrènes et les personnes totalement dissociées de la réalité physique sont exclues du joug de l'institution pénale, de cette possibilité de responsabilisation par le châtement. Le lien dialogique est coupé par

---

<sup>211</sup> *Ibid.*

l'absence *totale* de lien intellectuel entre l'institution pénale et l'accusé, par l'absence de partage d'une réalité matérielle et physique commune<sup>212</sup>.

Selon Foucault, l'exercice proposé par la notion de responsabilité criminelle, une fois appliqué aux « fous », sert précisément à *départager*, selon une « perception morale » liée au type d'ordre souhaité, la « bonne folie », *impunissable*, du « fou » « *punissable* », possiblement réceptif au châtiment ou, aujourd'hui, contrôlable par celui-ci<sup>213</sup>. Nous disons également que le test de l'art. 16 *C.cr.* est précisément le reflet d'une technique visant à séparer, selon des considérations liées au maintien de l'ordre public, la folie excusable de la folie impardonnable. Le départage a toujours été effectué suivant un choix politique basé sur les « valeurs sociales » et les impératifs de l'ordre public particulier poursuivi à une époque donnée. C'est ce que décrit Hugues Parent :

« Parmi la multitude des troubles mentaux répertoriés en médecine, la justice pénale doit donc distinguer les états qui entraînent la décharge de l'individu de ceux qui, à l'inverse, ne modifient en rien la responsabilité. Le geste qui trace la *frontière* entre ces deux mondes n'est pas simple. Il est orienté *par les valeurs sociales qui composent le champ culturel dans lequel se produit le partage.* »<sup>214</sup>

Or, quelles sont donc les « valeurs sociales » qui guident aujourd'hui l'art. 16 *C.cr.* dans le traçage de la frontière entre le fou et l'individu responsable ? À l'origine, comme nous l'avons vu, chacun devait être tenu responsable, même les malades mentaux, afin d'exprimer symboliquement des valeurs de responsabilité individuelle, de réitérer un code moral commun et l'hégémonie symbolique de la loi pénale. Dans ce contexte, l'exercice de détermination de la peine consécutif à la déclaration de culpabilité servait à relativiser cette opportunité de punir l'accusé atteint de troubles mentaux en faisant preuve de clémence à son égard. Aujourd'hui, les « valeurs sociales » qui composent l'ordre public semblent plutôt se limiter, de manière assez simpliste et étroite, à l'*intérêt* qu'ont les membres de la société d'être protégés effectivement contre les risques associés

---

<sup>212</sup> L'étymologie grecque du néologisme « schizophrénie » est particulièrement éclairante ici; Schizophrénie signifie « esprit » ou « siège de l'âme » (*phrèn, φρήν*) « coupé » ou « fendu » (*schizo, σχίζω*), cf. A. BAILLY, préc., note 14, p. 1886 et 2097. Cela image bien la *coupure* du lien communicationnel entre celui qui en est atteint et la réalité extérieure, physique et matérielle commune à tous à laquelle l'institution pénale appartient.

<sup>213</sup> M. FOUCAULT, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris, Éditions Gallimard, 1972, p. 570 : « (...) selon les règles d'une perception morale : il reconnaîtra la bonne et la mauvaise folie - celle dont on accepte la présence confuse dans les marges de la raison, dans le jeu de la morale et de la mauvaise conscience, de la responsabilité et de l'innocence, et celle sur laquelle on laisse retomber le vieil anathème et tout le poids de l'irréparable offense. »

<sup>214</sup> H. PARENT, préc., note 120, p. 228, et à la page 224 : « Compte tenu des conséquences négatives qu'entraîne le crime sur la société, celle-ci revendique en retour un certain contrôle sur *les paramètres* qui déterminent la production du libre arbitre. En effet, le discours juridique sur la responsabilité pénale n'est pas un discours linéaire et cohérent, mais un *dialogue instable* dont les accents s'accordent au gré des intérêts divergents qui composent la vie en société. » (nos italiques)

aux personnes atteintes de troubles mentaux. On parle dès lors d'*intérêt* des individus, envers un droit pénal efficace, envers une peine utile, et non plus principalement de valeurs. À l'ère du développement massif de la doctrine clinique et de sa généralisation au sein de la population, le professeur Saint-Germain force les pénalistes à se poser cette question cruciale : « Est-il encore possible de soutenir – *sauf pour des motifs de sécurité sociale* – la légitimité morale de réprover socialement par les voies juridiques, voire de tenir pour coupables des comportements dits criminels alors que ceux-ci obéissent à la logique clinique du trouble psychiatrique ? »<sup>215</sup> Que reste-t-il pour justifier une conception quantitative stricte lorsque les découvertes cliniques remettent en doute les fondements moraux à la base de la doctrine de la responsabilité criminelle ? Comme nous le verrons incessamment, les paramètres sous-jacents à l'art. 16 *C.cr.* tracent désormais la frontière entre responsable et irresponsable principalement en fonction de l'utilité de la peine, de son efficacité, de sa capacité à responsabiliser et à contrôler l'accusé atteint de troubles mentaux. À notre avis, cette réorientation s'écarte de l'intérêt fondamental de toute société à renforcer symboliquement le sens de la responsabilité individuelle dans la collectivité, de manière *juste*, intelligente et cohérente avec les connaissances cliniques actuelles. Elle s'écarte de l'idée voulant qu'il ne soit juste de renforcer l'autorité *réelle* du code pénal commun (la crainte de la sanction) que par le châtement des personnes « moralement » blâmables tout en faisant preuve de compassion envers les plus désavantagés et les plus stigmatisés en vue de renforcer son autorité *morale*. La prochaine sous-partie vise à illustrer ce réalignement des facteurs sous-jacents à l'art. 16 du *C.cr.* vers l'utilité de la peine dans la gestion des risques.

### **I. 2.1.3.2. Les six facteurs pragmatiques soutenant l'« évaluation » de la responsabilité criminelle des personnes atteintes de troubles mentaux**

Ugo Tremblay, dans sa thèse doctorale, montre comment les « impératifs sociaux », « considérations d'ordre public »<sup>216</sup>, « facteurs pragmatiques »<sup>217</sup> ou « critères de finalité pertinents

---

<sup>215</sup> C. SAINT-GERMAIN, préc., note 9, p. 244 (nos italiques)

<sup>216</sup> U. G. TREMBLAY, préc., note 114, p. 209 : « (...) toute condition mentale qui, selon l'état actuel ou futur de la science médicale, traduit un trouble de la raison humaine ou de son fonctionnement, et dont la reconnaissance s'harmonise avec les considérations d'ordre public qui sous-tendent l'application de la défense prévue à l'art. 16 *C. cr.* » (Bouchard-Lebrun, 60). C'est la dernière partie de cet extrait qui doit avant tout retenir notre attention, en ce qu'elle rappelle la condition sine qua non qui présidera toujours en droit à l'admission d'un trouble donné au rang de causes exonératoires : sa compatibilité avec les considérations d'ordre public. Celles-ci comprennent certes la dissuasion générale, comme nous l'avons fait ressortir, mais aussi d'autres motifs que nous avons évoqués comme le renforcement des normes, l'efficacité institutionnelle (la détention en prison pouvant être préférable à celle en milieu hospitalier pour certains individus violents), la confiance du public dans l'administration de la justice, etc. »

<sup>217</sup> *Id.*, note de bas de page 473.

au système pénal pour le maintien de l'ordre social »<sup>218</sup> ont entraîné le passage du concept de responsabilité criminelle d'un « usage rétrospectif et subjectif » fondé sur un « jugement descriptif et empirique axé sur l'analyse de la causalité » (*évaluatif et descriptif*) vers un « usage prospectif et objectif » fondé sur un « jugement normatif axé sur la nécessité d'imputation »<sup>219</sup> (*prescriptif*). Dans les cas difficiles (« *hard cases* »), comme dans les situations où un crime a été commis par un accusé atteint de troubles mentaux non psychotiques, certains motifs pragmatiques d'ordre public l'emportent. Dans ces cas, la responsabilité criminelle est imputée en contradiction ou sans égard à la réalité de la maladie mentale et de son impact sur les capacités de l'accusé à s'autodéterminer et à se conformer à la loi pénale. Le doctorant relève six facteurs pragmatiques orientant présentement la prescription de responsabilité criminelle. Ces facteurs se rapportent directement à la réalisation de la fonction de l'institution pénale et, certains avec plus de force que d'autres, aux objectifs poursuivis par la peine qui sont listés à l'art. 718 *C.cr.* Tout indique que l'institution pénale s'intéresse aujourd'hui plus particulièrement à l'efficacité éventuelle du contrôle qui sera exercé par la peine qu'à toute mesure de justice.

**(1) Dissuasion individuelle.** Tout d'abord, les témoignages des experts concernant la responsabilité criminelle de l'accusé atteint de troubles mentaux viseraient à identifier la capacité de l'individu d'être dissuadé par la loi pénale<sup>220</sup>, et donc à être éventuellement contrôlé par la peine. Ils visent à déterminer si l'accusé est en mesure de capter, grâce à son intellect, les signaux dissuasifs émis par l'institution pénale. Comme le relève Ugo Tremblay, le raisonnement de la juge McLachlin dans l'arrêt *Chaulk* témoigne de cette idée :

« Quoique d'autres facteurs puissent jouer, il existe deux mécanismes principaux qui permettent de maintenir la conduite des gens à l'intérieur de paramètres juridiques adéquats : (1) le sens moral et (2) le désir de respecter la loi. (...) Quand la moralité fait défaut, l'obligation légale ne doit pas pour autant disparaître. Le permettre serait ouvrir la porte aux arguments que l'absence de discernement moral devrait soustraire une personne à la sanction du droit criminel et éliminer ainsi un des facteurs de dissuasion des conduites inappropriées ou destructrices. On ne peut faire cela à la légère. »<sup>221</sup>

« La dissuasion n'est pas absente des variables prises en compte dans la définition des moyens de défense »<sup>222</sup>, remarque avec justesse Ugo Gilbert Tremblay. Nous observons également cette

---

<sup>218</sup> *Id.*, p. 201 et 203.

<sup>219</sup> *Id.*, pp. 201, 240-241.

<sup>220</sup> *Id.*, pp. 196-198, 201, 203, 209.

<sup>221</sup> *R. c. Chaulk*, préc., note 59, par. 235 cité par U.G. TREMBLAY, préc., note 114.

<sup>222</sup> *Id.*, note de bas de page 465 à la p. 203.

préoccupation dans le discours de la Cour suprême sur la défense d'intoxication : « Le délinquant n'a d'excuse que s'il a agi alors qu'il était incapable de former l'intention requise ou, en fait, quelque intention que ce soit. *De toute évidence, à ce stade, aucune règle prohibitive n'a de force de dissuasion.* »<sup>223</sup> De cette manière, le fait que l'accusé atteint de troubles mentaux non psychotiques soit minimalement rationnel, qu'« il se préoccupe encore minimalement de ses intérêts égoïstes, cherche un tant soit peu à maximiser ses plaisirs et à minimiser ses peines »<sup>224</sup>, démontrerait qu'il demeure réceptif aux menaces de l'institution pénale et donc, qu'il devrait être considéré comme criminellement responsable. L'« efficacité » et l'« utilité » de la peine se trouvent donc prises en compte au travers de ce facteur pragmatique soutenant la responsabilité criminelle des accusés atteints de troubles mentaux non psychotiques<sup>225</sup>.

On retrouve également chez Michel Foucault, dans sa critique de la rationalité libérale, l'idée que l'institution pénale se limiterait et serait surtout intéressée, et cela nous apparaît comme étant de plus en plus évident au fil des découvertes cliniques, à savoir si elle peut encore intervenir dans le « jeu des gains et des pertes potentiels » associé au sujet de droit libéral, malgré le caractère évidemment « pathologique » du crime :

« C'est Ehrlich qui disait, dans son article sur la punition capitale : « Le caractère horrible, cruel ou *pathologique* du crime n'a absolument pas d'importance. Il n'y a pas de raison de croire que ceux qui aiment ou haïssent d'autres gens sont moins "*responsive*", *sont moins accessibles, répondent moins facilement aux changements dans les gains et les pertes associés à leur activité que les personnes indifférentes au bien-être des autres.* » (...) On doit pouvoir admettre que de toute façon, aussi *pathologique*, si l'on veut, que soit le sujet à un certain niveau et vu sous un certain angle, ce sujet est jusqu'à un certain point, dans une certaine mesure « *responsive* » à ces changements dans les gains et les pertes, c'est-à-dire que *l'action pénale doit être une action sur le jeu des gains et des pertes possibles, c'est-à-dire une action environnementale.* »<sup>226</sup>

**(2) Dissuasion générale.** La même logique vaudrait pour la dissuasion générale selon Ugo Tremblay : « Les personnes que le droit accepte de soustraire à la présomption de responsabilité doivent être à ce point troublées mentalement qu'aucune personne dans un état comparable ne

---

<sup>223</sup> R. c. *Leary*, préc., note 113, par. 30 (nos italiques).

<sup>224</sup> U.G. TREMBLAY, préc., note 114, p. 198.

<sup>225</sup> *Id.*, p. 199 citant Jeremy BENTHAM : « la punition devient inefficace et inutile « quand la disposition pénale, même si elle était signalée à l'attention de quelqu'un, ne pourrait produire sur lui aucun effet qui l'empêche de commettre un acte de la sorte dont il est question. » »

<sup>226</sup> Michel FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique - Cours au Collège de France (1978-1979)*, Paris, Seuil/Gallimard, 2004, p. 264 (nos italiques).

risquerait d'être dissuadée par l'exemple de leur punition. »<sup>227</sup> Comme la coupure cognitive et dialogique exercée par la psychose amène une dissociation totale, l'institution pénale peut se permettre d'exonérer ceux qui en sont atteints en raison de l'absence de force dissuasive de la déclaration de responsabilité chez cette population. Dans l'imaginaire social soutenant le droit pénal, la figure du schizophrène est à ce point « lointaine » et « coupée » du commun des mortels, de la norme de la personne « raisonnable », que cela empêche la population de se reconnaître à travers l'accusé qui en est atteint, réduisant à néant l'efficacité dissuasive du jugement. Même si l'institution pénale a traditionnellement reconnu que la force dissuasive du jugement sur la peine d'un accusé atteint de troubles mentaux, même non psychotiques, demeure particulièrement faible<sup>228</sup>, il n'en demeure pas moins qu'elle n'a jamais souhaité prendre de risque à l'étape de la déclaration de responsabilité criminelle, qu'elle n'est prête à excuser que ceux pour qui il n'y aurait aucune force dissuasive pour le reste de la population. Elle prend donc le « pari » que le jugement aura, lui, peut-être un effet dissuasif, quoique minimal, permettant de contribuer à la réalisation du degré de sécurité souhaité au sein de l'ordre public<sup>229</sup>. D'ailleurs, cette reconnaissance du faible apport dissuasif de la peine à l'endroit des malades mentaux, qui constituait autrefois un élément modérateur important, est elle-même progressivement abandonnée, comme nous le verrons plus en détail dans la Partie II<sup>230</sup>. Cela laisse donc présager qu'aujourd'hui ce facteur pragmatique axé sur la mince possibilité de dissuader les accusés atteints de troubles mentaux, à la fois par la déclaration de responsabilité et par le jugement sur la peine, bénéficie aujourd'hui d'une nouvelle prééminence au sein de l'organisation des pratiques de l'institution pénale contemporaine.

---

<sup>227</sup> U.G. TREMBLAY, préc., note 114, p. 200, et p. 199 : « il suffit d'appartenir à une catégorie de personnes qui demeurent potentiellement réceptives aux menaces du droit criminel pour être jugé criminellement responsable. »

<sup>228</sup> L'institution pénale reconnaît traditionnellement que la force dissuasive est plus faible lorsqu'elle touche un accusé atteint de troubles mentaux comme en témoigne les arrêts sur la peine des accusés atteints de troubles mentaux et le choix des objectifs poursuivis par la peine, *R. v. Tremblay*, 2006 ABCA 252; *R. v. Resler*, 2011 ABCA 167, par. 14; *R. c. Martin*, 2012 QCCA 2223, par. 40; *R. c. Valiquette*, 1990 CanLII 3048 (QC CA); *R. v. Edmunds*, 2012 NLCA 26, par. 22, 25-26; *R. v. Badhesa*, 2019 BCCA 70, par. 44; *R. v. Williams*, 2019 BCCA 295, par. 76; *R. v. Batisse*, 2009 ONCA 114, par. 38; *R. v. Robinson*, 1974 CanLII 1491 (ON CA); *R. v. Hynes*, 1991 CanLII 6851 (NL CA), par. 39-42; *R. v. Peters*, 2000 NFCA 55 (CanLII), par. 18; *R. v. Belcourt*, 2010 ABCA 319, par. 7-8; *R. v. Ayorech*, 2012 ABCA 82 (CanLII), par. 11; *R v Hiltermann*, 1993 CanLII 16387 (AB CA), par. 4-8; *R. v. Maier*, 2015 ABCA 59, par. 54; *R. v. Dedeckere*, 2017 ONCA 799, par. 14; *R. c. Bain*, 2019 QCCA 460, par. 71.

<sup>229</sup> U.G. TREMBLAY, préc., note 114, p. 198 : « Il est tout à fait possible que certains, parmi ceux qui souffrent d'une telle condition, demeurent sourds aux signaux dissuasifs du droit, mais le pari du droit criminel est que plusieurs, parce qu'ils auront précisément perçu ces signaux, pourraient orienter leur conduite autrement et se retenir de passer à l'acte (non pas, notons-le, en raison d'un invérifiable libre arbitre, mais simplement parce que la crainte des conséquences aura pesé plus fort dans la balance changeante et imprévisible de leur décision) ».

<sup>230</sup> Mentionnons simplement à titre d'exemple les nouveaux arts. 718.01, 718.02, 718.03, 718.04 *C.cr.* qui obligent de prioriser les objectifs de dissuasion et de dénonciation, et ce, même à l'égard des accusés atteints de troubles mentaux.

**(3) Réhabilitation et efficacité institutionnelle.** Toujours suivant le cadre d'analyse proposé par Ugo Tremblay, des facteurs encore plus pragmatiques peuvent influencer la décision de reconnaître un trouble mental comme étant exonératoire ou non. Des facteurs directement liés aux indicateurs de risque présents chez l'accusé atteint de troubles mentaux, dont la disponibilité des ressources du système de santé, l'impérativité pour l'accusé atteint de troubles mentaux de bénéficier de ces ressources dans un établissement psychiatrique, et la spécificité des traitements de même que leurs coûts peuvent avoir une influence sur la décision d'excuser ou non un accusé atteint de troubles mentaux<sup>231</sup>. On ne peut ignorer le fait que l'art. 16 *C.cr* – en dehors de ses implications théoriques et symboliques – sert précisément à identifier les personnes qui devraient être prises en charge par la procédure spéciale de la Partie XX.1 du *Code*, ce qui pourrait entraîner leur détention dans un établissement psychiatrique ou leur surveillance par un comité de psychiatres. Comme en témoigne la jurisprudence à partir de l'arrêt *Stone*<sup>232</sup>, la définition même de ce qui constitue une « maladie mentale », susceptible d'engager la procédure spéciale et la surveillance accrue qui en découle, s'intéresse au facteur de risque subsistant par le trouble interne de l'accusé, à la possibilité que l'acte violent se reproduise, à la « nécessité de protéger la société » contre le délinquant présentant ce trouble et à d'autres considérations d'ordre public. Cette approche illustre bien la forte coloration sécuritaire de la conception contemporaine de la NRCTM. Depuis 2014, le *Code criminel* prévoit spécifiquement que « le facteur prépondérant » des décisions de la commission d'examen ou du tribunal qui juge un accusé atteint de troubles mentaux non criminellement responsable est « la sécurité du public » qui doit être protégée contre les « risques importants »<sup>233</sup>. Ces risques « importants » s'entendent, depuis 2014, comme étant le « risque que courent les membres du public, notamment les victimes et les témoins de l'infraction et les personnes âgées de moins de 18 ans, de subir un préjudice sérieux - physique ou psychologique - par suite d'un comportement de

---

<sup>231</sup> *Id.*, p. 209 et note de bas de page 473 : « On ne saurait non plus négliger d'autres facteurs encore plus pragmatiques, en particulier le fait que la frontière entre criminels malades et criminels sains d'esprit va généralement de pair avec la frontière entre garde en établissement psychiatrique et emprisonnement. Comme les psychopathes ne requièrent pas de soin ou de supervision médicale en plus de ne pas répondre à la plupart des traitements, leur afflux soudain vers des établissements psychiatriques se traduirait par un bouleversement institutionnel majeur et une augmentation substantielle des coûts, le tout sans promesse significative de résultats. Voir L. REZNEK (1997), op. cit., p. 238. Bien qu'on ne verra jamais un juge invoquer directement ce motif, il fait incontestablement partie de l'arrière-plan inavouable qui, ultimement, s'oppose, dans le contexte juridique actuel, à toute ouverture significative de la défense d'aliénation mentale. »

<sup>232</sup> *R. c. Stone*, [1999] 2 RCS 290, par. 71; *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871; *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513; *R. c. Bouchard-Lebrun*, préc., note 113; *R. v. Alexander*, 2015 BCCA 484 (CanLII), par. 44-49.

<sup>233</sup> Art. 672.54 *C.cr*.

nature criminelle mais non nécessairement violent »<sup>234</sup>. Ces ajouts législatifs indiquent bien la volonté de rediriger les interventions de l'institution pénale vers la protection effective des personnes plus vulnérables. L'accusé atteint de troubles mentaux – criminellement responsable ou non – n'échappera pas aux conséquences liées à la gestion des risques par l'institution pénale et à sa politique de tolérance zéro face à ceux-ci. Qu'on le dirige vers la « guérison » ou la « punition » : tous les chemins tracés par l'institution pénale mènent au contrôle des risques. Les questions posées par l'art. 16 *C.cr.* reviennent donc précisément à se demander si l'accusé doit « répondre de ses actes » par son assujettissement à une peine ou par son assujettissement à une surveillance accrue par le comité d'examen, composé en partie de psychiatres, voire par sa détention dans un institut psychiatrique. Il nous apparaît logique que l'art. 16 *C.cr.* ait fini par poser, et ce de plus en plus clairement, la question de savoir laquelle des voies – punitive ou médicale – serait à même de mieux « protéger » le public contre les risques associés au trouble mental de l'accusé sous-évaluation. Ceci découle de la nouvelle fonction du verdict spécial et de ses suites, telle que relevée par l'interprétation par la Cour suprême dans l'arrêt *Swain* de la compétence fédérale en matière criminelle:

« Les dispositions prévoyant la réclusion, ainsi que les critères devant servir à déterminer s'il doit y avoir remise en liberté ou non, s'attachent donc *moins au traitement qu'à la protection de la société*. Le Parlement fait bien sûr preuve de compassion envers les personnes souffrant de maladies psychologiques et il ne les tiendra pas responsables de leurs actes pas plus qu'il ne les punira. Cependant, ce n'est pas au Parlement qu'il appartient de les traiter; son attention doit plutôt se porter sur *les conséquences que pourrait avoir sur la société la libération d'individus dangereux*. »<sup>235</sup>

Dès l'étape de la responsabilité, on se demandera, en faisant la lumière sur la nature du trouble mental de l'accusé à l'aide des discours des experts psychiatres, si ce dernier a besoin de soins, de supervision médicale prolongée et s'il répond bien aux traitements disponibles dans les hôpitaux psychiatriques. On tentera de déterminer si son admission dans les services hospitaliers déstabiliserait l'institution clinique, causerait une augmentation substantielle des coûts et quels sont les risques associés à la décision. En somme, on se demande si les risques liés au trouble mental de

---

<sup>234</sup> Art. 672.5401 *C.cr.*

<sup>235</sup> *R. c. Swain*, [1991] 1 RCS 933, par. 115 (nos italiques). Cette citation provient de la réflexion de la Cour suprême sur la compétence du fédéral d'édicter la procédure spéciale pour les malades mentaux en raison de son pouvoir d'assurer la sécurité, malgré que ces mesures touchent aussi à leur « traitement », *Id.*, par. 116 : « Ainsi, personne ne conteste que la condamnation à une peine peut toucher à la question de la réinsertion. Le pouvoir que le Parlement possède en matière de droit criminel l'autorise en effet à accorder aussi bien la libération inconditionnelle que la libération sous condition, encore que certaines de ces conditions puissent inclure un programme de traitement. Si le Parlement choisit de répondre à une conduite prohibée par le Code criminel en se préoccupant davantage de la réinsertion, il ne perd pas de ce fait sa compétence législative »

l'accusé nécessitent une prise en charge prolongée par un traitement supervisé dans un hôpital psychiatrique ou – dépendamment du rapport coût/bénéfice – si celui-ci peut être adéquatement pris en charge à l'intérieur de l'arsenal « réhabilitatif » propre à l'institution pénale. Comme plusieurs accusés psychotiques sont dans un état de désorganisation totale, qu'ils n'ont aucune réceptivité face aux signaux extérieurs, que le dialogue est coupé et puisqu'il est possible de guérir leurs hallucinations et leurs délires par une médication, l'institution pénale juge que leurs risques seront plus efficacement pris en charge par l'institution clinique, par leur enfermement et leur surveillance dans un hôpital psychiatrique jusqu'à ce que leurs symptômes se soient dissipés. Or, puisqu'il n'existe pas de traitement médical ou médicamenteux pour « guérir » définitivement les individus de leur psychopathie<sup>236</sup> ou de leur autisme et que ceux-ci demeurent *minimalement* réceptifs aux menaces de l'institution pénale, celle-ci juge que les risques associés à leurs troubles mentaux peuvent être mieux contenus par un alliage entre des mesures de contrôle punitives et répressives et des mesures thérapeutiques obligatoires en continu. Ces mesures thérapeutiques renforcées par la menace de la punition devraient leur permettre d'apprendre à se responsabiliser eux-mêmes et à gérer leurs propres facteurs de risque, même une fois la peine terminée.

Les prochains facteurs pragmatiques que nous analyserons, nommément la nécessité de dénoncer le crime lorsqu'il est grave, celle de maintenir une frontière entre l'assaillant et la victime, entre la responsabilité collective et individuelle ainsi que la nécessité de maintenir la confiance du public pourraient se rapporter à la fonction symbolique et morale de la responsabilité criminelle. Mais, en raison de la nature institutionnelle et fonctionnelle de la responsabilité criminelle, ils entretiennent nécessairement un certain rapport avec la peine et peuvent aussi servir à mesurer son utilité. Lorsque la fonction de l'institution pénale se recentre autour de la protection effective de la sécurité comme c'est le cas actuellement, il y a fort à parier que ces indices prendront eux aussi une coloration nouvelle et devront trouver une nouvelle raison d'être. Comme nous le verrons, ces facteurs sous-jacents à l'art. 16 *C.cr.* permettent aussi de préparer l'accusé atteint de troubles mentaux à la peine, notamment en faisant ressortir la gravité de son crime, et en relevant la nécessité de rendre justice à la victime et de satisfaire les attentes du public par l'imposition d'une peine. À notre époque, ces facteurs rappellent au juge l'importance de satisfaire les besoins de la victime qui s'attend non seulement à ce que l'accusé atteint de troubles mentaux soit reconnu coupable et

---

<sup>236</sup> K. MOUSTAPHA, préc., note 68, p. 355-367.

responsable, mais également à ce qu'une peine de nature à la protéger soit finalement prononcée. Dans le contexte actuel, ces facteurs permettent aussi de satisfaire les attentes du public qui demande que le crime soit dénoncé, non seulement par la déclaration de responsabilité, mais, en plus, par le prononcé d'une peine carcérale sévère<sup>237</sup>. En somme, dans le contexte de la réorientation de la fonction de l'institution pénale que nous observons, ces facteurs sont susceptibles de s'imposer dans la décision de reconnaître l'accusé atteint de troubles mentaux comme étant responsable en fonction de ces nouveaux justificatifs qui favorisent la réalisation de la nouvelle fonction de l'institution pénale.

**(4) La dénonciation de la gravité du crime.** Le dégoût ressenti face à l'acte commis par l'accusé atteint de troubles mentaux renforcerait l'urgence, l'impérativité, de le dénoncer par une peine et justifierait par le fait même la reconnaissance de sa responsabilité criminelle<sup>238</sup>. La notion de responsabilité criminelle, loin d'être un outil systématiquement limitatif des interventions de l'institution pénale, permet à cette dernière, dans ces situations caractérisées par le sentiment d'urgence et de nécessité, de remplir sa fonction « expressive » de dénonciation des transgressions qui trouve, aujourd'hui, son véhicule communicationnel le plus « efficace » à travers la peine afflictive<sup>239</sup>. Selon Benjamin Berger, une trop grande instabilité au sein de la défense de NRCTM priverait l'institution pénale de sa capacité à dénoncer des comportements par la voie de la responsabilité criminelle, mais aussi par celle de la peine, surtout lorsque cette dernière est fortement attendue par le public :

« Many argue that a key communicative function of the criminal law is to reassert, by attributing blame, collective moral commitments regarding an ethic of responsibility for one's actions, the importance of control, and to paint a picture in which violence is a marginal and rationally-controllable phenomenon. (...) *maintaining the communicative force of the norms embodied in the criminal law demands stability in the attribution of responsibility (...) To drop the threshold on mental disorder would enervate the criminal justice system's capacity to serve this communicative role.* »<sup>240</sup>

<sup>237</sup> Nous y reviendrons plus en détail dans la sous-partie II.5.1.2.(e).

<sup>238</sup> U.G. TREMBLAY, préc., note 114, p. 203 et 209.

<sup>239</sup> La fonction expressive de l'institution pénale est réalisée par la peine, aujourd'hui comprise en tant que véhicule communicationnel, Joël FEINBERG, *Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton University Press, Princeton, 1970; Joël FEINBERG, « The Expressive Function of Punishment. », (1965) 49-3 *The Monist* 397, p. 400 : « Punishment is a conventional device for the expression of attitudes of resentment and indignation, and of judgments of disapproval and reprobation, either on the part of the punishing authority himself or of those "in whose name" the punishment is inflicted. Punishment, in short, has a symbolic significance largely missing from other kinds of penalties ».

<sup>240</sup> B. BERGER, préc., note 101, p. 132 (nos italiques) se référant en notes de bas de page à David GARLAND, *Punishment and Modern Society*, Chicago, University of Chicago Press, 1990, pp. 249-276, « in which Garland discusses punishment as a 'cultural agent' » et à J. FEINBERG, préc., note 239, qui est connu pour avoir théorisé sur la fonction expressive et communicatrice de la peine.

L'institution pénale ne prend donc aucun risque, et conserve toutes ses options; elle se réserve donc le droit de dénoncer, *encore une fois*, avec toute la force dont elle dispose, la gravité d'un crime par l'entremise de la peine. Pour Benjamin Berger, les personnes atteintes de troubles mentaux non psychotiques jouent alors un rôle de « bouc-émissaires » permettant à l'institution pénale de dénoncer les transgressions mettant en péril l'ordre public souhaité<sup>241</sup>. On entrevoit une idée parente à celle-ci dans la réflexion de Mireille Delmas-Marty alors qu'elle met en parallèle les idées du sacrifice et de la condamnation :

« La victime du sacrifice, quelle que soit la façon dont elle est désignée, est innocente en fait, mais sera chargée – par le transfert qui s'opère sur elle qui est la raison d'être du sacrifice - de toute la culpabilité dont la communauté entend se débarrasser; d'où le nom que lui donne R. Girard de « victime émissaire ». Et à l'inverse – c'est pourquoi le critère de la différence n'est pas si clair entre peine et sacrifice -, on pourrait dire que l'individu condamné à une peine (...) est parfois innocent en partie. »<sup>242</sup>

La personne atteinte de troubles mentaux désignée « responsable » a bien souvent *une partie* d'« innocence » qui lui est intrinsèquement « confisquée » par ce départage strict qui est en réalité plus ou moins *juste*, mais nécessaire aux fins de l'institution. C'est cette partie d'« innocence intrinsèque » du condamné atteint de troubles mentaux qui a longtemps justifié une peine mesurée et significativement limitée afin de maintenir les facteurs du *juste* soutenant la doctrine de la responsabilité criminelle. Aujourd'hui, face aux attentes de plus en plus élevées du public et du législateur, le « sacrifice » des condamnés atteints de troubles mentaux n'est plus seulement symbolique, mais également physique et psychologique puisqu'on les intègre à la logique pénale non seulement pour les déclarer « responsables », mais aussi pour les punir par l'incarcération et les contrôler en continu par une peine extensive à aire ouverte<sup>243</sup>. Ce facteur pragmatique, axé sur la neutralisation du risque, qui soutient la responsabilité criminelle pourrait donc avoir pris le dessus sur les autres facteurs moraux et symboliques.

---

<sup>241</sup> *Id.*, p. 138-139, reprenant les mots du philosophe Kenneth BURKELE, *A Grammar of Motives*, Chicago, University of Chicago Press, 1990 : « And it is at this point that Burke unexpectedly – and almost in passing – inserts a provocative example : Criminals either actual or imaginary may thus serve as scapegoats in a society that 'purifies itself' by 'moral indignation' in condemning them, though the ritualistic elements operating here are not usually recognized by the indignant. There is much in this sentence from Burke, and much that resonates with the argument that I have made in this chapter. His description of criminals 'either actual or imaginary' reminds us that the category of those who are given the label 'guilty' is not one that corresponds to a given reality; rather, it is one structured by rhetorical moves and symbolic needs. »

<sup>242</sup> M. DELMAS-MARTY, préc., note 182, p. 65-66.

<sup>243</sup> Nous documenterons plus en détail l'escalade du répressif et l'inflation du quantum des peines dans la Partie II.

Seules la psychose ou la dissociation, en « coupant » l'accusé du monde, viendraient annihiler *complètement* la force communicatrice de la déclaration de responsabilité criminelle, mais, surtout, de la peine qui serait vue par le public comme illégitime et contre-intuitive. La conduite apparemment aberrante et désorganisée de l'accusé psychotique le place en dehors du réflexe de blâme partagé par la population, et en dehors de la menace de la peine. Pour les autistes et les psychopathes, l'histoire est différente : le public saurait faire abstraction de leur maladie mentale pour se concentrer sur le message véhiculé. La dénonciation du crime pourrait être entendue en dépit de leur maladie. La gravité de leurs actes, les risques qu'ils représentent et le scepticisme de la population envers l'intensité de leur maladie (car non-apparente) favorisent leur intégration à la logique pénale. Cette intégration serait vue comme nécessaire afin de s'assurer que leurs actes ne restent pas impunis et que les risques posés par ces contrevenants soient contrôlés par le nouvel arsenal punitif.

**(5) Séparation entre victime et coupable et entre responsabilité individuelle et collective.** Afin de maintenir la logique même du châtement individuel propre au fonctionnement de l'institution pénale, il a toujours été nécessaire que celle-ci puisse renforcer discursivement et symboliquement la frontière entre *victime* et *coupable*<sup>244</sup> et entre responsabilité *individuelle* et responsabilité *collective*. L'exonération généralisée des personnes atteintes de troubles mentaux, voire de l'ensemble des personnes sous prétexte qu'elles ne sont pas « libres », menacerait la frontière symbolique entre coupable et victime, essentielle au fonctionnement de l'institution pénale : « The expansion of the doctrine of mental disorder would be associated with a destabilizing of the border between the categories of perpetrator and victim. »<sup>245</sup> C'est donc de peur de ne plus pouvoir « refermer l'écluse » de l'exonération, ce qui annihilerait la logique même de l'imputabilité et du châtement individuel, que l'institution pénale opte pour une exonération très restrictive en raison des déterminismes mentaux. Comme il s'agit de son fonctionnement fondamental, qui serait autrement en péril, l'institution pénale n'a traditionnellement pris aucun risque à cette étape. L'accusé atteint de troubles mentaux, souvent marginalisé, stigmatisé, et devant composer avec de sérieux déterminismes et une souffrance quotidienne, a donc toujours été « sacrifié » au nom du maintien de notre conception englobante de la responsabilité criminelle. Il devra, dès son entrée

---

<sup>244</sup> U.G. TREMBLAY, préc., note 114, p. 203.

<sup>245</sup> B. BERGER, préc., note 101, p. 133.

dans la logique pénale, être dépeint davantage comme *responsable* à l'égard de sa victime que comme *victime* lui-même de ses troubles de santé mentale, du manque de ressources en santé mentale et de sa stigmatisation sociale. C'est ensuite, à l'étape de la détermination de la peine, que l'institution pénale s'est traditionnellement permise de prendre des risques en relativisant cette attribution de rôles caricaturaux.

En revanche, pour une institution qui, comme nous le verrons dans la Partie II, est de plus en plus intéressée à « compenser » à travers la peine les différents préjudices subis par la victime et les risques que l'accusé lui a fait courir<sup>246</sup>, il est devenu encore plus important de discerner et de faire ressortir, par un trait noir foncé, qui est la *seule* et véritable victime dans cette affaire. Les juges tâcheront alors de faire ressortir l'« innocence » de la victime, *en mettant l'emphase* sur la « culpabilité » de l'assaillant. Ce contraste discursif entre assaillant et victime vulnérable commande d'insister sur le degré de culpabilité morale de l'accusé et la gravité des préjudices – qui, traditionnellement, étaient les mesures fondamentales de la peine – *dès l'étape de l'analyse de la responsabilité criminelle*. Pour une institution qui cherche de plus en plus à mesurer la peine en fonction de la culpabilité morale du délinquant, elle-même dorénavant définie en fonction de la gravité du crime et de la vulnérabilité de la victime, il convient également de renforcer discursivement les intentions et les motivations criminelles de l'accusé atteint de troubles mentaux dès l'étape de l'attribution de la responsabilité criminelle. Nous verrons ces stratégies discursives à l'œuvre dans l'affaire *Minassian*<sup>247</sup>; la juge mettra beaucoup d'emphase sur le désir de célébrité de l'accusé, tout en reconnaissant pourtant que, sans son trouble de santé mentale, il n'aurait jamais commis le crime. Il serait donc jugé nécessaire et impératif de nos jours de maintenir la frontière discursive entre criminel et victime pour préparer l'accusé à la nouvelle pénologie et pour évaluer dans quelle mesure on peut lui imposer une peine visant à compenser les victimes pour les risques qu'il leur a fait courir. Cette frontière entre criminel et victime est de nos jours entretenue et renforcée par des stratégies discursives qui nous apparaissent de plus en plus artificielles, étant en évidente contradiction avec la réalité vécue par l'accusé et celle décrite par la doctrine clinique.

---

<sup>246</sup> *Loi édictant la Charte canadienne des droits des victimes et modifiant certaines lois*, L.C. 2015, c. 13; Nous reviendrons plus en détail sur cette reconceptualisation de la fonction de l'institution pénale dans la Partie II.

<sup>247</sup> *R. c. Minassian*, préc., note 10.

Dans la même veine, l'institution pénale cherchera aussi à départager clairement la responsabilité de l'État, de la *collectivité* en somme, de celle de l'*individu* : « It is not just that blame would be more difficult to pin on offenders; rather, unpinned to the individual, it would circulate, touching social and political institutions broadly. »<sup>248</sup> Dans un contexte où les outils diagnostiques permettent de mieux identifier les troubles de santé mentale, où la découverte d'une multitude de nouveaux troubles a été rendue possible par le développement important de la doctrine clinique et où les diagnostics des troubles de santé mentale se sont répandus au sein de la population, ce motif d'ordre public est susceptible de prendre une place encore plus importante dans les justifications du refus d'exonérer des accusés atteints de troubles comme l'autisme. En effet, en raison notamment de l'avancée des méthodes diagnostiques et des découvertes cliniques concernant l'autisme au cours des dernières décennies, on a observé en Angleterre entre 1998 et 2018 une augmentation exponentielle du diagnostic d'autisme de 787%<sup>249</sup>; le Centre pour le contrôle et la prévention des maladies aux États-Unis estime qu'un enfant sur 44 souffre de l'autisme en 2021<sup>250</sup>. Dans le contexte d'une institution qui souhaite conserver un plein contrôle sur les risques, on peut comprendre comment ce phénomène peut braquer l'institution pénale et l'amener à résister à la plupart des revendications particulières. Comme nous l'avons vu avec le facteur associé à la réhabilitation, l'art. 16 *C.cr.* permet de distinguer les personnes atteintes de troubles mentaux devant être prises en charge par l'État et ses institutions publiques de santé de celles qui, en l'absence d'un accès universel aux soins thérapeutiques, devront s'autoresponsabiliser et gérer elles-mêmes les risques qu'elles posent. Ces dernières devront « se prendre en main » et s'engager activement dans leur réhabilitation sous peine d'une punition encore plus sévère en cas de défaut. En somme, l'art. 16 *C.cr.* vise désormais à identifier, suivant une logique économique de balance

---

<sup>248</sup> B. BERGER, préc., note 101, p. 133, et à la p. 135 : « To expand the defence of mental disorder in a way that would take account of those conditions that legitimately activate the concerns at the theoretical basis of the defence would demand precisely this set of questions, pointing to society's complicity in crimes committed by the mentally ill and exposing an instability in our collective standing to blame absent the acceptance of, and the adoption of meaningful steps to remedy, systemic contributions to such crime. A symbolic effect of taking mental disorder seriously in the criminal law would be the distribution of blame for crime at a collective and political level – and, it seems, the last place that we want our blaming gaze to fall is on a mirror. »

<sup>249</sup> G. RUSSELL, et al., « Time trends in autism diagnosis over 20 years: a UK population-based cohort study » (2022) 63-6 *J Child Psychol Psychiatr* 674. Cette augmentation est probablement le résultat, selon les chercheurs, d'une meilleure reconnaissance du trouble, surtout parmi les femmes, les adultes et les personnes autistes avec un haut niveau de fonctionnement, d'une plus grande application du diagnostic et d'une augmentation du rapport et de la communication des diagnostics (« increased reporting »).

<sup>250</sup> CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION, « Data & Statistics on Autism Spectrum Disorder » en ligne : <https://www.cdc.gov/ncbddd/autism/data.html>

des bénéfiques et des coûts, les malades mentaux qui peuvent malgré tout être responsabilisés grâce à cet « incitatif pénal », la punition et ses ordonnances et la peur de la stigmatisation.

**(6) La confiance du public dans l'administration de la justice.** Finalement, et plus important encore, la *perception du public* ainsi que le *sens commun* seraient à même d'orienter les pratiques discursives entourant la responsabilité criminelle. Selon Ugo Tremblay :

« il se trouve que la conception juridique de la maladie mentale (suffisamment grave pour être considérée comme exonératoire) recoupe toujours au moins en partie la conception que s'en fait le sens commun et renvoie aux croyances populaires dominantes, dans une culture donnée, à propos de ce qui autorise une personne à se décharger de sa responsabilité et à mettre ses actes sur le compte de sa maladie. »<sup>251</sup>

Comme nous l'avons vu, ce 6<sup>e</sup> paramètre est également pris en considération à travers le facteur pragmatique visant à conserver un plein pouvoir de *dénonciation* de la gravité du crime par l'entremise de la déclaration de culpabilité. En prenant en considération l'impératif de dénonciation, on évalue par le fait même l'importance qu'accorde le public au châtement de celui qui l'a commis ainsi que la perception qu'a le public de l'accusé : est-il *perçu* davantage comme malade ou coupable? L'accusé atteint de troubles mentaux est-il un bon véhicule pour renforcer les normes et dénoncer la transgression? L'institution pénale est-elle en position légitime de le punir? L'absence de peine sera-t-elle « acceptée »? On s'intéresse donc ici à l'« apparence » de l'accusé atteint de troubles mentaux, plus précisément aux manifestations « extérieures, apparentes, visibles et physiques » de la maladie mentale. On voit bien alors pourquoi les autistes et les psychopathes sont exclus de l'exonération de la loi pénale; ceux-ci font généralement du « masking », ils camouflent leurs déficits par mimétisme des comportements sociaux.

On se demande donc si les symptômes visibles de la maladie se distinguent à ce point (délires, hallucinations) de ce que les gens vivent au quotidien. Dans l'arrêt *Chaulk*, le juge Lamer décrit l'état d'aliéné, permettant d'éviter la condamnation et la sanction, comme étant celui d'une personne qui, comme l'enfant, possède un cadre de référence « sensiblement différent de celui de la plupart des gens » au point où celui-ci serait « largement incapable de former une intention criminelle »<sup>252</sup>. Par conséquent, si les symptômes se rapportent davantage, dans notre imaginaire, à des « vices de caractère » (ex. manipulation, narcissisme, impulsivité, négligence, lubricité,

---

<sup>251</sup> U.G. TREMBLAY, préc., note 114, p. 203 et 209.

<sup>252</sup> R. c. *Chaulk*, préc., note 59, p. 1320-1321.

recherche de pouvoir et de reconnaissance, appât du gain) qu'à une « aliénation » (c'est-à-dire un évènement hors de l'ordinaire, fantastique, spectaculaire, extérieur et étranger au réel commun) la personne atteinte de troubles mentaux aurait davantage de chances d'être responsabilisée par rapport à ses actes<sup>253</sup>. Le juge se demande s'il est intuitif de la déresponsabiliser, si une telle personne suscite l'empathie de la population, et finalement, si la déresponsabilisation massive des personnes possédant ces traits mentaux réduirait la confiance, aujourd'hui fragile, du public envers l'administration de la justice. La déresponsabilisation massive de personnes atteintes de troubles mentaux serait susceptible de miner la confiance du public dans la mesure où celui-ci perdrait plusieurs occasions de dénoncer des comportements graves et aberrants par l'entremise d'une peine et de protéger la société contre les risques qui découlent des maladies mentales. En somme, si la perception de la population de la maladie de l'accusé est telle qu'elle ne voit aucun intérêt au fait de le punir, l'institution pénale aurait tendance à lui donner raison et à l'exonérer. Au fond, la perception du public quant à la « gravité » de la maladie, une fois mise en balance avec la perception quant à la « gravité » du crime commis, donc de l'urgence et de l'impérativité de le dénoncer et de le punir, seraient également prises en compte à travers l'exercice proposé par l'art. 16 *C.cr.* Pour une institution pénale, comme nous le verrons dans la Partie II, dont la fonction vise de plus en plus à satisfaire les attentes du public par l'imposition de peines sévères, cela est d'autant plus important.

#### **I. 2.1.3.3. Conclusion sur la fonction préparatoire à la peine de la responsabilité criminelle**

La responsabilité criminelle entretient donc par nature un certain rapport avec la peine. L'intérêt porté envers l'utilité de la peine et son efficacité dans la gestion des risques que pose l'accusé atteint de troubles mentaux s'est intensifié au cours des dernières décennies compte tenu de la nouvelle fonction de protection effective de la société associée à l'institution pénale. Cela a eu pour effet d'élever les facteurs pragmatiques associés à la gestion des risques au-dessus des considérations d'ordre moral et symbolique soutenant la doctrine générale de la responsabilité criminelle. Après avoir étudié les questions soulevées à travers les paramètres d'ordre public qui permettent d'effectuer le départage actuel entre malades mentaux responsables et irresponsables, nous devons nous rendre à la même conclusion que Foucault, soit que l'évaluation par l'institution

---

<sup>253</sup> U. G. TREMBLAY, préc., note 114, p. 204.

pénale des « capacités » de l'accusé atteint de troubles mentaux, de sa « responsabilité » dans le crime, est essentiellement préparatoire à la peine :

« Ces questions n'ont pas de rapport avec l'article 64 [équivalent français de l'art. 16 *C.cr.*], ni avec la folie éventuelle de l'inculpé au moment de l'acte. *Ce ne sont pas des questions en termes de « responsabilité ». Elles ne concernent que l'administration de la peine, sa nécessité, son utilité, son efficacité possible; elles permettent d'indiquer, dans un vocabulaire à peine codé, si l'asile vaut mieux que la prison, s'il faut prévoir un enfermement bref ou long, un traitement médical ou des mesures de sûreté.* Le rôle du psychiatre en matière pénale? Non pas expert en responsabilité, mais conseiller en punition; à lui de dire, si le sujet est « dangereux », de quelle manière s'en protéger, comment intervenir pour le modifier, s'il vaut mieux essayer de réprimer ou de soigner. Au tout début de son histoire, l'expertise psychiatrique avait eu à formuler des propositions « vraies » sur la part qu'avait eue la liberté de l'infracteur dans l'acte qu'il avait commis; *elle a maintenant à suggérer une prescription sur ce qu'on pourrait appeler son « traitement médico-judiciaire ».*<sup>254</sup>

Dans son cours au Collège de France intitulé *Les anormaux*, Foucault revient sur cette idée que la rencontre du pouvoir judiciaire avec l'expertise psychiatrique est susceptible d'avoir provoqué un détournement du questionnement fondamental posé par l'article prévoyant la non-responsabilité criminelle des accusés atteints de troubles mentaux :

« On est passé du problème juridique de l'assignation de responsabilité à un tout autre problème. *L'individu est-il dangereux ? Est-il accessible à la sanction pénale ? Est-il curable et réadaptable ?* C'est-à-dire que ce sur quoi désormais devra porter la sanction pénale, ce n'est pas un sujet de droit reconnu responsable, c'est un élément corrélatif d'une technique qui consiste à mettre à part les individus dangereux, à prendre en charge ceux qui sont accessibles à une sanction pénale, pour les curer ou les réadapter. Autrement dit, c'est une technique de normalisation qui désormais aura à prendre en charge l'individu délinquant. C'est cette substitution de l'individu juridiquement responsable à l'élément corrélatif d'une technique de normalisation, c'est cette transformation que l'expertise psychiatrique, parmi bien d'autres procédés, est arrivée à constituer. »<sup>255</sup>

Les questions évoquées par les facteurs pragmatiques permettant d'effectuer le départage entre responsables et irresponsables révèlent la dimension *conséquentialiste* de l'art. 16 *C.cr.* La nature institutionnelle de la responsabilité criminelle permet d'effectuer en pratique, lorsque nécessaire, une « inversion du raisonnement »<sup>256</sup> : c'est à partir de la possibilité de réaliser la visée poursuivie par les objectifs de la peine que l'on déterminera la responsabilité criminelle des accusés atteints de troubles mentaux. Les facteurs pragmatiques mentionnés ci-haut renvoient directement aux objectifs législatifs associés à la peine prévus à l'art. 718 *C.cr.* – dissuasion, dénonciation, réhabilitation – et à d'autres objectifs symboliques plus larges, mais qui sont aujourd'hui également

---

<sup>254</sup> M. FOUCAULT, préc., note 203, p. 26; M. FOUCAULT, *Les anormaux*, Paris, Éditions Gallimard, 1999, p. 224.

<sup>255</sup> *Id.*, p. 19.

<sup>256</sup> U. G. TREMBLAY, préc., note 114, p. 278 : « Dans ce cas, il faut bien voir que ce n'est pas le constat du caractère effectivement volontaire de l'acte (déterminé en fonction de critères précis) qui engendre le jugement de blâme, mais bien inversement le jugement de blâme qui conduit à la qualification de l'acte comme volontaire. »

poursuivis par la peine, comme la compensation des victimes et la satisfaction des attentes du public. Pour Feinberg, un dialogue clair existe entre la responsabilité criminelle et les objectifs visés par la peine au point où « [c]onceptions of the divergent ends of punishment and compensation further influence responsibility decisions »<sup>257</sup>. Non seulement les objectifs valorisés au niveau de la peine finissent par influencer notre conception de la responsabilité criminelle, mais, plus largement, notre conception de la fonction de l'institution pénale finit par avoir un impact prépondérant sur l'organisation des pratiques entourant la détermination de la responsabilité criminelle et sur les discours l'entourant. Cette adéquation entre paramètres sous-jacents à la responsabilité criminelle et aux objectifs de la peine n'est pas étrangère à la nature *fonctionnelle* de la responsabilité criminelle. Et la peine, permettant la matérialisation de cette fonction comme nous le verrons dans la Partie II, ne peut qu'avoir une influence sur notre conception de la responsabilité criminelle.

L'adéquation actuelle entre les paramètres permettant de décider de la responsabilité des accusés atteints de troubles mentaux et les objectifs de l'imposition de la peine laisse entrevoir que le contrôle des risques représente une fonction importante de l'institution pénale contemporaine et de notre conception de l'ordre. Les personnes atteintes de troubles mentaux, qui pourtant correspondent difficilement à l'idéal du sujet de droit responsable, sont intégrées *artificiellement* (par une intensification des stratégies discursives) dans la logique pénale avec pour objectif à moyen terme de réaliser leur « responsabilisation » et de les amener à gérer leurs risques de manière autonome. Cet objectif ultime est d'ailleurs renforcé par la mise à disposition de nouveaux outils réhabilitatifs : « Ce n'est plus un *sujet juridique* que les magistrats, les jurés ont devant eux, mais c'est un objet : *l'objet d'une technologie* et d'un savoir de réparation, de réadaptation, de réinsertion, de correction. »<sup>258</sup> On peut donc craindre qu'un changement radical dans la forme de la technologie punitive disponible à une époque donnée induise une nouvelle forme de responsabilité criminelle. En raison du rapport entre peine et responsabilité explicité dans cette sous-partie, nous sommes d'avis que cette crainte est avérée. Il y a certainement une différence fondamentale entre le fait de tenir un accusé atteint de troubles mentaux responsable *pour le* « *châtier* » par une mesure punitive ponctuelle et mesurée à la hauteur de sa responsabilité morale

---

<sup>257</sup> J. FEINBERG, préc., note 206, p. 343.

<sup>258</sup> M. FOUCAULT, préc., note 254, p. 16 et 17.

(souvent l'absolution ou le sursis de la peine), comme le préconisait le juge Lamer dans *R. c. M.(C.A.)*<sup>259</sup>, et le fait de le tenir responsable, comme aujourd'hui, *pour contrôler efficacement ses facteurs de risque* à l'aide des nouveaux outils de contrôle disponibles à notre époque<sup>260</sup>.

Au lieu de se fonder sur notre croyance collective envers le libre arbitre, cette manière particulière de concevoir le sujet de droit pénal responsable semble tranquillement se transposer vers une nouvelle conviction plus profonde, un nouvel imaginaire, celui de la *malléabilité* des sujets de droit responsables<sup>261</sup> et de la vertu *thérapeutique* des nouveaux instruments et des nouvelles pratiques pénales : « The offender was still seen as someone with a *deficit* to be corrected, albeit now understood as the *capacity to manage existence* in the external world, social skills, role competence, the ability to obtain and hold down a job and the like [alors qu'avant le déficit était une faute morale à expier par le châtement] »<sup>262</sup>. Comme nous le verrons dans la Partie II, ce nouvel imaginaire social est hautement problématique, car il fait fi de la nature intrinsèquement stigmatisante et afflictive des interventions de l'institution pénale. Cette nature punitive ne peut être détachée de ces nouvelles « vertus thérapeutiques », puisqu'il s'agit de l'essence même de l'institution pénale dont la fonction propre est de maintenir l'ordre *par la punition*.

#### **I. 2.1.4. La responsabilité criminelle dans sa fonction stratégique et sa nature prescriptive**

Notre exposé a jusqu'à maintenant présenté la responsabilité criminelle comme un concept interne et opérationnel au sein du système de vérité de l'institution pénale. Elle est un instrument conceptuel orienté vers la réalisation de sa fonction<sup>263</sup> (*sa nature fonctionnelle et interne*). L'institution pénale devant maintenir un ordre d'une certaine nature, elle se donne la marge de manœuvre pour intervenir individuellement et envers le plus grand nombre (*sa nature*

---

<sup>259</sup> *R. c. M.(C.A.)*, préc., note 194.

<sup>260</sup> Par exemple, les bracelets électroniques, les outils de dépistages d'alcool et de drogue, la possibilité de rejoindre l'accusé à tout moment et en tous lieux sur son téléphone mobile, les ordonnances de surveillance de longue durée, l'emprisonnement dans un centre thérapeutique, l'ordonnance d'interdiction de l'art. 161 *C.cr.*, l'ordonnance de probation et l'ordonnance d'emprisonnement dans la collectivité.

<sup>261</sup> C. SAINT-GERMAIN, préc., note 9, p. 297 : « Si les formes nouvelles et la substance de la subjectivité procèdent de la « liquidation » des institutions, elles n'en sont pas pour autant dissoutes. Le sujet moderne obéit aux destins « matériels » et « formels » de la plasticité; état composite qui tient à sa malléabilité, c'est-à-dire tout à la fois à sa capacité à recevoir et à donner une forme, et à sa résistance au choc. »

<sup>262</sup> Nikolas ROSE, *Powers of Freedom*, Cambridge, Cambridge University Press 1999, p. 238 (nos italiques).

<sup>263</sup> B. BERGER, préc., note 101, p. 138 : « All is done with the criminal justice system serving certain communicative and pragmatic aims around the management of responsibility for social breakdown and victimization. The criminal justice system is a rhetorical resource for laundering blame in service of social ends. »

*quantitative*). Sous l'apparence d'évaluer la « culpabilité profonde » d'un individu, le test de l'art. 16 *C.cr.* permet surtout une pré-évaluation de la réceptivité de l'accusé face aux injonctions de l'institution pénale et à la peine (*sa nature préparatoire*).

Dans cette dernière sous-partie, nous tâcherons d'exposer la nature *stratégique* et *prescriptive* de la détermination de la responsabilité. En raison de sa nature fonctionnelle et instrumentale, la responsabilité criminelle prend généralement la forme d'une prescription, d'un appel visant à la responsabilisation de l'individu. Les discours faisant référence au « libre-arbitre » et aux facultés de raisonnement de l'être humain que l'on retrouve dans les motifs écrits des juges permettent de prescrire la responsabilité criminelle d'un accusé; elles permettent, discursivement et rhétoriquement, d'imputer un crime à une personne, de « porter à son compte » un acte dont elle devra répondre. La déclaration de responsabilité criminelle est la conséquence directe d'une décision pragmatique de nature institutionnelle, et non d'une simple découverte. Comme le souligne Joël Feinberg, dans les « cas difficiles » (*hard cases*), comme ceux ayant trait à la responsabilité criminelle des accusés atteints de troubles mentaux : « legal responsibility is something to be *decided*, not simply *discovered*. »<sup>264</sup> La déclaration de responsabilité criminelle doit être comprise comme une stratégie permettant d'illustrer discursivement et rhétoriquement la responsabilité d'un accusé; elle permet de faire ressortir, à grands traits, le lien qui *devrait* exister entre ce dernier et le crime que l'on veut lui imputer, pour lequel on juge impératif de le responsabiliser et de le punir aux fins du maintien de l'ordre<sup>265</sup>. Pour Farmer, les discours que l'on retrouve dans les restrictions aux moyens de défense témoignent de la nature stratégique et opérationnelle de la responsabilité criminelle. Comme il l'explique, ces stratégies discursives se

---

<sup>264</sup> J. FEINBERG, préc., note 206, p. 342 (nos italiques).

<sup>265</sup> M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité - Volonté de savoir*, Paris, Éditions Gallimard, 1976, p. 133-134 relève la nature « tactique » des discours portés par les différentes institutions de pouvoir sur leurs sujets. Ceux-ci tentent de produire un discours « vrai » sur leurs sujets, afin de mieux les contrôler. Il s'agit de ce que nous avons défini comme étant les discours de type « pouvoir/savoir » : « C'est bien dans le discours que pouvoir et savoir viennent s'articuler. Et pour cette raison même, il faut concevoir le discours comme une série de segments discontinus, dont la fonction tactique n'est ni uniforme ni stable. (...) une multiplicité d'éléments discursifs qui peuvent jouer dans des stratégies diverses. C'est cette distribution qu'il faut restituer, avec ce qu'elle suppose de variantes et d'effets différents selon celui qui parle, sa position de pouvoir, le contexte institutionnel où il se trouve placé; avec ce qu'elle comporte aussi de déplacements et de réutilisations de formules identiques pour des objectifs opposés. (...) Il faut admettre un jeu complexe et instable où le discours peut être à la fois instrument et effet du pouvoir, mais aussi obstacles, butée, point de résistance et départ pour une stratégie opposée. »

révèlent indispensables afin de maintenir le mythe libéral de l'homme libre capable d'orienter ses actions par la force de sa volonté, elle-même soumise à sa raison :

« (...) the development of the individual super-ego capable of controlling aggressive impulses mirrors the function of the state at a societal level exerting a continuous pressure on individuals through its monopoly on violence. He sees this occurring in different ways : the moderation of spontaneous emotion; the tempering of affects; the extension of mental space beyond the moment into the past and the future; the habit of connecting events in terms of cause and effect. These are in part the consequence of an increasing social interdependence which requires individuals to anticipate the consequences of their actions and the actions of others. *This is not primarily achieved by means of direct threats, but by working on the self : encouraging self-reflection, the observation of self and others, and the development of an interior life.* Crucially, though, it is *the individual that becomes the point of intervention, through forms of discipline that are directed at remaking the self.* This is mediated in a *variety of ways* including the law, which becomes a reason for action, *articulating standards of conduct and associated reasoning processes.* So we find this process tracked in the criminal law in the articulation of the mental element, the development of tests of foresight, and the restriction of defences. (...) The *civilizing process* is thus about *creating the person who can be the subject of liberty* as well as refining and re-articulating the scope of permissible and impermissible harms. »<sup>266</sup>

Les stratégies discursives entourant la responsabilité criminelle permettent de légitimer l'intervention de l'institution pénale auprès des individus et, par le fait même, le contrôle de leurs comportements dans l'espace public<sup>267</sup>. Plus largement, elles permettent la régulation des attentes entre les membres de la société, le maintien d'un certain niveau de confiance mutuelle, la coordination et l'organisation de l'expression des volontés individuelles (des désirs de chacun). Elles permettent de définir et de répartir les responsabilités particulières en société.

---

<sup>266</sup> L. FARMER, préc., note 164, p. 54 (notre souligné et nos italiques) se référant en notes de bas de page à C. TAYLOR, *Modern Social Imaginaries*, préc., note 181, p. 38, et à C. TAYLOR, *Sources of the Self*, Cambridge, Harvard University Press, 1989 « where he identifies the characteristics of the modern idea of the self in terms of disengagement and inwardness, orientation to guiding ideas such as autonomy, self-responsibility and authenticity ». Nous pourrions aussi vous renvoyer à M. FOUCAULT, préc., note 265, dans lequel il développe au plus clairement sa conception du « pouvoir ». On la retrouve très bien synthétisée dans Gilles DELEUZE, *Foucault*, Éditions de Minuit, 1986/2004, pp. 31-51. La conception du pouvoir chez Foucault s'oppose à celle prônée par le Marxisme. Le pouvoir n'est pas la propriété exclusive d'une classe conquérante, il n'est pas localisé dans une institution particulière, il est plutôt généralisé, diffus, transcendant, décentralisé. Il ne s'exprime donc pas à travers un rapport simple de subordination ou de violence. D'ailleurs, de multiples acteurs y participent – il ne s'agit donc pas d'une opposition simple (dominants versus dominés). Le pouvoir est internalisé par les individus, il est ensuite exprimé de manière *interpersonnelle*, dans leurs relations et dans chacune de leurs interventions. Le pouvoir est donc vertical, mais aussi horizontal. En somme, le pouvoir a plusieurs modalités, ce n'est pas un simple rapport binaire de force ou de coercition (permission/interdiction), c'est un processus continu s'exprimant parfois par des moyens indirects, notamment par la construction de la subjectivité à travers l'ordre du discours.

<sup>267</sup> N. LACEY, préc., note 164, p. 2 : « In other words, conceptions and elaborated doctrines setting out the conditions of responsibility serve to legitimate criminal law as a system of state power, this in turn being a condition for criminal law's power to coordinate social behaviour. » *Id.*, p. 9 : « In each of these social practices, it would be safer to start out by making merely the modest assumption that ascriptions of, and ideas about, responsibility are performing distinctive practical/normative roles in relation to various structural problems. These problems include the coordination of expectations; the legitimation of the evaluative base of the practice; the underpinning of such factual judgments as the practice entails; the establishment of the incentive structures which the practice deploys pursuant to its role in coordinating social behaviour. »

Le développement de ce corpus théorique important sur les « facultés » que *doit* posséder le sujet de droit libre et rationnel pour faire fonctionner notre société complexe, et ce, sans changer notre conception quantitative stricte de la responsabilité criminelle, mène à une *intensification* des stratégies discursives, mais aussi à une augmentation et à une « hyper-spécification » des responsabilités de nature pénale s'imposant au sujet responsable. Ces responsabilités extensives s'imposent « au plus grand nombre », donc elles s'imposent également aux personnes atteintes de troubles mentaux non psychotiques. Cette expansion des responsabilités de nature pénale augmente, en retour, la capacité de contrôle de la loi pénale envers tous les sujets de droit, comme l'explique Farmer :

« Although the moralized conception of responsibility promises fairness to the individual (their 'punishability') and the potential limiting of the scope of the criminal law, it is arguable that this approach has at the same time afforded new possibilities for the extension of criminalization. The reshaping of the scope of social or civic responsibilities to prevent crimes has *made individuals more responsible (or responsible for more), and criminal liability has been attached to the failure to fulfil these responsibilities.* (...) this [moralized] conception of responsibility has *legitimized the extension of the criminal law.* »<sup>268</sup>

À force de devoir justifier et maintenir le mythe du sujet libre face aux critiques déterministes, les stratégies discursives auront abouti à la création d'un corpus théorique tout aussi important entourant la responsabilité, la « rationalité » et le « libre-arbitre » des personnes atteintes de troubles mentaux non psychotiques. En retour le développement de ce corpus théorique risque de transformer notre vision de ces personnes et notre rapport avec elles : la réitération *ad nauseam* de leur « capacité » d'autodétermination et la spécification de leurs responsabilités risquent d'induire une hausse de nos attentes à leur égard, une plus grande intransigeance et, surtout, une intervention pénale à leur endroit de plus en plus *fréquente* et *extensive* lorsqu'elles échouent à remplir leurs nouvelles responsabilités.

---

<sup>268</sup> L. FARMER, préc., note 164, p.192 (nos italiques). *Id.*, p. 196 : « Much contemporary theorizing about criminalization is built on the concern with individual responsibility in the sense of liability and accordingly sees responsibility primarily as a means of limiting criminalization, either at an individual or institutional level, by focusing on the conditions under which liability is attributed. The narrative of development from this perspective sees responsibility as restricting criminalization as subjective liability develops. By contrast, I have shown here that responsibility must be understood in the much broader sense of establishing rules and standards of conduct, and that the development of modern law is one in which the *increasing specification of liability* has tracked the growth of *prospective* responsibilities in the criminal law. » (nos italiques)

### **I. 2.1.5. Discussion finale : il faut avant tout modifier notre rapport à la fonction de l'institution pénale et notre conception de l'ordre public pour élargir la défense de NRCTM**

En raison de sa nature instrumentale et fonctionnelle, la responsabilité criminelle prise isolément ne permet pas de rendre intelligible et d'expliquer, par elle-même – notamment à travers ses référents au « libre-arbitre », à la « volonté », à la « raison », au « choix » –, les justifications de la criminalisation des accusés atteints de troubles mentaux. La responsabilité criminelle est *décidée* et *prescrite* par l'institution pénale en fonction des attentes et des besoins associés à une certaine conception de l'ordre public. La responsabilité criminelle étant une notion interne, fonctionnelle et instrumentale à l'institution pénale, il serait alors vain de cultiver à son égard des espoirs intrinsèquement limitatifs des phénomènes de surcriminalisation, sans modifier au préalable notre rapport envers la fonction de l'institution et notre conception de l'ordre à maintenir.

Pour Farmer, au fond, ce qu'il faut repenser pour combattre les différents phénomènes de surcriminalisation, y compris celle des personnes atteintes de troubles mentaux, c'est avant tout la manière dont on organise et répartit les responsabilités au sein de la société. Plus précisément, il faut revoir le modèle et la nature même de l'ordre public qui doit être maintenu *par l'entremise de la punition* ainsi que l'étendue des responsabilités qui doivent être renforcées par ce stigmatisme pénal : « It thus follows that what has to be *justified* is not only the *imposition of punishment* [« responsabilité rétrospective »] but the *distribution* of social responsibilities [« responsabilité prospective »], explicitly linking responsibility and criminalization. »<sup>269</sup> Précisant cette idée, Farmer explique que : « Indeed, a person cannot be *answerable to others* for something unless there is some form of *prospective responsibility* in the sense of the existence of recognized norms of conduct. »<sup>270</sup> Le professeur appelle ici à revoir et questionner notre conception de l'ordre public, sa composition et sa configuration. Il nous invite aussi à revoir notre conception de la fonction de l'institution pénale, et la manière de maintenir cet ordre public, le *fardeau des responsabilités de nature pénale* (« prospective responsibility ») que nous souhaitons faire reposer sur les épaules des sujets de droit responsables, ce qui inclut, pour l'instant, les personnes atteintes de troubles mentaux non psychotiques. Il nous amène à repenser la manière dont ces responsabilités sont réparties au sein de la population.

---

<sup>269</sup> *Id.*, p. 169 (nos italiques).

<sup>270</sup> *Ibid* (nos italiques).

Au-delà des simples questions de savoir si les personnes atteintes de troubles mentaux sont véritablement « libres » ou si la peine sera *utile* ou *efficace* pour gérer les risques dans leur cas, il faudrait avant tout se poser les questions suivantes : maintenir un ordre *juste*, paisible et sûr nécessite-t-il toujours d'intervenir coûte que coûte, de manière aussi stricte, envers le plus grand nombre? Est-ce que les personnes atteintes de troubles mentaux, compte tenu de leurs déterminismes aujourd'hui bien documentés, sont toujours un bon vecteur symbolique afin de tenir un discours sur la responsabilité individuelle et le libre arbitre des sujets de droit criminel? Est-ce que leur responsabilisation, en dépit de leurs sérieux déterminismes, permet véritablement de renforcer le mythe social du libre arbitre sur lequel repose notre culture? Quel fardeau *de nature pénale* sommes-nous prêts à imposer aux personnes atteintes de troubles mentaux et quelle part de responsabilité doit prendre l'État face aux problématiques liées à la santé mentale? Quel est l'ordre que doit maintenir l'institution pénale par l'entremise de la punition : la société réelle avec ses membres individuels ou un ordre moral de justice, symbolique et dépersonnalisé ? Quelles sont les limites du droit criminel? Où devrait se situer le principe modérateur? Est-ce à l'institution pénale de relever socialement, de socialiser, de réhabiliter, de « traiter » les personnes atteintes de troubles mentaux? Est-ce à elle de leur donner accès à l'accompagnement thérapeutique et leur redonner accès à la vie socio-économique?

Tout au cours de notre réflexion sur la nature institutionnelle de la responsabilité criminelle et sur les facteurs pragmatiques qui l'organisent, nous avons essayé de faire ressortir les « valeurs sociales » (pour reprendre l'expression citée plus haut par Hugues Parent) poursuivies par l'institution pénale en « responsabilisant » les personnes atteintes de troubles mentaux non psychotiques. Depuis toujours, l'institution pénale responsabilise et punit les « fous » afin de maintenir un ordre comportant un certain niveau de sécurité et de confiance mutuelle qui permet à « tous », y compris aux malades mentaux, une pleine jouissance de leur autonomie individuelle :

« To punish men for acts which they either could not help or could not know to be wrong would not really increase the deterring power of punishment. It would only deprive it of all the support which it derives from the moral sentiments of the public. On the other hand, to make madness a plea in bar of all further proceedings, so that every one affected with that disease in any degree whatever might commit any crime he pleased upon his neighbours, his keepers, or his companions in a madhouse, would be dangerous in the extreme. *Madmen in the present day are treated with a degree of humanity and entrusted with an amount of freedom which were formerly quite unknown. It would be impossible to allow this to go on if they were deprived of the protection of the law by being freed from all responsibility to it.* Hanwell and Colney Hatch contain thousands of inmates

who associate together *freely*, enjoy many amusements in common, cultivate considerable pieces of land, and, subject to some necessary restrictions, *live much like sane people*. Suppose they all knew that any one of them might murder, ravish, or mutilate any other without the fear of punishment, *the result would be that their liberty would have to be greatly restrained, and that they would have to be treated on the footing, not of moral agents to be governed by law, but of animals to be governed by force.* »<sup>271</sup>

Cet ordre public, décrit par Sir James Fitzjames Stephen en 1863, est celui de la société libérale idéalisée durant la modernité et dont nous avons hérité. Il visait un objectif noble et honorable. À cette époque, il était jugé plus *juste* de présumer que tous les sujets de droit, y compris certains « fous », possédaient un « libre-arbitre » les rendant criminellement responsables de leurs actes. On estimait alors que l'homme, un agent moral, était capable de se conformer à la loi tant qu'il était en mesure de faire fonctionner sa « raison ». Cette présomption fondée sur les pouvoirs de la raison permettait à tous, y compris aux malades mentaux, de jouir pleinement de leur « liberté » et de leur « autonomie », à moins qu'ils ne choisissent d'utiliser leur « raison » pour commettre un crime. Ce que nous savons aujourd'hui plus clairement c'est que la présomption voulant qu'il suffit d'avoir une cognition minimalement fonctionnelle pour se conformer à la loi pénale surestime grandement le pouvoir de la « raison », surtout lorsque l'on analyse son fonctionnement de manière aussi isolée que le fait la défense actuelle de NRCTM, c'est-à-dire sans égards aux déterminismes émotionnels et sociaux et à leurs impacts sur le raisonnement. On donne la « chance » aux malades mentaux de jouir pleinement de leur « autonomie », comme « les personnes saines d'esprit », mais jusqu'à ce qu'ils commettent un acte susceptible de perturber la confiance mutuelle, la jouissance personnelle et la sécurité des membres de la collectivité, alors que nous savons très bien aujourd'hui comment les divers types de déterminismes mentaux peuvent faciliter la commission d'un tel acte. Le départage *strict*, continuellement réitéré, entre les fous excusables et les autres s'effectue au détriment d'une *juste* reconnaissance de la vulnérabilité des personnes atteintes de troubles mentaux, de leur souffrance quotidienne et de leur besoin d'accompagnement pour s'épanouir et profiter – *justement comme le voulait Stephen* – de cette « autonomie » individuelle valorisée par notre société libérale :

« They [entre autres les malades mentaux] have been made the subject of legal orders that are designed to shape the 'habits and dispositions of citizenship', but they are often applied to a population *who do not or cannot fulfil the standards expected of the autonomous responsible citizen that is the presumed subject of liberal criminal law*. Moreover, these diverse powers do not replace criminal laws but engraft new technologies of responsibility on to existing institutions of criminal justice to layer *further burdens of conformity but offer little by way of support or the means to reintegration*. Technologies of responsibility assume the ability of those

---

<sup>271</sup> James Fitzjames STEPHEN, *General View of the Criminal Law of England*, London, Cambridge, Macmillan and Co., 1863, p. 96.

*targeted to conform to the legal requirements placed upon them, yet they hold individuals to standards of civility that may be difficult to meet in conditions of declining welfare provision and increasing deprivation. The high rates of breach only attest to the ineffectiveness of these measures as technical fixes to deeper socio-economic problems. »<sup>272</sup>*

Les découvertes cliniques jettent de l'ombre sur le caractère *juste*, « moral » et « valeureux » de cette présomption quasi universelle de capacité et sur la manière de départager le sujet responsable de l'irresponsable à partir d'une cognition minimalement fonctionnelle.

Après la désinstitutionnalisation des malades mentaux dans les années 60, le fait d'avoir aussitôt redirigé nos attentes de contrôle de cette population envers l'institution pénale – que ce soit elle qui, désormais, ait la charge de trier sur le volet les malades mentaux étant susceptible de contenir leurs risques grâce à un incitatif pénal – ne fait que mettre en exergue le désinvestissement et le manque de créativité de l'État dans la prise en charge des personnes vivant avec des troubles de santé mentale. Il y a quelque chose de profondément cynique et cruel dans le fait de maintenir de cette manière la sécurité dans notre société et de conserver un niveau aussi élevé d'opulence, de liberté individuelle et de jouissance personnelle en sachant qu'elle repose de manière plus ou moins systématique sur le châtement des délinquants atteints de troubles mentaux non psychotiques.

Il faut rajouter qu'aujourd'hui que, comparativement à 1863 où Stephen tenait ses propos, l'institution pénale s'est engagée à concrétiser cet ordre idéalisé de sécurité pour *tous les citoyens*, particulièrement pour les femmes et les enfants, par le rehaussement des peines et la mise en place d'infractions préventives. L'ordre actuel exige donc un niveau encore *plus élevé* de confiance, de protection contre les risques et vise à concrétiser un niveau encore *plus grand* de jouissance individuelle par l'entremise de la sanction pénale qu'en 1863. Ceci risque de se faire davantage au détriment des « déviants », des « anormaux », des personnes atteintes de troubles mentaux non psychotiques.

La protection de la sécurité et de l'autonomie est aujourd'hui assurée par la répression, le châtement et la stigmatisation d'une population d'anormaux et d'inadéquats sociaux; cela relève d'un choix de société – *rien ne nous oblige à faire ce choix, comme rien ne nous oblige à réformer la défense*

---

<sup>272</sup> Andrew ASHWORTH et Lucia ZEDNER, « Technologies of Responsibility », dans Iyiola SOLANKE (Dir.), *On Crime, Society, and Responsibility in the work of Nicola Lacey*, Oxford Scholarship Online, 2021, p. 29

*de NRCTM*... Il faut à tout le moins en prendre conscience et nous remémorer ce fait franchement inconfortable à chaque moment où nous jouissons et profitons de ce grand niveau de sécurité, de liberté et d'autonomie que nous offre la répression de ces personnes vivant avec un handicap mental.

### **I. 2.2. L'autiste en tant que sujet de droit pénal criminellement responsable : la décision emblématique dans *Minassian***

La logique d'imputabilité actuelle soutenue par l'art. 16 du *C.cr.* ne permet l'exonération de l'application de la loi pénale qu'aux rares accusés atteints d'une maladie d'une intensité telle qu'elle coupe tout lien dialogique avec l'institution pénale. Plusieurs déterminismes psychosociaux importants sont ignorés par la défense de NRCTM et par la protection découlant du verdict spécial. Comme la responsabilité criminelle vise également à évaluer, en filigrane, la réceptivité d'un accusé à son éventuelle peine, le seul fait d'un trouble mental – d'un sérieux déterminisme comme l'autisme – n'empêche pas l'institution pénale de s'intéresser à cet accusé et de le punir. La présente sous-section vise à illustrer, à l'aide d'une décision de la Cour supérieure de l'Ontario, le propos général qui précède.

En 2021, la Cour supérieure de l'Ontario a en effet clairement exprimé, dans l'arrêt *R. v. Minassian*, que l'institution pénale doit reconnaître la responsabilité des accusés atteints d'un TSA, qu'il existe un intérêt, une utilité, à leur intégration dans la logique pénale<sup>273</sup>. Les accusés autistes constitueraient, selon elle, de bons vecteurs pour maintenir un ordre public *juste*, paisible et sûr par l'entremise de l'infliction d'une souffrance institutionnelle et du stigmatisme qui découlent de la peine. Une courte étude des arrêts ayant effleuré le sujet avant l'arrêt *Minassian* nous permettra également d'illustrer le strict départage effectué par l'art. 16 *C.cr.*

Nos recherches ont permis d'identifier qu'avant l'arrêt *Minassian* il existait déjà des indices indiquant un processus de départage particulier entre l'autiste *responsable* et l'autiste *non criminellement responsable*. Sans surprise, ce départage s'effectuait en fonction de la présence ou non de symptômes psychotiques ou délirants fonctionnant en comorbidité avec le TSA. Les tribunaux ont donc rendu un verdict de NRCTM lorsque l'accusé autiste était également atteint

---

<sup>273</sup> *R. v. Minassian*, préc., note 10.

d'un trouble dissociatif. Notons par exemple, l'arrêt *R. c. Boisvert* datant de 2011, où l'accusé autiste était également atteint d'un trouble schizo-affectif comprenant des « symptômes psychotiques (trouble perceptuel, idées paranoïdes, angoisse de morcellement, frontières du Moi floues, mécanismes de déni de la réalité) »<sup>274</sup>. Ce trouble était d'une force telle que ses « convictions délirantes et [ses] hallucinations auditives (...) lui enlevaient la capacité de savoir que les gestes qu'il posait étaient mauvais »<sup>275</sup>. En 2017, dans l'arrêt *R. c. Jutras*<sup>276</sup>, on a également déclaré non-responsable criminellement un accusé autiste qui était, au moment de commettre son crime, dans un épisode maniaque comprenant des idées délirantes de persécutions et des hallucinations auditives. En 2022, après l'arrêt *Minassian*, la même logique se poursuit. Suite à l'expertise psychiatrique qui diagnostiquait chez l'accusé une « schizophrénie paranoïde avec épisode psychotique récent sur arrêt de la médication et un antécédent de trouble envahissant du développement de type Asperger »<sup>277</sup>, la Cour supérieure du Québec a conclu que l'accusé devrait être déclaré non-responsable criminellement. Ce dernier n'avait pas les capacités de « distinguer le bien du mal, le légal de l'illégal » puisqu' « au moment des événements, l'accusé était aux prises avec des symptômes d'un trouble mental *sévère*, amenant chez lui des symptômes *psychotiques* tels que des *hallucinations*, des *idées de référence* et des *idées délirantes de persécution* et à caractère *mystique*. »<sup>278</sup>

En revanche, lorsque l'accusé autiste ne présentait pas de symptômes psychotiques intenses pouvant perturber sa perception de la réalité, celui-ci a été décrit comme étant criminellement responsable par des experts ou par les tribunaux. Plusieurs décisions rendues avant l'arrêt *Minassian*, laissaient présager la conclusion de ce jugement. Dès 2010, dans *R. c. A.I.*, le tribunal a retenu l'avis de l'expert clinique à l'effet que « même si madame souffrait d'un trouble

---

<sup>274</sup> *R. c. Boisvert*, 2011 QCCS 6564, par. 13.

<sup>275</sup> *Id.*, par. 17 et 18.

<sup>276</sup> *R. c. Jutras*, 2017 QCCS 4629, par. 4-7 et 12.

<sup>277</sup> *R. c. Ferland*, 2022 QCCS 472, par. 30. L'accusé a été tout récemment déclaré « accusé à haut risque » en vertu des arts. 672.64(1)a) et b) *C.cr.* Le tribunal ordonnera la détention de l'accusé dans un hôpital psychiatrique. L'impact du syndrome d'Asperger dans sa capacité d'introspection (se connaître lui-même) et d'évaluation de ses propres risques a été pris en compte pour le déclarer « accusé à haut risque », *R. c. Ferland*, 2022 QCCS 2166, par. 73 : « Le Dr Gauthier fait état que l'accusé a peu de capacité d'introspection et qu'il a une très faible résistance au stress. Il a peu de capacités de résolution de problèmes, ce qui est exacerbé par la condition du syndrome d'Asperger et les enjeux obsessionnels compulsifs et anxieux. » *Id.* par. 75 : « Il est probable, selon le Dr Gauthier, que l'accusé demeure dans les prochaines années avec des enjeux d'autocritique, d'introspection ainsi que d'estimation de son propre risque. » Peu importe les voies empruntées par l'accusé (responsabilité criminelle ou non-responsabilité criminelle), tout mène à la gestion efficace des risques.

<sup>278</sup> *R. c. Ferland*, 2022 QCCS 472, par. 31 (nos italiques).

envahissant du développement, que ce soit l'autisme ou le syndrome d'Asperger, cette maladie ne serait pas de nature à affecter la responsabilité criminelle de madame »<sup>279</sup>. Dans *R. v. Yuan*, en 2013, le tribunal et les psychiatres reconnaîtront que la difficulté pour l'accusé de réguler sa colère est causée par une incapacité d'établir des interactions interpersonnelles en raison de son TSA, mais que cet état n'est pas à même d'interférer avec son raisonnement au point où il ne pouvait plus « savoir que l'acte était mauvais »<sup>280</sup>. Un an plus tard, dans *R. v. Fraser*, l'expert a été d'avis que les déficits significatifs dans les relations interpersonnelles et sociales de l'accusé, fruits de son syndrome d'Asperger, ne satisfont pas le critère d'intensité de l'art. 16 *C.cr.*, quoique celui-ci pourrait être pertinent lors de la détermination de la peine<sup>281</sup>.

Ceci dit, ce n'est que tout récemment, en mars 2021, qu'un tribunal se penchera pour la première fois de manière approfondie sur la nature de la responsabilité criminelle des personnes autistes<sup>282</sup>. L'arrêt *Minassian* confirme que le lien dialogique qui relie l'accusé à l'institution pénale s'établit autour du fonctionnement cognitif et intellectuel de l'accusé, autour d'un « un seuil minimal de rationalité ». Ce seuil minimal comprend certainement la capacité de percevoir le réel, d'établir des liens simples de nature causale comme celui entre un acte physique et sa conséquence matérielle, d'entendre et de comprendre ce qu'on lui dit, d'enregistrer l'information qu'on lui transmet, d'exercer sa mémoire au moment opportun et d'appliquer des connaissances à des situations concrètes. Tout s'opère comme si ces facultés cognitives, seules, suffisaient pour se conformer aux ordonnances de la loi pénale et ainsi légitimer l'intervention de l'institution pénale. Cette dernière prend le « pari » que ces facultés, seules, sont en mesure de susciter éventuellement le regret chez l'accusé, de lui faire comprendre la signification et la légitimité de la peine et l'amener à reconnaître un jour sa culpabilité, l'autorité légitime de l'institution pénale et la nécessité de son autoresponsabilisation. Dans cet arrêt, le tribunal a décidé que l'absence d'empathie cognitive et les manies obsessionnelles causées par un trouble neurodéveloppemental comme le TSA ne sont

---

<sup>279</sup> *R. c. A.I.*, 2010 QCCQ 3934, par. 72.

<sup>280</sup> *R. v. Yuan*, 2013 ONSC 2855, par. 24 et 29.

<sup>281</sup> *R. v. Fraser*, 2014 NSSC 110, par. 7.

<sup>282</sup> Selon la juge dans *R. v. Minassian*, préc., note 10, il n'existerait qu'un seul jugement auparavant où la question aurait été traitée : « Dr. Bradford was aware of only one Canadian case dealing with ASD and s. 16 of the Criminal Code. He testified that this case involved a young offender ("J.F.") and that he believed the NCR finding was made on consent. » La Cour d'appel a refusé de trancher la question. Elle a décidé sur une autre question, *R. v. J.F.*, 2019 ONCA 432, par. 35 : « I need not determine whether the NCR verdict was based on a flawed psychiatric report and is unreasonable, in light of the disposition. »

pas « suffisantes »<sup>283</sup> pour rompre le lien dialogique entre l'accusé et l'institution pénale, permettant alors de porter le crime à son compte et de le punir.

**Premier volet : « He appreciated the nature and quality of his act, knew it was murder, and knew it was legally wrong »<sup>284</sup>.** La juge Molloy traite en deux courts paragraphes du premier volet et d'une partie du deuxième volet de l'art. 16 *C.cr.* L'accusé avait « planifié » de manière « délibérée » de commettre des meurtres. Il appréciait donc suffisamment la nature et la qualité de ses actes. Il « savait » que ce qu'il allait commettre « serait considéré » comme un meurtre au premier degré en vertu de la loi. Empiétant sur le deuxième volet, la juge mentionne déjà que l'accusé savait donc, à tout le moins, que son acte était mauvais, au sens d' « illégal » et qu'il serait éventuellement puni : « Mr. Doe was fully aware that what he had done constituted first-degree murder and that he would be facing a sentence of imprisonment for life, a fate he planned to avoid by provoking the police into killing him. »<sup>285</sup>

**Deuxième volet : « He knew, at least intellectually, that it was morally wrong »<sup>286</sup>.** Pour la juge Molloy, la question posée par le deuxième volet de l'art. 16 *C.cr.* se résout également rapidement et facilement. L'accusé était bel et bien en mesure de « savoir » que le meurtre était, non seulement illégal, mais « moralement mauvais » puisqu'il possédait la faculté intellectuelle de se *remémorer* et de se *référer* aux enseignements prodigués par sa famille et ses enseignants :

« Mr. Doe: (...) I knew myself it's wrong what I'm doing regardless of what other people are saying, I knew it was wrong to kill.  
Dr. Alvarez-Toro: Why is that?  
Mr. Doe: Well, *because I've been told by everyone. By family – and school or wherever.* It's just an ingrained pillar, the ingrained sole rule that killing is wrong. »<sup>287</sup>

Le deuxième volet n'exige pas, selon la juge, d'identifier chez l'accusé, pour pouvoir le condamner et le punir, une certaine capacité de développement philosophique ou moral (en quoi le meurtre est injuste pour les victimes, dévastateur pour les proches, inadmissible pour la société). Autrement dit, il n'est pas nécessaire que ce dernier fasse preuve d'un développement moral fonctionnel,

---

<sup>283</sup> *R. v. Minassian*, préc., note 10, par. 243.

<sup>284</sup> *Id.*, par. 52.

<sup>285</sup> *Id.*, par. 199, voir aussi par. 198.

<sup>286</sup> *Id.*, par. 52 (notre souligné).

<sup>287</sup> *Id.*, par. 201 (nos italiques).

commun et non affecté par un trouble de santé mentale, ni que ses connaissances intellectuelles soient associées à une réaction émotionnelle appropriée face à la gravité morale de ses actes. Il n'est pas nécessaire non plus que l'accusé soit en mesure de se mettre à la place de ses victimes ou des proches de ses victimes, puisque, pour être guidé par la loi pénale, et éventuellement par la peine, il suffit qu'il soit réceptif intellectuellement aux enseignements prodigués par les autorités. Il suffit qu'il soit en mesure de percevoir la réalité, être réceptif à la logique « causale » qui détermine notre réalité, et d'enregistrer cognitivement certains ordres pour s'y référer plus tard par le biais de la mémoire<sup>288</sup> :

« Mr. Doe's *cognitive* ability to know right from wrong was unimpaired by his disability. The fact that he had ASD did not mean he did not have the capacity to know that society would consider this to be immoral. On the contrary, he actually knew – *at least intellectually* – that by society's standards, his actions were morally wrong. »<sup>289</sup>

**Extension du deuxième volet : « He had the capacity to rationally evaluate what he was doing and to rationally choose between what was right and what was wrong »<sup>290</sup>.** En raison du léger élargissement de la défense de NRCTM provoquée par l'interprétation de la juge McLachlin dans l'arrêt *Oommen*<sup>291</sup>, la juge Molloy a dû vérifier si l'accusé autiste était également en mesure « d'effectuer un choix à l'aide de sa raison », « de prendre une décision entre le bien et le mal à la suite d'un raisonnement »<sup>292</sup>. Elle a répondu positivement à cette question, sans prendre compte de la qualité de ce raisonnement, de l'impact de la maladie sur le développement moral et social de l'accusé ou du fait que l'autisme a certainement orienté et déterminé l'issue de son raisonnement. Elle a aussi ignoré l'impact précis que peut avoir une absence d'empathie cognitive sur la

---

<sup>288</sup> *Id.*, par. 230 : « If the sole question before me was whether Mr. Doe intellectually knew that his acts would be perceived in society as morally wrong, my answer would be clear-cut. Mr. Doe has repeatedly told everyone he spoke to that he knew his actions constituted first-degree murder and also that he knew what he had done would be condemned by everyone in society, with the possible exception of some fringe groups on the internet. He described the social norm that killing is wrong as an “ingrained” pillar that he had learned from his family and at school. He variously referred to his attack as “devastating,” “despicable,” “shocking,” “morally terrible,” “a horrible thing,” and “irredeemable.” He said that he knew these acts were morally wrong. I do not agree with the defence submission (or the opinion of Dr. Westphal) that these were concepts or expressions that Mr. Doe picked up from others since his incarceration. Mr. Doe himself explained that this was something that was taught to him by his parents and others and something he has always known to be an ingrained pillar of society. There is no question that on an intellectual level he knew that murder was morally wrong. If that is the extent of the test, then the defence clearly fails. »

<sup>289</sup> *Id.*, par. 204 (nos italiques et soulignés).

<sup>290</sup> *Id.*, par. 54.

<sup>291</sup> *R. c. Oommen*, préc., note 113, p. 516 : « il doit aussi avoir la capacité d'appliquer rationnellement cette connaissance à l'acte reproché. »

<sup>292</sup> *R. v. Minassian*, préc., note 10, par. 233.

possibilité de mener pareil raisonnement moral<sup>293</sup>. En effet, une étude *approfondie* de la qualité de ce raisonnement, des conditions nécessaires pour le mener et des déterminismes ayant pu orienter ce raisonnement n'est pas nécessaire selon la juge, étant donné que le degré requis de compréhension permettant de faire un choix « rationnel », pour « savoir » qu'un acte est mauvais (« know »), est « a lower standard » que celui requis par l'expression « apprécier » ou « juger » que l'on retrouve dans le premier volet de la défense<sup>294</sup>. La simple *présence* d'un raisonnement moral, conduit à l'aide d'une cognition minimalement fonctionnelle, permet, aux yeux du tribunal, d'effectuer un « choix librement » entre le bien et le mal (« freely choosing to proceed with it »)<sup>295</sup>.

Comme nous l'avons vu, l'accusé autiste souffre d'un manque d'empathie cognitive. Il est incapable d'intuitionner, par lui-même, les dimensions morale, sociale et émotionnelle de ses actes, même s'il demeure en mesure de les *intellectualiser à la suite d'un enseignement* et de s'y référer *si on lui donne assez de temps*. Puisque sa capacité de « raisonnement » n'est pas intuitive et innée, la capacité de compréhension demeurera certainement plus « superficielle » que chez la population générale, comme le reconnaît d'ailleurs la juge Molloy : « this ability is not completely missing, it is just *more superficial* than it is in most people. He does not experience empathy or understanding of other people's emotions *innately*, but he *can reason* it out using his *intellect if given time* »<sup>296</sup>. De cette manière, la juge Molloy reconnaît que l'accusé autiste n'est pas égal aux autres membres de la population face aux prédications de la loi pénale et est désavantagé par la présomption voulant que tous sont en mesure de conformer leurs actes à la loi par la seule force de la raison : « I recognize that Mr. Doe is also *less able to use his intellect to reason his way through moral problems that are complex or novel.* »<sup>297</sup> Comme le reconnaîtront l'expert de la défense et celui de la Couronne : « He uses his intellect to compensate for *some* of these deficits, but he is *unable to completely overcome them.* »<sup>298</sup> La juge conclura elle-même ainsi :

---

<sup>293</sup> *Id.*, par. 240 : « The question is not whether they took into account the impact on their victim, but rather whether they knew what they were doing was wrong and proceeded to do it anyway. A lack of empathy does not render somebody incapable of knowing right from wrong or of making a reasoned, rational choice. »

<sup>294</sup> *Id.*, par. 232 : « The addition of the requirement for rational decision-making does not import into the second branch the *degree of insight and understanding* that would be required to constitute "*appreciating*" moral wrongfulness. "*Knowing*" is a lower standard than "*appreciating*." » *Id.*, par. 234 : « Having failed to inform himself on the Canadian test, he proceeded to direct his evidence throughout on whether Mr. Doe truly "*understood*" the moral wrongfulness of his actions, and whether he fully "*appreciated*" the consequences of those acts, which is not the Canadian test. »

<sup>295</sup> *Id.*, par. 231.

<sup>296</sup> *Id.*, par. 128 (nos italiques).

<sup>297</sup> *Id.*, par. 246.

<sup>298</sup> *Id.*, par. 112 (nos italiques).

« He has been able to use his intellect to compensate *for some* of his impairments. He has learned methods of interacting. He is able to work out abstract concepts and analyze moral problems. However, *these are not natural to him; he has to work at it.* (...) *It takes him much longer to work out these problems than would be the case for most people.* Mr. Doe will experience the most severe impacts of his disorder in situations where he is required to respond immediately to a stimulus or make a snap judgment. Given time, he does much better. »<sup>299</sup>

L'arrêt *Minassian* véhicule donc l'idée que le fonctionnement intellectuel inusité de l'accusé autiste répond au seuil minimal de rationalité (« threshold of rationality »<sup>300</sup>) propre à une conception englobante de la responsabilité criminelle. L'art. 16 *C.cr.* ne permet d'exonération que si le trouble mental respecte des critères élevés et spectaculaires d'intensité s'apparentant aux symptômes dissociatifs. L'extraordinarité et l'apparence des symptômes n'est pas étrangère, comme nous l'avons vu, au facteur pragmatique de la confiance et de la perception du public qui sous-tend l'analyse de l'art. 16 *C.cr.* Dans ses motifs, la juge Molloy se demande d'ailleurs si le TSA peut atteindre le même degré d'« intensité » qu'une maladie psychotique et dissociative, pour répondre ensuite par la négative :

« However, there was no point in time where Mr. Doe *experienced a break with reality*, where he *actually believed he was playing a video game*. He always knew that these were *real* people and he was attempting to kill them. (...) he was *nowhere close to delusional, nor was he in a dissociative state.* »<sup>301</sup>

Même si la Cour reconnaît que « empathy could be one of the ingredients in moral reasoning »<sup>302</sup>, et que l'« empathy for the victim is one of the factors usually weighed in the balance in moral reasoning »<sup>303</sup>, cet esprit pour qui les états mentaux d'autrui ne sont pas intuitivement saisissables sera tout de même assimilé à un « operating rational mind »<sup>304</sup>. On dira de l'accusé dans cette affaire qu'il est capable d'effectuer un raisonnement « suffisamment » rationnel pour être criminellement responsable, même si son trouble neurodéveloppement l'empêche de comprendre intuitivement toute la détresse de ses victimes et de leurs proches et d'y attribuer le poids qu'un esprit dépourvu d'un tel trouble conférerait à cette donnée lors de son raisonnement moral<sup>305</sup>. En

---

<sup>299</sup> *Id.*, Par. 140 (nos italiques).

<sup>300</sup> *Id.*, par. 243.

<sup>301</sup> *Id.*, par. 241 et par. 243 (nos italiques).

<sup>302</sup> *Id.*, par. 242.

<sup>303</sup> *Id.*, par. 250.

<sup>304</sup> *Id.*, par. 243.

<sup>305</sup> On voit bien le pouvoir limité de l'intellect chez Schopenhauer et l'illusion de liberté qui en découle, A. SCHOPENHAUER, préc., note 116, p. 557 : « En attendant, nous nous efforçons, par une froide méditation pensant le pour et le contre, d'éclairer le plus vivement possible les motifs des deux côtés, afin que chacun puisse peser de tout son poids sur la volonté lorsque le moment sera venu, et pour éviter qu'une éventuelle erreur de la part de l'intellect ne conduise la volonté à prendre une décision différente de celle qu'elle prendrait lorsque toutes choses influent

effet, « the reasoning process is nevertheless *the exercise of a free and conscious mind, even though driven by the desire for something repellant to most of us.* »<sup>306</sup> Ce qui compte, pour être criminellement responsable et pour faire l'objet d'une peine, ce n'est pas le contenu, mais la simple *présence* d'une forme de raisonnement, aussi artificiel et déterminé par un trouble mental soit-il, précisément puisque c'est à l'intérieur de cette faculté de « mise en balance des pour et des contre » que pourra agir la peine :

« I accept that when most people weigh the pros and cons of doing something that could injure somebody else, their empathy for the potential victim would be a factor they would take into account. (...) However, I do not accept the submission of defence counsel that this is an equivalent situation to informed consent, where the absence of one piece of information negates the consent. « *It is the process of reasoning that is at issue when considering a s. 16 defence, and whether the person has the capacity to do so.* The weight the person gives to empathy in that reasoning process, including that no weight at all is given to it, will not be sufficient to find that person not criminally responsible under s. 16. »<sup>307</sup>

De cette manière, la juge est en mesure de s'assurer de l'utilité et de la capacité de *dissuasion individuelle* de la peine qui sera éventuellement prononcée. Nous retrouvons donc déjà, dans les motifs de la juge Molloy plusieurs des paramètres pragmatiques soutenant le départage effectué par l'art. 16 *C.cr.* et certaines stratégies discursives que nous avons commentées dans la précédente sous-partie. Le reste de la présente sous-partie servira à illustrer certains d'entre eux.

Tout d'abord, les interventions des experts psychiatres se révèlent d'une grande utilité pour la juge qui doit déterminer l'opportunité d'inclure l'accusé autiste à l'intérieur de la logique pénale<sup>308</sup>. Les experts psychiatres au procès instruiront la juge sur l'« incurabilité » du TSA, l'absence de traitement spécifique requis et sur la nature du soutien requis par la personne autiste. Comme en témoignent ses motifs, elle a bel et bien retenu ces explications :

« Autism Spectrum Disorder is a neurodevelopmental disorder that presents in early childhood and continues for life. The manner in which ASD presents *may change over time, and some deficits may attenuate with*

---

régulièrement. Or ce développement clair des motifs opposés est tout ce que l'intellect peut faire lors d'un choix. Il attend la décision proprement dite avec la même passivité et avec la même curiosité inquiète que s'il s'agissait de la décision d'une volonté étrangère. (...) L'intellect ne peut faire rien d'autre que de mettre vivement en lumière tous les aspects de la manière d'être des motifs et ne saurait déterminer la volonté elle-même, puisque celle-ci lui est entièrement inaccessible et même, comme nous l'avons vu entièrement insondable. »

<sup>306</sup> *R. v. Minassian*, préc., note 10, par. 245.

<sup>307</sup> *Id.*, par. 250 (nos italiques).

<sup>308</sup> M. FOUCAULT, préc., note 254, p. 14 : « L'essentiel de son rôle, c'est de légitimer, dans la forme de la connaissance scientifique, l'extension du pouvoir de punir à autre chose que l'infraction. L'essentiel, c'est qu'elle permet de replacer l'action punitive du pouvoir judiciaire dans un corpus général de techniques réfléchies de transformation des individus. » *Id.*, p. 17 : « En bref, l'expertise a pour fonction de doubler l'auteur, responsable ou non, du crime, d'un sujet délinquant qui sera l'objet d'une technologie spécifique. »

*treatment. An individual with ASD may learn through treatment or life experience to manage or compensate for some of the deficits caused by the disorder. However, there is no "cure," per se, and the condition is permanent. »*<sup>309</sup>

Ce passage est évoqué alors que la juge doit décider si le TSA constitue un « trouble mental » au sens du *Code criminel*, mais déjà nous sommes en mesure d'observer que la réflexion sur la responsabilité criminelle de l'accusé atteint de troubles mentaux dépasse le simple cadre théorique posé par la question du libre arbitre pour tomber dans l'analyse de l'utilité de la peine.

Sur ce point, les représentations par les experts sur la responsabilité criminelle des accusés atteints de troubles mentaux permettent une investigation extensive sur les différentes ramifications de la maladie sous évaluation, ce qui inclut une enquête sur la manière la plus efficace de la traiter. Dans ce cas-ci, il n'est pas impossible que l'« incurabilité » du TSA par un traitement hospitalier ou médicamenteux précis ainsi que la possibilité d'atténuer certains déficits avec le temps et de responsabiliser la personne autiste en lui apprenant à gérer ses déficits à l'aide d'un suivi thérapeutique continu aient pu jouer un rôle dans la décision de la juge d'intégrer la personne autiste à l'intérieur de la logique pénale, plutôt que de l'envoyer devant la commission d'examen. L'intérêt d'intégrer un accusé autiste à l'intérieur de la logique pénale est d'ailleurs renforcé sachant que la commission pourrait libérer inconditionnellement l'accusé s'il est jugé par celle-ci comme ne représentant pas « un risque important » pour le public<sup>310</sup>. Comme nous l'avons vu plus haut, des facteurs aussi pragmatiques et conséquentialistes que celui-ci peuvent jouer un rôle dans la décision de reconnaître ou non une maladie comme étant exonératrice de responsabilité criminelle.

L'intérêt que porte le tribunal envers la mesure la plus susceptible de maximiser la sécurité du public et d'assurer la réhabilitation de l'accusé est également révélé par l'historique sociobiographique<sup>311</sup> qui est dressé en début de jugement par la juge Molloy. Cet historique, rendu

---

<sup>309</sup> *R. v. Minassian*, préc., note 10, par. 35 (nos italiques).

<sup>310</sup> Art. 672.54 et 672.5401 *C.cr.*

<sup>311</sup> M. FOUCAULT, préc., note 203, p. 293 : « Derrière l'infracteur auquel l'enquête des faits peut attribuer la responsabilité d'un délit, se profile le caractère délinquant dont une investigation biographique montre la lente formation. L'introduction du « biographique » est importante dans l'histoire de la pénalité. Parce qu'il fait exister le « criminel » avant le crime et, à la limite, en dehors de lui. Et qu'à partir de là une causalité psychologique va, en doublant l'assignation juridique de responsabilité, en brouiller les effets. On entre alors dans le dédale « criminologique » dont on est bien loin aujourd'hui d'être sorti : toute cause qui, comme détermination, ne peut que diminuer la responsabilité, marque l'auteur de l'infraction d'une criminalité d'autant plus redoutable et qui demande des mesures pénitentiaires d'autant plus strictes. À mesure que la biographie du criminel double dans la pratique pénale l'analyse des circonstances, lorsqu'il s'agit de jauger le crime, on voit le discours pénal et le discours psychiatrique entremêler leurs

possible par l'intervention des différents intervenants et experts au procès, permet indirectement de dégager l'intérêt qu'il y a de soumettre la personne autiste à une surveillance accrue, à un suivi continu axé sur l'autogestion des risques, qui serait chapeauté par l'institution pénale. Dans cet historique rédigé par la juge, on s'intéresse au support de sa famille, à son enfance, à sa scolarité et aux programmes de soutien dont il a bénéficié dans le passé, à ses relations interpersonnelles, et à son fonctionnement au travail, ce qui n'est pas sans rappeler l'analyse des facteurs *réhabilitatifs* que l'on retrouve généralement dans les jugements sur la peine<sup>312</sup>. Ce portrait permettra à la juge tout d'abord d'évaluer le degré d'intensité de la maladie sur le développement de l'accusé afin de s'assurer qu'il est bel et bien en mesure de pallier ses déficits à l'aide de son intelligence et d'être guidé par celle-ci. Il permettra ensuite à la juge, encore plus fondamentalement, d'être renseignée sur la *nature* du support et de l'assistance sociale dont a pu bénéficier Minassian dans le passé et sur le type d'assistance dont il aura besoin pour fonctionner par lui-même en société. La juge conclura d'ailleurs ainsi :

« He required supportive therapy to overcome some of the repetitive and idiosyncratic behaviours often associated with ASD in early childhood. However, with those supports and with assistance through school, he was able to graduate from high school with good standing. With even less support, he was able to complete a university degree in computer programming. He was able to accomplish all of this *because he is above average in almost all aspects of intelligence*, with scores even higher in areas of mathematics and logic. However, he clearly has impairments in social functioning as a result of his ASD. The question is *the extent to which he has been able to compensate for those deficits or learned to adapt to them in order to function in daily living*.

The fact that Mr. Doe has been successful in his academic endeavours does not mean that this has come easily to him. He did require *substantial assistance*. Also, he was always given *extra time* to complete things. »<sup>313</sup>

Ensuite, nous pouvons également observer la juge tracer une *ligne claire entre la victime et le coupable* afin de maintenir sa logique imputative et de bien faire ressortir ce qui constitue la véritable *matière punissable* chez l'accusé. Pour y arriver, la juge naviguera à travers les multiples facteurs de nature causale évoqués par les experts cliniques qui permettent d'expliquer, d'une manière plus détaillée et nuancée que ne le fera la juge, l'acte de Minassian. Même si elle reconnaitra qu'il est « almost impossible »<sup>314</sup> de trouver la motivation exacte de l'accusé et qu'elle

---

frontières; et là, en leur point de jonction, se forme cette notion de l'individu « dangereux » qui permet d'établir un réseau de causalité à l'échelle d'une biographie entière et de poser un verdict de punition-correction. »

<sup>312</sup> *R. v. Minassian*, préc., note 10, par. 87-103. Cf. M. FOUCAULT, préc., note 203, p. 293.

<sup>313</sup> *R. v. Minassian*, préc., note 10, par. 103-104 (nos italiques).

<sup>314</sup> *Id.*, par. 192.

conclura qu'il n'y a pas de « clear motivator »<sup>315</sup> dans son cas, elle conclura, du même souffle, qu'il s'agit néanmoins de la tâche du juge de « décider des faits », d'établir, au fond, *la narrative*. Elle se rattachera finalement, sans nier les autres causes, à un facteur explicatif en particulier qu'elle hissera au rang de « primary reason for carrying out the attack in the first place »<sup>316</sup>. Cela lui permet de faire ressortir discursivement la véritable matière punissable chez l'accusé:

« Why did he do it? There is a *long answer*. There were multiple factors at play as I have described above, as well as the impact of his ASD, and possibly desensitization as a result of the deprived internet sites he frequented. But there is also a *short answer*, a *bottom line*: he did it to become famous. »<sup>317</sup>

On peut donc identifier deux discours à travers ce jugement, une « version longue » qui prend en compte l'impact du TSA sur la vulnérabilité de l'accusé à commettre un tel crime, mais qui, s'il était admis, viendrait embrouiller la frontière entre victime et coupable, et une « version courte », adressée au public, qui permet de préparer, en toute légitimité, l'accusé à recevoir la peine attendue. La juge confère une telle importance à ce facteur qu'elle en fera un des thèmes principaux de son jugement en anonymisant le nom de l'accusé, tout au long du jugement, le remplaçant par « Mr. Doe » pour éviter de lui donner la notoriété qu'il « recherchait » en menant à terme son plan. Le fait d'anonymiser son nom tout au long de jugement n'est pas sans effet chez le lecteur, puisqu'il permet d'internaliser la proposition de la juge à l'effet que la véritable raison derrière ce crime est le désir de célébrité.

Pour arriver à maintenir cette frontière entre coupable et victime, la juge se référera également au rapport qu'entretient la symptomatologie de l'accusé aux conditions mentales généralement partagées par le public. Il n'est pas étonnant qu'elle mette l'accent sur son désir de célébrité pour expliquer le crime, le désir de notoriété pouvant être partagé par le plus grand nombre et étant plus susceptible d'attirer le blâme. Elle se questionnera donc à savoir si l'état mental de l'accusé diffère à ce point de celui partagé par la population générale: « this is a kind of thinking most of us have

---

<sup>315</sup> *Id.*, par. 196 : « What, then, was his motivation? I am drawn to the conclusion that there was no one clear motivator. Mr. Doe was profoundly lonely and felt hopeless. He saw nothing in his future but failure, both in social relationships and work. He wanted to be seen. He wanted to be known, and talked about. He saw no way to accomplish that except through a spectacular act of violence. He had been musing about mass murder for years, to varying degrees. Convinced that he was about to fail in his first real job and live a life of obscurity and dependence, he decided instead to achieve fame and notoriety even if it meant dying in the process. I am sure that resentment towards women who were never interested him was a factor in this attack, but not the driving force. Instead, as he told every assessor, he piggybacked on the incel movement to ratchet up his own notoriety. »

<sup>316</sup> *Id.*, par. 204.

<sup>317</sup> *Id.*, par. 197 (nos italiques).

done, realizing that there is a bad side to something we really want to do, but deliberately not thinking about that because you really want the good side. »<sup>318</sup> Cela permet de vérifier si la population est en mesure de se reconnaître à travers l'accusé ou si ce dernier, étant complètement étranger au grand public (« aliéné »), ce dernier n'aurait alors pas tendance à le blâmer. Comme nous l'avons vu, c'est une des raisons pour laquelle la juge vérifie si l'état de Minassian se rapproche ou non de l'état d'un psychotique. Il s'agit ici du facteur pragmatique visant à s'assurer de la confiance du public envers l'administration de la justice. Également, cela permet de vérifier que le déficit empathique de l'accusé autiste n'est pas un obstacle à l'application d'une peine et que le jugement aura bel et bien un effet *dissuasif pour la population générale* : « *Every one of us has, or lacks, empathy to various degrees. The same is true of people who commit crimes, whether it be fraudsters, drug dealers, rapists, child abusers, or murderers. Many of them may lack empathy altogether. However, that does not create a defence under s. 16 of the Criminal Code.* »<sup>319</sup>

La juge Molloy justifiera également plus loin l'exclusion de l'autisme et des autres maladies s'attaquant à l'empathie de la portée de l'art. 16 *C.cr.* par la nécessité pour l'institution pénale d'intervenir auprès du plus grand nombre, d'intervenir individuellement auprès des membres de la société, et de *dénoncer* les transgressions aux normes sociales par la condamnation, et aujourd'hui, également par la peine:

« A lack of empathy does not render somebody incapable of knowing right from wrong or of making a reasoned, rational choice. Another difficulty with Dr. Westphal's evidence is that he fails to appreciate that a lack of empathy for victims is not sufficient to ground a s. 16 defence under Canadian law. *If it were, not many criminals would ever be convicted of anything.* »<sup>320</sup>

Finalement, de par leur capacité à entendre, à enregistrer les prédications des autorités morales, de s'y référer par l'entremise de la mémoire, les personnes autistes sauraient faire preuve d'une certaine forme de raisonnement, aussi superficiel et affecté soit-il, leur permettant éventuellement d'être *dissuadés* par la menace de la peine et d'être contrôlés par ses conditions. Le discours des experts psychiatres permettra d'apparenter le fonctionnement du raisonnement des personnes autistes avec celui des autres sujets de droit responsable tel que conçus dans la tradition libérale. En effet, la tradition libérale conçoit les sujets comme des agents guidés par la mise en balance des

---

<sup>318</sup> *Id.*, par. 245.

<sup>319</sup> *Id.*, par. 240 (nos italiques).

<sup>320</sup> *Id.* (nos italiques).

avantages et des inconvénients et dont l'action est dirigée en fonction de l'appât du gain perçu et de leur « volonté » librement déterminée par leur raison. Le fait d'associer le raisonnement de Minassian aux sujets de droit raisonnable occulte néanmoins l'irrationalité et la folie qui soutient et conditionne son « raisonnement », sa « mise en balance des avantages et des inconvénients » :

« He described Mr. Doe as engaging in an adaptive behaviour, whereby he put aside thinking about these acts being wrong and about the impact they would have because it was something he *really wanted to do*. Dr. Woodside noted that this is a *common strategy that people use every day*. When they want something badly and know there are bad aspects, they compartmentalize and push out the thoughts that constrain them or *would prevent them from doing what they want*. He also compared it to the kind of thinking engaged in *by perpetrators of other crimes, e.g. pedophiles* who know what they are doing is wrong and harmful, but yet continue to abuse children because it is something they strongly want to do. »<sup>321</sup>

Le discours de l'expert permet donc de faire ressortir la possible utilité d'imposer une peine à l'accusé autiste ainsi que sa parenté avec *les autres classes de sujets de droit responsables, punissables et généralement pris en charge par l'institution pénale* (ex. les pédophiles). L'intervention des experts cliniques permettra d'ailleurs de faire ressortir que l'accusé autiste était en mesure de capter la menace de la peine et qu'il « cherchait » à l'éviter, même si le moyen trouvé par l'accusé était, au fond, déraisonnable<sup>322</sup>. La juge s'assure alors de l'utilité de la peine, de sa capacité dissuasive et de la possibilité pour l'accusé autiste d'être guidé par la menace et la peur comme l'est le plus grand nombre. Elle s'assurera que les facultés intellectuelles de l'accusé autiste sont à même de pallier (« compensate »), dans une certaine mesure, son déficit social, moral et émotionnel; qu'elles puissent *possiblement* le prévenir d'agir<sup>323</sup>.

Le tribunal s'intéresse particulièrement à la présence d'un raisonnement permis par les facultés intellectuelles supérieures de l'accusé Asperger, la capacité du sujet de droit libéral de « peser les

---

<sup>321</sup> *Id.*, par. 226 (nos italiques)

<sup>322</sup> *Id.*, par. 137 : « Dr. Westphal then asked Mr. Doe if he thought there was a realistic possibility that he could get a kind of redemption for his sins, to which Mr. Doe said “No”, noting that he was looking at 10 life sentences. » *Id.*, par. 199 : « Mr. Doe was fully aware that what he had done constituted first-degree murder and that he would be facing a sentence of imprisonment for life, a fate he planned to avoid by provoking the police into killing him »

<sup>323</sup> *Id.*, par. 103 : « The question is the extent to which he has been able to compensate for those deficits or learned to adapt to them in order to function in daily living. »; *Id.*, par. 112 : « Dr. Woodside agreed that Mr. Doe struggles in this area, and that it is difficult for him to read people. He uses his intellect to compensate for some of these deficits, but he is unable to completely overcome them. However, he found Mr. Doe to be high-functioning and said that he had learned strategies to deal with his limitations to some degree. »; *Id.*, par. 254 : « Dr. Woodside recognized that Mr. Doe's ASD “likely played a role” in his actions, but stated that the deficits in his moral reasoning did not prevent him from knowing, indeed understanding, how others would view his actions. »; *Id.*, par. 255 : « He was capable of understanding the impact it would have on his victims. »; *Id.*, par. 128 : « this ability is not completely missing, it is just more *superficial* than it is in most people. He does not experience empathy or understanding of other people's emotions innately, but he can reason it out using his intellect if given time »

pour et les contre »<sup>324</sup>, même si le contenu de son raisonnement est fortement impacté par son déficit empathique. Pour ces raisons, on jugera que le lien dialogique entre l'autorité pénale et l'accusé n'est pas rompu. L'accusé est responsable, car il « sait » que tuer est quelque chose que la société considère comme étant mal, car il sait que l'école et ses parents lui ont dit que c'était mal<sup>325</sup>, et qu'il avait le « temps » nécessaire pour mettre en pratique cette connaissance même si l'absence d'empathie cognitive affectait – tout au long du processus mental – et mettait en péril la qualité de son raisonnement<sup>326</sup>. Le droit criminel s'intéresse donc surtout à cette faculté intellectuelle – plus proche de l'habileté à faire preuve de précaution/vigilance face à ses facteurs de risque, à la réceptivité aux menaces et à la malléabilité par celles-ci – plutôt qu'à la capacité de l'accusé de réellement s'autodéterminer par la raison et de s'affranchir de ses déterminismes mentaux en vue d'effectuer un choix « libre », raisonnable et conséquent entre le bien et le mal.

L'arrêt *Minassian* est emblématique de l'« évaluation » de la responsabilité criminelle des accusés atteints de troubles mentaux. Celle-ci comporte déjà l'idée de réhabilitation, de dissuasion générale et spécifique, de dénonciation et de l'utilité de la peine à laquelle on prépare l'accusé. Enfin, comme nous l'avons théorisé précédemment, ce discours sur la responsabilité de l'accusé autiste ne se limite pas à une *évaluation* de ses capacités, de sa réceptivité aux prédications de l'institution pénale, mais comporte également une dimension *prescriptive*. Par la déclaration de responsabilité, puis par le prononcé de la peine, l'institution pénale « prend le pari »<sup>327</sup> qu'elle peut agir sur la *malléabilité* du sujet de droit. Elle cherchera alors à renforcer le lien dialogique qui l'unit à lui. Les motifs du jugement dans l'affaire *Minassian* ne sont donc pas que *descriptifs* de la réalité de l'accusé autiste, ils s'intègrent à l'intérieur d'un discours normatif adressé à la population générale, mais également, et plus particulièrement, aux personnes autistes. En effet, l'institution pénale lance

---

<sup>324</sup> *Id.*, par. 250.

<sup>325</sup> *Id.*, par. 201.

<sup>326</sup> *Id.*, par. 246 : « This act was carefully thought out and planned over time. The evidence shows that it is in situations where Mr. Doe has ample time to think things through that he is most able to engage in abstract thought and moral reasoning. I recognize that Mr. Doe is also *less able to use his intellect to reason his way through moral problems that are complex or novel.* »; *Id.*, par. 242 : « In my view, notwithstanding his impairments, Mr. Doe was capable of rational thought, *particularly given the length of time* he spent planning this attack. »

<sup>327</sup> U.G. TREMBLAY, préc., note 114, p. 197 : « Même s'il ne se trouve pas explicitement comme tel, l'argument [dans *R. c. Chaulk*] pourrait être résumé comme suit : le fait qu'une personne ne puisse pas être dissuadée par ses propres croyances morales – et, pourrions-nous ajouter, par ses propres sentiments à l'égard d'autrui (culpabilité, remords, empathie, etc.) – ne la rend pas pour autant insensible aux menaces du droit criminel, notamment à la menace de responsabilisation. » *Id.*, p. 198 : « Il est tout à fait possible que certains, parmi ceux qui souffrent d'une telle condition, demeurent sourds aux signaux dissuasifs du droit, mais le *pari* du droit criminel est que plusieurs, parce qu'ils auront précisément perçu ces signaux, pourraient orienter leur conduite autrement et se retenir de passer à l'acte. »

un appel à la précaution aux autres personnes atteintes d'un TSA en leur indiquant qu'elles ne seront pas exemptées de la loi pénale malgré leurs déficits neurodéveloppementaux, qu'elles doivent utiliser leur intellect pour « compenser » leurs déficits moraux et sociaux et qu'elles doivent, par conséquent, demeurer particulièrement attentives aux enseignements moraux des autorités reconnues, comme la Famille ou l'École. Elle en appelle donc à leur vigilance et à la nécessité de prendre des précautions supplémentaires pour s'assurer de faire les « bons choix » considérant leurs facteurs de risque, c'est-à-dire, l'absence de guide moral, social et émotionnel interne et intuitif. On voit aussi comment les contestations de responsabilité criminelle en vertu d'une maladie mentale particulière, comme le TSA, peuvent mener à l'intensification et à l'hyperspécification de la doctrine de la responsabilité criminelle pour l'appliquer à la grande variété des symptomatologies particulières. Ce qui, par conséquent, amène également à la spécification du fardeau des responsabilités chez les sujets de droit, et à leur intensification. Comme nous l'avons vu dans la sous-section I.2.1.4. en citant Lindsay Farmer<sup>328</sup>, loin d'être intrinsèquement limitative, la doctrine de la responsabilité criminelle conduit à la spécification et à l'extension des responsabilités particulières, et de leur prospectivité, comme c'est le cas ici pour les personnes autistes. Afin de maintenir un ordre particulier axé sur la sécurité et la jouissance de l'autonomie individuelle du plus grand nombre, les personnes atteintes de troubles mentaux doivent porter le fardeau d'une plus grande responsabilisation.

Même si le raisonnement, autrement présent chez l'accusé autiste, a été déterminé dans sa composition, dans son essence même, par un déterminisme attribuable à ses troubles mentaux, la Cour *décidera* tout de même de reconnaître que le choix de l'accusé était le fruit d'un esprit « libre » et « conscient » : « Whether we approve of the thought process or not, or consider the outcome desired by the accused to be repugnant, the reasoning process is nevertheless the exercise of a free and conscious mind, even though *driven by the desire for something repellant to most of us.* »<sup>329</sup> Même si la juge reconnaît également que, sans la présence du TSA, l'accusé n'aurait jamais commis l'acte reproché, ce dernier peut tout de même lui être imputé :

« I tend to agree with Dr. Westphal's point that *without ASD Mr. Doe would not have committed these offences.* Mr. Doe's life would have been quite different if he did not have ASD, and those aspects of his life experience

---

<sup>328</sup> L. FARMER, préc., note 164, p. 54, 192 et 196.

<sup>329</sup> *R. v. Minassian*, préc., note 10, par. 245.

that led him to commit these offences are likely inextricably connected to that diagnosis. I emphasize, however, that establishing a s.16 NCR defence requires far more than this simplistic “but for” test. »<sup>330</sup>

Même en présence d’une personne dont on reconnaît qu’elle a été causalement déterminée dans son agir, dans sa volonté et dans son raisonnement, la juge Molloy fera émerger, à l’aide de la force symbolique du discours, un « sujet de droit responsable » doté d’un « libre-arbitre » et pouvant être guidé par « les lumières de sa raison » :

« Even if he only worked this out intellectually, without truly being able to fully grasp it emotionally or to have empathy, that is sufficient. It still demonstrates that he had a functioning, **rational brain**, *one that perceived the reality of what he was doing*, and knew it was morally wrong by society’s standards, and *contrary to everything he had been taught about right and wrong*. He then made a **choice**. He chose to commit the crimes anyway, because it was what he really **wanted** to do. This was the exercise of **free will** by a **rational brain, capable of choosing between right and wrong**. He **freely chose** the option that was morally wrong, knowing what the consequences would be for himself, and for everybody else. It does not matter that he does not have remorse, nor empathize with the victims. Lack of empathy for the suffering of victims, even an incapacity to empathize for whatever reason, does not constitute a defence under s. 16 of the Criminal Code.

I therefore find that the defence has failed to establish on the balance of probabilities that Mr. Doe was incapable of knowing his actions were wrong within the meaning of s. 16 of the Criminal Code. Mr. Doe is **criminally responsible** for his actions. »<sup>331</sup>

\*\*\*\*\*

Cette défense, telle qu’interprétée actuellement par les tribunaux, tient pour acquis que le seul raisonnement, le seul fonctionnement intellectuel, est à même de guider la personne à travers les limites prescrites par la loi. Pourtant, comme nous l’avons vu dans la sous-partie I.1., la doctrine clinique révèle que l’ « intelligence is not an antidote to social learning deficits »<sup>332</sup>. Afin de naviguer à travers les zones obscures et floues de la réalité sociale, l’être humain a besoin, outre une cognition minimalement fonctionnelle, de repères *moraux, sociaux et émotionnels* intuitifs pour être en mesure d’appliquer rapidement le bon raisonnement aux situations particulières. Privé de ces dimensions de l’expérience humaine, le fonctionnement intellectuel de la personne autiste demeurera toujours plus « superficiel » que chez la population générale et sujet aux erreurs, surtout lorsque les situations sont socialement « complexes » ou « nouvelles ». Pourtant, notre conception

---

<sup>330</sup> *Id.*, par. 248 (nos italiques).

<sup>331</sup> *Id.*, par. 255-256 (nos soulignés, caractères gras et italiques).

<sup>332</sup> M. MAHONEY, préc., note 133, p. 286; *R. v. Minassian*, préc., note 10, par. 112 : « Dr. Woodside agreed that Mr. Doe struggles in this area, and that it is difficult for him to read people. He uses his intellect to compensate for some of these deficits, *but he is unable to completely overcome them.* »; *Id.*, par. 140 : « He has been able to use his intellect to compensate for *some* of his impairments. »

de la responsabilité criminelle se fonde précisément sur le fait que la seule *raison* suffit pour se conformer à la loi criminelle, ce que l'exemple de l'accusé autiste vient franchement nuancer.

En guise de conclusion, nous souhaitons revenir sur le fait que la juge Molloy ne ferme pas complètement la porte à une application de la défense de NRCTM aux personnes autistes<sup>333</sup>. Plus précisément, nous sommes d'avis que l'accusé Asperger dans *Minassian* a été déclaré criminellement responsable des meurtres commis parce que les circonstances entourant ses actes n'étaient ni « nouvelles », ni « complexes » et que celui-ci bénéficiait d'« assez de temps » pour faire fonctionner sa mémoire et appliquer ses connaissances aux circonstances – *en espérant* qu'il puisse naviguer seul correctement vers la « bonne » décision. Dans cette affaire, la juge Molloy montre une ouverture pour un verdict de non-responsabilité dans les cas où l'accusé autiste ne bénéficiait pas d'« assez de temps » pour raisonner convenablement et appliquer ce raisonnement, ou si le dilemme social et moral était « nouveau » ou « complexe »<sup>334</sup>. Nous pensons que les personnes autistes auraient plus de chance de bénéficier d'un verdict spécial face à des crimes plus complexes, hyper-contextuels et techniques que le meurtre, comme les crimes de nature préventive (leurre, pornographie juvénile, agression sexuelle) et ceux portant directement sur les rapports interpersonnels (harcèlement criminel, contact sexuel). En effet, dans de telles situations, l'accusé autiste ne serait pas en mesure d'être dissuadé de quelque manière par la loi, par la menace de la peine. La porte qui semble avoir été laissée ouverte par ce jugement devra être testée dans un prochain arrêt. Un ordre plus *juste*, humain et égalitaire devrait minimalement reconnaître l'irresponsabilité pénale lorsque la situation ayant mené au crime était nouvelle, complexe ou lorsque l'accusé autiste ne bénéficiait pas d'assez de temps pour se référer et appliquer ses connaissances morales et sociales.

---

<sup>333</sup> *Id.*, par. 43: « In its severe manifestations, and particularly where there are comorbidities, ASD might cause a person to lack the capacity to appreciate the nature of an action or to know that it is wrong. »

<sup>334</sup> *Id.*, par. 107, 124, 128, 140, 225 et 247. Plus particulièrement, *Id.*, 242 : « In my view, notwithstanding his impairments, Mr. Doe was capable of rational thought, *particularly given the length of time he spent planning this attack.* » et *Id.*, par. 246 : « This act was carefully thought out and planned *over time*. The evidence shows that it is in situations where Mr. Doe *has ample time* to think things through that he is most able to engage in abstract thought and moral reasoning. I recognize that Mr. Doe is also less able to use his intellect to reason his way through moral problems that are *complex or novel.* » (nos italiques)

### **I. 3. Les nouvelles stratégies de criminalisation**

Les sous-sections précédentes visaient à illustrer l'absence d'exemption actuelle de l'application de la loi pénale en raison d'un TSA. Nous avons montré la nature quantitative, institutionnelle et fonctionnelle de la responsabilité criminelle. Nous nous intéressons alors au lien général qui relie l'institution pénale et l'accusé atteint de troubles mentaux en tant que sujet de droit responsable. Essentiellement, il s'agit d'un lien cognitif minimal susceptible de permettre l'application d'une technologie de nature pénale en raison de la réceptivité de l'accusé et de sa malléabilité face à la menace. Nous avons vu l'intérêt *avoué* de l'institution pénale envers la réforme de l'accusé autiste; à ce jour, elle estime que l'accusé autiste demeure un « bon » vecteur pour maintenir l'ordre public à l'aide de la condamnation et de la punition.

La présente sous-section s'intéresse aux nouveaux seuils socionormatifs particuliers et aux responsabilités spécifiques imposées à tous les sujets de droit pénalement responsables par le nouveau catalogue des crimes. Pour les fins de cette analyse, nous nous limiterons aux infractions de leurre, à celles liées à la pornographie juvénile et à la nouvelle définition du crime d'agression sexuelle, puisqu'il s'agit, depuis leur mise en place, à la lumière de notre recensement de la jurisprudence et de la doctrine, des principales portes d'entrée des personnes autistes dans la logique pénale. De l'analyse des stratégies de criminalisation mises en place par ce nouveau catalogue, nous pourrions observer que l'institution pénale souhaite agir de plus en plus en amont dans l'échelle délibérative afin de prévenir les risques de préjudice et de protéger plus efficacement les personnes jugées vulnérables. Nous démontrerons comment ce phénomène de criminalisation « préventive » augmente la répression des personnes autistes. Nous avancerons finalement que la poursuite ambitieuse par l'institution pénale de la réalisation concrète d'un ordre de sécurité pour tous, et particulièrement pour les personnes plus vulnérables, crée une distance importante entre, d'un côté, la nature quantitative de la responsabilité criminelle, fondée sur la présomption que tous sont en mesure de se conformer à la loi pénale par la seule force de leur cognition, et, d'un autre côté, les seuils socionormatifs élevés et complexes imposés par ce nouveau catalogue des crimes. Cette distance importante a pour effet de faciliter l'admission à l'intérieur de l'institution pénale d'une clientèle d'« inadéquats sociaux » déjà vulnérables et stigmatisés en raison de leurs troubles de santé mentale. Nous nous questionnerons donc en conclusion sur l'impact de la juxtaposition des pratiques discursives en matière de responsabilité criminelle, que nous avons vues

précédemment, et des stratégies de criminalisation préventives sur la conception que nous entretenons comme société de l'ordre et de la justice.

### **I. 3.1. Introduction : la réorientation des interventions de l'institution pénale**

Les nouveaux crimes que nous allons étudier permettent d'observer un changement dans la conception de la fonction de l'institution pénale. Cette dernière ne serait plus simplement réactive, c'est-à-dire qu'elle ne chercherait plus uniquement à exprimer symboliquement certaines valeurs par l'entremise de la condamnation et de la punition après que le crime soit commis. Elle chercherait dorénavant à garantir, par diverses stratégies, les aires d'autonomie et de sécurité des individus, surtout celles des personnes plus vulnérables ou dans des situations de vulnérabilité. Elle souhaiterait réaliser concrètement et directement cette protection en intervenant préventivement, en imposant des responsabilités en amont, en dénonçant l'acte de l'accusé non seulement par sa condamnation symbolique, mais également par son assujettissement à une peine visant le retrait social ou le contrôle à long terme du délinquant.

Le nouveau catalogue des crimes que nous allons étudier ne se contente plus d'interdire *quelques* actes de nature sexuelle « déshonorants », « choquant la moralité *publique* », dans le but de défendre les intérêts de l'État, mais prohiberait l'ensemble des actes pouvant porter atteinte aux différentes dimensions de l'intégrité *personnelle* tout en édictant des obligations spécifiques en amont de l'acte criminel dans un but de réingénierie sociale en faveur des individus plus vulnérables<sup>335</sup>. Comme le remarque Farmer, ce nouveau catalogue des crimes ne serait plus uniquement « descriptif » d'actes sexuels qui choquent la collectivité morale et qui sont donc interdits (*réagir*), mais s'imbriquerait dorénavant dans une multiplicité de technologies de réingénierie sociale visant la *concrétisation* de ces valeurs à travers des aires de « protection » de l'autonomie des plus vulnérables (*garantir*)<sup>336</sup>. Le fait de recartographier l'ordre à maintenir à partir

---

<sup>335</sup> Mattia PINTO, « Historical Trends of Human Rights Gone Criminal », (2020) *Human Rights Quarterly*, LSE Legal Studies Working Paper No. 4, p. 8 : « it has also contributed to reshaping the concept of crime as private matter of interpersonal violence as opposed to an offence against the public interest. This perspective, compared to the traditional state-centred approach to criminal law, is also more consistent with the acceptance of a human rights framework. Criminal law, no longer the instrument to preserve solely public security and public interests, can now be used to secure victims from ordinary crimes, but also from atrocities and human rights violations. It turns into a tool of social reform and a shelter for vulnerable individuals. »

<sup>336</sup> L. FARMER, préc., note 164, p. 291-292 : « Developments in the area of sexual offences over the last twenty-five years show how the category has shifted from a *descriptive* to a *normative* category. At the level of definition this has been reflected in the increasing importance of consent as a definitional element of crimes in this area and the

du *renforcement* des valeurs d'autonomie individuelle et d'égalité à travers une protection pénale réelle et effective des victimes et des éventuelles victimes *élargit* le spectre du criminalisable et du punissable ainsi que l'étendue des responsabilités pénales, particulièrement en matière sexuelle<sup>337</sup>. Destinée à couvrir l'ensemble des scénarios imaginables susceptible d'atteindre les différentes dimensions de l'intégrité des individus ainsi que leur *autonomie* et ce, d'une manière équivalente pour tous (*égalité*)<sup>338</sup>, la nouvelle ossature du catalogue des crimes a multiplié l'étendue et la fréquence des interventions de l'institution pénale.

Si les crimes, qui prenaient autrefois la place du crime d'agression sexuelle, concernaient, avec un certain degré d'abstraction et d'indétermination, les comportements susceptibles d'enfreindre la moralité *publique* (le viol, conçu comme portant atteinte aux droits du père et du futur mari, et l'attentat à la pudeur, conçu comme portant atteinte à la décence humaine), le nouveau crime d'agression sexuelle vise à réaliser la promesse que *tous* seront prémunis contre les risques

---

recognition of sexual autonomy as the central principle. This has made possible a more systematic understanding and redefinition of crimes in this area. More broadly, this has led to *a shift in the purpose of the law in this area*, from the regulation of violence and public disorder to a more specific — and more detailed — concern with protecting sexual autonomy and protecting against exploitation. Making this point more starkly, it has been argued that the aim of the law on sexual offences has been reversed in the modern period: the older law aimed directly at *limiting* sexual freedom, or discouraging sexual intercourse outwith marriage; by contrast, the contemporary law aims to *protect this right*. » (nos italiques) La réflexion de Farmer fait écho à celle de Charles TAYLOR, *Modern Social Imaginaries*, préc., note 181, aux pp. 4-9, 16-17 et 22 et qui fait état d'un passage de certaines valeurs composant l'imaginaire social, comme l'Égalité et le droit à la non-discrimination, d'un statut purement herméneutique (interpréter les textes existants à la lumière de ces valeurs) à un statut prescriptif (qui exigent la réalisation concrète de ces valeurs). Nous y reviendrons dans l'analyse de la fonction de l'institution pénale dans la Partie II.

<sup>337</sup> M. PINTO, préc., note 335, p. 7 : « As observed by Leslie Sebba, “victim-driven” criminalisation has ultimately resulted in the inclusion of new offences (e.g. stalking, sexual harassment, new forms of child abuse, hate crimes, holocaust denial and human trafficking), the expansion of the scope of some existing crimes (e.g. rape) and compression of traditional defences (e.g. self-defence and provocation). »

<sup>338</sup> L. FARMER, préc., note 164, p. 294 : « Interests such as sexual autonomy, and the categories of law which are organized around them, are often seen as natural, but it is important to understand not only that it is a social construction, but also how it has been constructed and the consequences of that way of viewing the law. The codification of sexual offences has brought with it a new drive for completeness, for further categorization and regulation. Internally, it becomes possible to imagine new kinds of wrong or new ways of committing existing wrongs. External demands for criminalization are framed in the new language of sexual autonomy, making their reception within the law easier to accomplish. Increased criminalization in the area of sexual offences is partly a product of the categorization itself, and its own expansive logic. » *Id.*, p. 289 : « this idea of ‘sexual offences’ is more inclusive. This is in part because the idea of sexual autonomy or positive consent sets a particularly high standard, and thereby extends the range of ways in which this autonomy might be infringed. »; *Id.*, p.293. « The recognition of autonomy requires increased levels of responsibility of individuals towards each other in sexual affairs; the state does not withdraw from these areas but the state of freedom is accompanied by more detailed specification of the appropriate standards of conduct and the regulation of those who either lack the capacity to consent or who have failed to meet the appropriate standards. »

d'interférence dans la jouissance *personnelle* de leur autonomie<sup>339</sup>. Kent Roach observerait la même transformation en regard des crimes d'obscénité et dans la mise en place de nouveaux crimes visant à éradiquer la pornographie juvénile<sup>340</sup>. Comme le prédisait, Michel Foucault dans les années 80 : « ce qui se dessine, c'est un nouveau système pénal, un nouveau système législatif qui se donnera pour fonction non pas tellement de punir ce qui serait une infraction à *ces lois générales de la pudeur* que de *protéger* des populations ou des parties de populations considérées comme particulièrement *fragiles*. »<sup>341</sup> L'ordre public à protéger adoptant ainsi les contours des interactions interpersonnelles, et principalement des personnes plus vulnérables face aux risques de victimisation, l'égalité et l'autonomie – une fois traduites dans la nouvelle fonction de l'institution pénale – agissent alors comme des facteurs multiplicateurs des interventions pénales.

Nous doutons fortement que le droit pénal constitue le bon médium pour *réaliser et concrétiser* avec effectivité ces aires d'autonomie et cette protection contre les risques de préjudices. D'autres institutions nous apparaissent mieux placées pour effectuer cette éducation fondamentale des normes interpersonnelles et sexuelles. Si le droit criminel a toujours exprimé ces valeurs d'autonomie et de jouissance personnelle – avec plus ou moins d'intensité – la fonction actuelle visant la protection effective de ces dimensions risque d'entraîner un phénomène de surcriminalisation. Comme nous le rappelle le professeur Farmer, si l'on veut contenir ce phénomène de surcriminalisation, c'est non seulement au contenu de la loi pénale qu'il faut s'intéresser, mais aussi plus largement, et de manière plus importante, à la fonction visée par ces pratiques de criminalisation des comportements :

---

<sup>339</sup> Julie DESROSIERS et Geneviève BEAUSOLEIL-ALLARD, *L'agression sexuelle en droit canadien*, 2e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2017, section ASD6-1 : « Ainsi passons-nous d'une conception juridique du viol fondée sur la moralité à une conception juridique de l'agression sexuelle fondée sur la protection de l'intégrité personnelle, ce qui reflète bien le passage du conservatisme au libéralisme juridique. »

<sup>340</sup> Kent ROACH, *Due Process and Victims' Rights: The New Law and Politics of Criminal Justice*, Toronto, University of Toronto Press, 1999, concernant les crimes associés à la pornographie, p. 147 : « An old obscenity law was upheld, not on the basis of crime-control deference to Parliament's expression of public morality, but on the new rationales of risk and equality rights. The equality rights of victims and potential victims and the risk of sexual violence and psychological harm were used to re-legitimate a law previously challenged as moralistic and victimless. »

<sup>341</sup> Michel FOUCAULT, *Dits & Écrits II. 1976-1988*, François EWALD et Daniel DEFERT (dir.), Paris, Éditions Gallimard, 2001, p. 768 (nos italiques). *Id.*, à la p. 772 : « autrefois, *les lois interdisaient un certain nombre d'actes*, actes d'ailleurs d'autant plus nombreux qu'on n'arrivait pas très bien à savoir ce qu'ils étaient, mais en fin c'était bien à des actes que la loi s'en prenait. On condamnait des formes de conduite. *Maintenant, ce qu'on est en train de définir, et ce qui, par conséquent, va se trouver fondé par l'intervention et de la loi, et du juge et du médecin, ce sont des individus dangereux*. On va avoir une société de dangers, avec d'un côté, ceux qui sont mis en danger et d'un autre côté, ceux qui sont porteurs de danger. » (nos italiques)

« This suggests that a theory of criminalization needs to reflect not only on the content of the law but also *on the kind of framework* within which such theorizing is conducted and *the consequence of adopting certain approaches* — and indeed whether it is possible to think about sexual autonomy or sexual offences as an area in terms which do not produce such a strong demand for criminalization. »<sup>342</sup>

Afin de permettre à l'institution pénale d'atteindre la nouvelle fonction ambitieuse qui lui est assignée, la loi pénale a recours à diverses « stratégies de criminalisation », notamment par une criminalisation préventive. Elle établit de nouvelles normes régissant les rapports interpersonnels, par exemple de nouveaux types de comportements pouvant atteindre l'intégrité sexuelle et l'autonomie individuelle. Ces nouvelles responsabilités spécifiques s'étendent désormais dans le *temps* (prévention, proaction, obligations en amont de l'acte sexuel, criminalisation d'actes préparatoires) et dans l'*espace* (forums, médias sociaux, pages web, web profond, textos, clés USB et infonuagique). Ces stratégies visent à prescrire un nouveau degré de précaution nécessaire avant d'agir (« mesures raisonnables » pour s'assurer de certains éléments qui sont susceptibles de dissuader la personne d'agir). Elles chercheront aussi à instaurer une plus grande valeur qualitative aux rapports interpersonnels en élevant les conditions nécessaires au consentement et le seuil minimal de l'âge pour consentir. Elles sont renforcées également par l'augmentation des peines, comme nous le verrons dans la Partie II. Ces stratégies visent en définitive à délimiter clairement et strictement les rôles sociaux en fonction de l'âge en prescrivant, par le fait même, un seul et même seuil de développement et de maturité sexuelle attendue pour tous, même envers les personnes atteintes de troubles neurodéveloppementaux, en fonction d'un âge physique prédéfini. Les prochaines sous-sections permettront d'illustrer chacune de ces stratégies en analysant certains crimes du nouveau catalogue des crimes en matière sexuelle, dont les crimes de leurre, les infractions associées à la pornographie juvénile et les comportements prohibés par le crime d'agression sexuelle. Nous verrons, en parallèle, comment ces stratégies sont susceptibles de faciliter et d'accélérer l'entrée de la personne autiste dans la logique pénale.

---

<sup>342</sup> L. FARMER, préc., note 164, p. 294 (nos italiques). *Id.*, aux pages 293-294 : « the harms or wrongs of sexual offences cannot be defined in terms of abstract values such as autonomy alone—or even sexual autonomy—but must also be contextualized in terms of *the aims of the law, the kind of civil order that the law is trying to achieve, and the institutional capacity that it possesses to produce that order*. The criminal regulation of sex at different times in different communities has, I have shown, always depended on the social aims that criminal law has sought to pursue. (...) Autonomy is given content by the purpose of the law; it is not only the interest that is to be protected, but also the *aim of protection*. » (notre italique)

### **I. 3.2. Le leurre et la pornographie juvénile : des stratégies de criminalisation au cœur d'une guerre contre un marché sexuel illicite**

Nous verrons successivement quatre caractéristiques propres aux stratégies de criminalisation mises en place dans les crimes de leurre et de pornographie juvénile. Après une courte introduction de chaque caractéristique, nous présenterons comment celle-ci s'exprime dans les crimes de pornographie juvénile, puis dans le crime de leurre. Après avoir présenté ces quatre caractéristiques, nous verrons comment ces crimes particuliers facilitent la criminalisation de la personne autiste.

**1<sup>re</sup> caractéristique de ces stratégies de criminalisation : structure non traditionnelle sans *actus reus* et *mens rea* clairement délimités et limitativement caractérisés.** Les infractions de leurre<sup>343</sup> et de pornographie juvénile<sup>344</sup> visent à lutter, et « remporter » cette lutte, contre l'économie liée à un marché sexuel illicite – les différentes formes d'abus sexuels envers les enfants. En ratissant le plus largement possible, pour y débusquer les délinquants à plus haut risque (les « pédophiles »), elles permettent de retirer du marché une variété d'acteurs de cette économie. En ratissant extrêmement large, ces infractions permettent de criminaliser tout le spectre des situations possibles, tous les acteurs participant de près ou de loin au marché sexuel illicite, dans toutes les circonstances imaginables. Ceci témoigne d'une intolérance absolue envers tous les comportements *risquant*, directement ou indirectement, de culminer en préjudices pour les personnes vulnérables.

La criminalisation de la pornographie juvénile est moins centrée autour d'un acte en particulier, associé à une intention particulière, que sur l'objet prohibé de ce marché sexuel illicite. Au final, toutes les *actions* (*production – distribution – possession – accès*) sont quasi indifférenciées aux yeux de la loi; en raison de l'objet même de la prohibition, elles franchissent toutes le seuil des comportements criminalisés. La criminalisation de la pornographie juvénile vise à couvrir tout le spectre des comportements (« opérations ») associés de près ou de loin avec cette économie illicite que l'institution pénale cherche à éradiquer : « production », « impression », « publication », « possession en vue de publication » (*production*), « transmission », « rendre

---

<sup>343</sup> Art. 172.1 C.cr.

<sup>344</sup> Art. 163.1 C.cr.

accessible », « distribution », vente, « importation/exportation », « en faire la publicité », « possession en vue de distribution » (*distribution*), « possession » simple, contrôle, stockage, collection (*possession*). C'est d'ailleurs pour compléter l'éventail de la criminalisation associée à l'objet prohibé que le Parlement a créé en 2002 l'infraction d'accès, permettant de distinguer cette opération, consistant à de la simple consommation ou visualisation, de celle de possession :

« Comme l'expliquait la ministre de la Justice de l'époque, en créant l'infraction d'accès à la pornographie juvénile, le législateur avait pour but de « prendre ceux qui regardent intentionnellement la pornographie juvénile sur Internet, lorsque la notion légale de possession peut poser un problème » (l'honorable Anne McLellan, *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 3 mai 2001, p. 3581). »<sup>345</sup>

D'ailleurs, sont tout autant criminalisés le fait de *posséder* de la pornographie juvénile sans même y avoir eu *accès*<sup>346</sup>, que le fait d'y *accéder* sans même en *posséder*. La boucle est donc bouclée : le champ des interventions possibles de l'institution pénale est *total*.

Les infractions de distribution, de production et de possession en vue de publication ou de distribution s'appliquent à une large variété de comportements, indépendamment du niveau de « malice », du type de contenu produit, du degré de coercition et de violence représenté dans les images ou la vidéo, de l'intention d'en tirer un profit monétaire, ou d'autres circonstances particulières permettant de relever une intention criminelle particulière. Ces comportements sont tous criminalisés de la même manière et, d'ailleurs, de plus en plus punis de la même manière, soit par une peine d'incarcération. En termes de gravité morale objective – celle indiquée par le législateur – la *production*, la *distribution* et la *possession en vue de production et de distribution* s'équivalent toutes<sup>347</sup>, alors que la *possession* équivaut au simple *accès*<sup>348</sup>. De plus, tous ces comportements sont désormais punis par une peine d'emprisonnement, à la lumière des nouvelles peines minimales obligatoires associées à chacun d'eux et de l'arrêt *R. c. Friesen*<sup>349</sup>, comme nous le verrons plus en détail dans la Partie II. Le degré de contrôle sur le matériel requis importe peu dans la criminalisation de ces pratiques, l'intention finale non plus, ce n'est pas un degré particulier d'intention coupable qui fixe le seuil de culpabilité, puisque l'ensemble de ces actes et leur degré respectif de délibération criminelle sont tous sur le même pied.

---

<sup>345</sup> *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, par. 26.

<sup>346</sup> *R. c. M. N.*, 2017 ONCA 434

<sup>347</sup> Art. 163.1 (2)(3) *C.cr.*

<sup>348</sup> Art. 163.1(4)(4.1) *C.cr.* ; *Loi de 2001 modifiant le Droit criminel*, LC 2002, c 13.

<sup>349</sup> *R. c. Friesen*, préc., note 11.

L'évolution constante ces dernières décennies de la performativité technique des moyens technologiques ainsi que leur démocratisation sont venues, sans cesse, rabaisser, *dans les faits*, le degré d'intention criminelle requis pour commettre ces crimes, sans que les dispositions aient pour autant changé. L'évolution technologique, notre adaptation à celle-ci et l'accès de plus en plus facile aux réseaux facilitent grandement la perpétration de ces crimes, ce qui réduit considérablement la préparation nécessaire pour les commettre et réduit, par le fait même, le degré de réflexion et de recherche pour les commettre. Ces images prohibées étant majoritairement disponibles dans le web « visible »<sup>350</sup>, cela entraîne la réduction des coûts associés à la démarche pour y avoir accès et réduit considérablement l'espace temporel qui aurait permis à certains de se retenir d'agir ou d'être dissuadés d'agir sous le coup de l'impulsion, de l'obsession ou de la compulsion. L'évolution des moyens technologiques et la multiplication des canaux d'accès permettent à la personne de matérialiser son obsession et de consommer le crime, *en un seul clic*, dans le confort de son foyer.

Le législateur vise avant tout de retirer du marché un consommateur et un objet. On s'attaque moins à un acte immoral, à une conduite précise associée à une intention criminelle précise, qu'à toute une économie potentiellement préjudiciable pour les personnes vulnérables :

« Les paragraphes 4(3) et 163.1(4) du *Code criminel* font de la possession de pornographie juvénile un crime en soi, *sans égard à l'utilisation que l'accusé entend faire du matériel prohibé*. (...) En effet, le ministère public n'est pas tenu de démontrer que l'accusé avait l'intention d'« utiliser » le matériel pornographique d'une certaine manière. La *mens rea* requise sera établie au procès par la preuve que l'accusé, pleinement conscient de la nature de l'objet, en a pris ou conservé le contrôle de son plein gré. (...) *Le but* dans lequel une personne a de la pornographie juvénile en sa possession ne change rien au fait qu'elle l'a en sa possession au sens du *Code*. »<sup>351</sup>

L'infraction de leurre, de son côté, constitue le meilleur exemple de ce qu'est une « stratégie de criminalisation » (par opposition à un crime dans sa structure traditionnelle, « morale »). Même s'il est traditionnellement admis qu'un crime doit être composé d'un *actus reus* et d'une *mens rea* – un principe fondamental en droit criminel –, l'institution pénale s'est débarrassée de ce « fardeau » « inutile » afin de faciliter la criminalisation souhaitée par le législateur. L'infraction

---

<sup>350</sup> CENTRE CANADIEN DE PROTECTION DE L'ENFANCE, « Projet Arachnid : l'accessibilité des images d'abus pédosexuels sur Internet », p. 11 , en ligne : <https://protectchildren.ca/fr/ressources-et-recherche/projet-arachnid-accessibilite-images-abus-pedosexuels/>

<sup>351</sup> *R. c. Morelli*, préc., note 345, par. 136.

de leurre selon la Cour suprême dans *R. c. Legare* ne peut pas se comprendre à partir de la structure traditionnelle du crime :

« Le fait que l'accusé ait communiqué avec une personne, de quelque âge que ce soit, qu'il croyait être âgée de moins de 14 ans, s'inscrit-il dans l'*actus reus*? Le fait que la personne était en réalité âgée de moins de 14 ans s'inscrit-il dans la *mens rea*? Je ne vois *aucun avantage conceptuel ou pratique* à tenter de résoudre ces questions. Il me paraît préférable, en énonçant les éléments de l'art. 172.1, d'adopter (...) « une formulation qui exprime fidèlement l'esprit de la loi sans imposer elle-même *inutilement le fardeau* de la traduire ou de l'expliquer » : Howard's Criminal Law (5<sup>e</sup> éd. 1990), p. 11. »<sup>352</sup>

En tant que stratégie de criminalisation, l'infraction de leurre ne s'attarde pas non plus à un comportement particulier, mais s'attaque indistinctement à tous les comportements représentant un risque, proche ou lointain, pour les personnes vulnérables : « L'éventail des comportements qui constituent une infraction pour l'application de cet article [leurre] est extrêmement vaste. »<sup>353</sup> Ce dernier criminalise la simple communication *peu importe l'effet désiré, dès qu'elle est à même de faciliter la perpétration d'une infraction* : « par exemple en amenant des jeunes, par la ruse ou la manipulation psychologique, à se livrer à l'acte interdit ou à y participer; en diminuant leurs inhibitions; ou en tenant des propos érotiques qui exploitent la curiosité, l'immaturation ou la sexualité précoce d'une jeune personne. »<sup>354</sup> La *mens rea* est subsumée à l'intérieur de l'acte problématique et risqué. L'infraction, couplée avec la hausse de l'âge minimal pour consentir en 2008, tend un filet encore plus extensif et large pour capter les comportements problématiques, permettant ainsi de « piéger » toutes les personnes représentant un risque pour les personnes vulnérables. On observe bien le degré zéro de tolérance du législateur, non seulement envers le crime de contact sexuel, mais aussi envers les *risques* que soit commis un tel crime.

**2<sup>e</sup> caractéristique : un crime tourné vers l'avenir grâce à la prévention et la prospection du risque et qui est consommé de plus en plus en amont dans la chaîne temporelle de la délibération criminelle.** Les comportements visés sont criminalisés et justifiés en fonction du risque de préjudices qu'ils représentent pour les personnes vulnérables. En criminalisant préventivement des actes risqués, associés à l'escalade de la violence et du degré de coercition, le législateur exprime son intolérance absolue envers les *risques* pour les personnes vulnérables pouvant découler de ces gestes préliminaires. En remontant le temps de la consommation du crime,

---

<sup>352</sup> *R. c. Legare*, 2009 CSC 56, par. 40 (nos italiques).

<sup>353</sup> *R. c. Morrison*, 2019 CSC 15, par. 181.

<sup>354</sup> *R. c. Legare*, préc., note 352, par. 28.

le législateur vient réduire considérablement la fenêtre temporelle dont l'accusé peut avoir besoin pour réaliser sa problématique sexuelle, se questionner sur la légitimité morale de ses fantasmes, sur leur gravité et l'impact pour ses victimes, pour changer d'idée et pour aller chercher de l'aide qualifiée. En remontant ainsi le temps où le crime est consommé, le législateur rabaisse considérablement le degré de délibération criminelle et d'intention criminelle nécessaire pour commettre ces crimes. Comme ces infractions sont consommées *en amont* de la décision de commettre un contact sexuel, il n'y a généralement aucun retour en arrière possible même si l'accusé choisit de ne pas poursuivre sur la trajectoire de la violence. Le législateur ne laisse aucune chance au délinquant indécis.

Les infractions associées à la possession de pornographie juvénile sont justifiées par le principe de précaution, la théorie du risque de préjudice et l'escalade potentielle des fantasmes sexuels en violence physique et matérielle<sup>355</sup>. Sans preuve scientifique démontrant un lien causal entre la consommation de pornographie juvénile et des actes de violence<sup>356</sup>, le législateur fait preuve de prudence et criminalise ce qui, dans son « imaginaire du risque », est associé « raisonnablement » à une progression de la violence, pouvant culminer en l'exploitation directe d'une personne vulnérable, d'où la nécessité d'intervenir préventivement<sup>357</sup>. Même si le lien causal est «

---

<sup>355</sup> Caroline VALLET, *La protection des mineurs face à la cyberpédopornographie - Étude comparée entre le droit criminel canadien et français*, Montréal, Université de Montréal, faculté de droit, 2009, p. 396 : « C'est sur cette base que les juges dans l'arrêt R. c. Sharpe ont consacré la théorie du risque de préjudice, repris par l'article 163.1 (6) du C.crim. par le terme de « risque indu ». De ce fait, les juges ont décidé « qu'une « appréhension raisonnée du préjudice » suffisait » pour démontrer l'existence d'un préjudice envers les mineurs par l'infraction de possession de pédopornographie. C'est ainsi que, sur le fondement du principe de précaution, « le Parlement peut agir sur le fondement d'une crainte raisonnée de préjudice même si, à l'égard de certains aspects de la question, « la situation n'est pas encore nette » ». *En d'autres termes, le fait que le matériel à caractère sexuellement explicite met en scène des mineurs entraîne, dans tous les cas, un préjudice pour le mineur.* En effet, celui-ci en est l'acteur. Les producteurs de pédopornographie produisent clairement un dommage pour les moins de dix-huit ans, à la différence des possesseurs qui ne font que le visualiser. Toutefois, dans ce cas, les juges, dans l'arrêt R. c. Sharpe, ont considéré qu'un risque potentiel de passage à l'acte pouvait être mis en évidence, même s'il n'était pas nettement avéré par les différentes études, plus ou moins contradictoires. *Néanmoins, le simple fait qu'un doute subsiste suffit à la prudence. Par conséquent, « l'incertitude n'exonère pas la responsabilité, au contraire, elle la renforce en créant un devoir d'anticipation des risques » »* (nos italiques)

<sup>356</sup> Le lien entre consommation de pornographie juvénile et contact sexuel n'est pas clairement établi, il est contesté par plusieurs chercheurs, il existerait une différence entre les accusés violents commettant des contacts sexuels et ceux qui consommeraient de la pornographie juvénile, R. LOFTIN, préc., note 133, p. 260-261

<sup>357</sup> R. c. Sharpe, 2001 CSC 2, par. 88-89 : « Le juge du procès n'a pas tenu compte de ce préjudice en raison du caractère limité de la preuve scientifique reliant les distorsions cognitives à une hausse de la délinquance. L'application du critère de l'appréhension raisonnée d'un préjudice mène à une conclusion différente. Bien que la preuve scientifique ne soit pas solide, je suis d'avis que les éléments de preuve présentés en l'espèce étayaient l'existence d'un lien : l'exposition à la pornographie juvénile risque d'affaiblir la résistance et les réticences des pédophiles à l'égard de l'exploitation sexuelle d'enfants. En banalisant l'abominable et en apaisant la conscience, l'exposition à la pornographie juvénile

encore plus ténu » entre la possession de pornographie et la commission éventuelle d'un acte de violence qu'avec la distribution et la production de pornographie juvénile, ce comportement sera traité comme une forme équivalente d'exploitation et de violence dans la mesure où il contribue au fonctionnement de ce marché contre lequel l'institution pénale s'est engagée à lutter proactivement<sup>358</sup>. Suivant la même logique, le simple accès, sans possession, est encore plus éloigné de ce lien causal, déjà « ténu », entre la pratique prohibée et la présence d'une véritable intention d'exploitation et la probabilité de la commission éventuelle d'un acte de violence. Toutefois, l'ajout en 2002 de cette pratique dans le spectre du criminalisable a l'avantage de *prévenir*, non pas le contact sexuel en tant que tel, mais la naissance même d'un éventuel collectionneur. En retour, la criminalisation du collectionneur avait déjà pour mission de prévenir, non seulement le contact sexuel, mais l'entrée même sur le marché de ce collectionneur – afin d'éviter la distribution, l'échange, la production. La criminalisation de la possession de pornographie juvénile survient donc avant même la possibilité de transposer un fantasme sexuel dans la réalité et de sa concrétisation matérielle. Avec la criminalisation de la simple visualisation et en considérant cet acte comme étant de la même gravité objective que la possession de

---

peut faire paraître normal ce qui est anormal, et acceptable ce qui est immoral. Le deuxième préjudice allégué est que la possession de pornographie juvénile alimente les fantasmes, ce qui rend les pédophiles plus susceptibles de commettre des infractions. Selon le juge du procès, des études montrent l'existence d'un lien entre la pornographie juvénile très érotique et la commission d'infractions. Cependant, d'autres études indiquent que tant la pornographie érotique que la pornographie plus douce pourraient procurer une satisfaction de substitution et à réduire la délinquance. À partir de l'ensemble des études, le juge du procès a conclu qu'il n'était pas en mesure d'affirmer que le résultat net était l'accroissement du préjudice causé aux enfants (par. 23). En l'absence de preuve indiquant si les avantages de la sublimation correspondent au préjudice découlant de l'incitation, cette conclusion paraît précaire. Plus fondamentalement, le juge du procès a tenu pour acquis qu'une preuve scientifique était nécessaire. L'absence d'opinion scientifique unanime n'est pas fatale. Il se peut qu'un comportement humain complexe ne se prête pas à une démonstration scientifique précise, et les tribunaux ne peuvent pas astreindre le législateur à une norme de preuve plus rigoureuse que ne le permet le sujet en question. Certaines études indiquent que, à l'instar des autres formes de pornographie, la pornographie juvénile alimente les fantasmes et peut inciter certains individus à commettre des infractions. Cette crainte raisonnée de préjudice montre l'existence d'un lien rationnel entre la disposition contestée et la réduction du préjudice causé aux enfants par la pornographie juvénile. » ; K. ROACH, préc., note 340, p. 142 : « (...) research did not yet establish that pornography was 'a significant causal factor in the commission of some forms of violent crime, in the sexual abuse of children, or the disintegration of communities and society' (Canada 1985: 99). Risk was measured by social science, but plugged into broader normative and legal theories. »

<sup>358</sup> R. c. *Sharpe*, préc., note 357, par. 28 : « On peut dire que les liens entre la possession de pornographie juvénile et le préjudice causé aux enfants sont plus ténus que ceux qui existent entre la production et la distribution de pornographie juvénile et le préjudice causé aux enfants. Toutefois, la possession de pornographie juvénile contribue au marché de cette forme de pornographie, lequel marché stimule à son tour la production qui implique l'exploitation d'enfants. La possession de pornographie juvénile peut faciliter la séduction et l'initiation des victimes, vaincre leurs inhibitions et inciter à la perpétration éventuelle d'infractions. Certains de ces liens sont contestés et doivent faire l'objet d'un examen plus approfondi lors de l'analyse de la justification au sens de l'article premier. À la présente étape, il s'agit tout simplement de décrire les craintes qui, selon le gouvernement, justifient la limitation de la liberté d'expression par l'interdiction de la possession de pornographie juvénile. »

pornographie juvénile, le législateur dévoile son intention de rabaisser le seuil du criminalisable et du punissable et de remonter dans la spatiotemporalité de la formation de l'intention coupable à la naissance même du fantasme et de l'obsession sexuelle en intervenant auprès du délinquant dès l'étape de la simple curiosité. Rajoutons, finalement, que c'est également dans cette logique de prévention totale du risque que la possession de pornographie juvénile n'est excusable que si elle est faite dans un but légitime (art, recherche, médecine, administration de la justice, etc.), mais à la condition que cela ne pose « pas de risque indu » pour les enfants<sup>359</sup>. L'institution pénale ne peut donc admettre qu'il existe un but légitime de posséder ce matériel tant que demeure identifiable un risque de préjudice pour les personnes vulnérables.

L'infraction de leurre est elle aussi tournée vers l'avenir. Elle est justifiée par une logique de prévention d'un risque futur de préjudices. Ce crime repose essentiellement sur le risque intrinsèque qui est associé, dans notre imaginaire social, à une relation inégalitaire en raison de la différence d'âge physique et aux nouveaux moyens technologiques qui facilitent la prédation. Sa nature, non seulement « inchoative », mais « préinchoative », indique bien que l'institution pénale cherche, par la criminalisation d'éléments qui permettent de faciliter la commission d'un crime, à intervenir avant la commission d'un crime. Elle criminalise divers éléments qui surviennent, non seulement avant le contact sexuel, avant la rencontre, mais *avant même* l'incitation à une rencontre ou à une proposition de contact sexuel :

« On voit tout de suite que l'al. 172.1(1)c) crée une infraction préliminaire ou « inchoative », c'est-à-dire un crime préparatoire constitué d'actes, par ailleurs légaux, qui devraient mener à la perpétration d'un crime complet. Cette disposition érige en crime des actes qui *précèdent* la perpétration des infractions d'ordre sexuel auxquelles elle renvoie, et même la tentative de les perpétrer. Il n'est pas nécessaire que le délinquant rencontre ou ait l'intention de rencontrer la victime en vue de perpétrer une des infractions sous-jacentes énumérées. Une telle interprétation est conforme à l'objectif du législateur de fermer la porte du cyberspace avant que le prédateur ne la franchisse pour traquer sa proie. »<sup>360</sup>

**3<sup>e</sup> caractéristique : criminalisation d'actes autrement légaux, sans préjudice et sans victime réelle.** Édictées dans une logique de prévention du risque, ces infractions incorporent dans le spectre pénal certains comportements, qui autrement seraient légaux ou encore ne peuvent causer de préjudices en raison de l'absence de victime réelle, comme lorsque la police utilise un avatar pour piéger le délinquant ou lorsque la représentation est entièrement fictive. Cette stratégie

---

<sup>359</sup> Art. 163.1(6) C.cr.

<sup>360</sup> R. c. Legare, préc., note 352, par. 25.

préventive permet de faciliter l'opérationnalisation des dispositions, l'efficacité de leur mise en application et de débusquer plus rapidement des délinquants potentiels. En plus, ces crimes qui ont pu être conçus à une certaine époque comme étant sans victime, ne sont plus considérés ainsi<sup>361</sup>. Au cours des dernières décennies, comme l'explique Kent Roach, nous avons assisté à un élargissement des « préjudices » qui sont susceptibles d'intéresser l'institution pénale. Ceux-ci incluent désormais les préjudices psychologiques liés à l'appréhension et les *risques* de préjudices envers des victimes potentielles. Cet amalgame définitionnel a légitimé l'extension du domaine du criminalisable et du punissable :

« Harm was redefined to include psychological harm from stress and anxiety; the risk of violence or coercion; and discriminatory practices which contributed to the social inequality of women, children, the disabled, and racial and religious minorities. The very idea of victimless crime was effectively contested by new knowledges about the risk of victimization, emotional testimonies of the experience of victimization, and claims that rights could be protected only by the criminal sanction. »<sup>362</sup>

Les comportements visés par ces infractions incluent même certains comportements qui autrement seraient légaux. Par exemple, alors qu'une relation sexuelle avec une personne âgée de 16 ans et plus est légale, celle-ci ayant la capacité d'émettre un consentement valide<sup>363</sup>, la représentation même de cet acte sexuel valide et consensuel constitue néanmoins de la pornographie juvénile. De plus, même s'il s'agit d'une relation consensuelle, autrement légale, avec une personne âgée de plus de 16 ans, donc apte à consentir, et que des images de nature sexuelle sont échangées, dans l'optique d'un usage personnel, l'activité pourrait, *à la suite* d'une analyse contextuelle réalisée par le tribunal en prenant en compte l'écart d'âge entre les deux personnes, être qualifiée d'« exploitation », d'« activité illégale » et donc de pornographie juvénile<sup>364</sup>.

Il en va de même avec l'infraction de leurre : le fait que l'accusé communiquait avec un policier qui se fait passer pour un mineur ne change rien à sa culpabilité. Par ailleurs, comme nous le verrons dans la Partie II, depuis l'arrêt *Friesen* en 2020, cela ne change rien non plus à la culpabilité morale

---

<sup>361</sup> *R. c. Friesen*, par. 94

<sup>362</sup> K. ROACH, préc., note 340, p. 149. Et à la p. 115 : « Since the time he wrote, harm has been expanded to include the risk of future violence, psychological damage produced by anxiety and fear, and contributions to unequal social relations. Expanded understandings of harm also implicated the role of the state. Packer's individualistic, liberal assumptions about the limited, adversarial role of the state were challenged. Canada followed the international lead and was much more receptive than the United States to attempts to criminalize the content of speech in order to protect disadvantaged groups. »

<sup>363</sup> Art. 150.1 *C.cr.*

<sup>364</sup> *R. c. Barabash*, 2015 CSC 29.

de l'accusé au moment de déterminer la peine<sup>365</sup>. L'accusé sera donc puni avec la même force puisque l'objectif réel derrière ce crime est de permettre à l'institution pénale de contrôler à long terme les facteurs de risque de l'accusé, une fois ceux-ci révélés par sa conduite « dangereuse » et « problématique ».

En outre, le crime de leurre criminalise aussi certains comportements qui pourraient apparaître, pour le commun des mortels, comme étant légaux. Étant donné que l'infraction de leurre criminalise le *simple fait de communiquer* sans qu'il y ait d'entente, d'invitation ou même d'intention de commettre un contact sexuel, tant que cela facilite éventuellement la commission d'une infraction, il peut être difficile pour la personne visée de déterminer si elle franchit ou non la ligne criminelle. En effet sont criminalisées « des conversations sur leur vie familiale, leurs intérêts personnels ou d'autres sujets anodins » dès que l'institution pénale y perçoit un risque<sup>366</sup>.

Les comportements visés par ces infractions sont criminalisés en fonction du risque de préjudice, donc même en l'absence d'un préjudice réel, et en l'absence d'une victime réelle. En effet, est visé par la définition de pornographie juvénile non seulement le matériel constituant et représentant un réel abus sexuel, mais la simple « représentation » d'une personne *potentiellement* mineure, qu'elle soit réelle, simplement fictive ou imaginaire, créée par ordinateur ou dessinée, ou créée de toutes pièces par la police par des technologies, tel le « deepfake ». Cela a pour conséquence de criminaliser la consommation de produits légaux dans d'autres pays, comme les *Hentai* et les *mangas* au Japon, vers lesquels les autistes semblent plus portés<sup>367</sup>. Il importe peu que la « personne » représentée soit réellement mineure, puisque l'objet est également criminalisé si la

---

<sup>365</sup> R. c. *Friesen*, préc., note 11, par. 93.

<sup>366</sup> R. c. *Legare*, préc., note 352, par. 29.

<sup>367</sup> Mark MAHONEY, « Anime and ASD », 2019 [papier personnel, article non publié disponible auprès de l'auteur - nous le remercions] : « It has frequently been observed by clinicians working with ASD that the stylized cartoon stories and videos categorized as "Anime" is very popular with those with ASD. Anime depicts cute faces we consider child-like, on bodies which also appear child-like to us, except for, on the girls, very large breasts. Anime is "clean" and not "noisy" with excessive graphic details and shading: everything depicted on the screen is relevant to the story, without distracting background information like in movies. The eyes, which people with ASD have difficulty interpreting, are prominent. Emotions are clearly expressed and easier therefore for the individual with ASD to interpret. (...) In "Hentai," the strongly pornographic form of Anime, the only addition is in explicit, but very simple presentation of genitalia, sometimes very exposed. The combination of adult and exaggerated female breasts on girls with cute childlike faces and bodies that typifies Anime is a way that actual attraction to same age, or adult, women can be channeled into a character that is less threatening in overall appearance, because it seems nearer the actual social age of the person with AS. » Pour le lien plus large entre la propension des autistes à se tourner vers les mangas, ce qui comprend le Hentai, Robert ROZEMA, « Manga and the Autistic Mind », (2015) 105-1 *The English Journal* 60

« personne » est *présentée comme telle*, si elle a des traits pouvant raisonnablement être associés à une personne mineure, même si cette personne est dans les faits majeure<sup>368</sup>. Toujours poursuivant une logique de prévention totale des risques, pour décider s'il s'agit d'une représentation d'une personne de moins de 18 ans, il faudra se fier à un observateur objectif et raisonnable, ce qui requiert une analyse contextuelle basée sur les faits réalisée par les tribunaux. Il importe peu de savoir ce que la personne qui a réalisé la photo avait en tête, ni ce que le possesseur avait en tête. Il est donc facilement concevable que la personne ne puisse pas connaître, avant que le tribunal ne le décide, la nature prohibée de ce qu'elle regardait.

Le fait que certains comportements, autrement légaux, « consensuels » en apparence, ou non préjudiciables, soient intégrés à l'intérieur du spectre criminalisable rend plus difficile pour le sujet de droit de percevoir les signaux dissuasifs directs permettant de s'abstenir d'agir. En ne fondant pas la criminalisation sur de stricts impératifs moraux, limités et connus ou sur des préjudices physiques, graves et apparents, mais bien sur des « zones grises » justifiées par le risque qu'elles représentent, les signaux dissuasifs s'expriment nécessairement avec moins de force. L'ajout d'une dimension pénale à certaines de ces situations sociales problématiques, mais relativement bénignes, complexifie grandement le quotidien du sujet de droit pénal qui doit dès lors départager par lui-même quand ses actions « risquées », mais non préjudiciables, franchissent le seuil pénal. Pour détecter les signaux dissuasifs associés à ces infractions, le sujet doit posséder une grande acuité sociale : *quelle est l'ampleur de la désapprobation de la société de certains actes, de leur gravité, mais aussi des risques associés à certaines pratiques?* Il doit faire preuve d'une grande capacité de prévoir les conséquences pouvant découler de ces gestes : *comment son acte contribue-t-il, directement ou indirectement, à un marché sexuel illicite?* Il doit pouvoir se mettre dans la peau des autres : *comment se sent réellement la personne représentée dans ces images, au-delà de la mise en scène imposée par le pornographe? Comment se sent réellement la personne avec qui il communique, au-delà de ce qu'elle écrit et des emojis qu'elle envoie ? Quel est son degré de vulnérabilité face aux risques?*

**4e caractéristique : prescriptions d'obligations positives en amont et restriction des moyens de défense.** Pour réaliser l'ordre de sécurité souhaité pour les personnes vulnérables, le législateur

---

<sup>368</sup> R. c. *Sharpe*, préc., note 357.

ne laisse donc généralement au délinquant, lorsque celui-ci est indécis, aucune chance de revenir en arrière. Il ne lui laisse pas non plus beaucoup de chances de se défendre puisque les moyens de défense sont subordonnés à des responsabilités spécifiques préalables qui lui sont imposées *avant même* la commission de ces infractions qui, nous le rappelons, sont déjà elles-mêmes, par nature, *préventives*. Le *Code criminel* ne se limite plus à prohiber et dénoncer des actes précis, mais impose *positivement, proactivement*, des responsabilités spécifiques avant même que l'infraction ne soit commise. Le *Code* prescrit une obligation positive d'adopter une attitude de précaution et de vigilance sur le net en vue de dissiper toutes situations d'ambiguïtés ou de se restreindre d'agir à chaque fois que se présente une ambiguïté.

En ce qui concerne l'infraction de production de pornographie juvénile, l'accusé ne pourra faire valoir qu'il croyait sincèrement que la personne représentée avait 18 ans ou qu'elle était représentée comme telle que s'il a pris « toutes » les mesures raisonnables pour s'en assurer<sup>369</sup>. Rappelons que le crime de production comprend à la fois la production, l'impression, la publication et *même la possession en vue d'une publication future*. Cette obligation vient déformer la nature traditionnelle associée au crime en y injectant une forte coloration objective à l'élément de faute dans le but de protéger plus efficacement les personnes vulnérables<sup>370</sup>. Il s'agit du degré de prise de mesures raisonnables le plus élevé imposé par le *Code*<sup>371</sup>.

Il est évidemment *complexe* pour une personne, dans un espace comme le net – caractérisé par l'anonymat, l'exagération, l'hypersexualisation, visant à brouiller les frontières entre le jeu et la réalité – de prendre « toutes » les mesures raisonnables permettant de s'assurer que la personne représentée avait bien 18 ans et permettant de s'assurer, « d'autre part », qu'une personne « raisonnable » percevrait « objectivement » qu'il ne s'agissait pas d'une personne qui est *représentée comme* une personne de moins de 18 ans. Dans *R. v. Crosdale*, le juge se surprend

---

<sup>369</sup> Art. 163.1 (5) *C.cr.* : « Le fait pour l'accusé de croire qu'une personne figurant dans une représentation qui constituerait de la pornographie juvénile était âgée d'au moins dix-huit ans ou était présentée comme telle ne constitue un moyen de défense contre une accusation portée sous le régime du paragraphe (2) que s'il a pris toutes les mesures raisonnables, d'une part, pour s'assurer qu'elle avait bien cet âge et, d'autre part, pour veiller à ce qu'elle ne soit pas présentée comme une personne de moins de dix-huit ans. »

<sup>370</sup> *R. v. Crosdale*, 2018 ONCJ 800, par. 132 : « At common law “true crimes” have a purely subjective fault element. However, through statutory intervention, Parliament has imposed an objective element into the fault analysis to enhance the protections for youth. »

<sup>371</sup> *R. v. Barabash*, 2012 ABQB 99, par. 139 citant *R. v. Osborne*, (1992), 1992 CanLII 7117 (NL CA), 102 Nfld. & P.E.I.R. 194, 17 C.R. (4th) 350 at 359-360 (Nfld. C.A.).

pourtant que le législateur n'ait pas prévu encore une obligation similaire pour les crimes de possession simple (sans intention de partager) et d'accès<sup>372</sup>. Or, cela viendrait justement faire porter un poids immense et irréaliste, d'une énorme complexité, aux sujets de droit pénal lorsqu'ils naviguent sur le net. Même la police, avec toutes les ressources d'enquête dont elle dispose, a de la difficulté à identifier des images de pornographie juvénile lorsque l'adolescent est post-pubère, ce qui la contraint à prioriser les images représentant clairement l'abus sexuel d'enfants prépubères:

« (...) lorsque les victimes sont à l'état post-pubère, les décisions de catégorisation comportent souvent beaucoup d'incertitudes. La nécessité d'obtenir des informations contextuelles supplémentaires sur ces images pour en arriver à une décision finale augmentera *invariablement la complexité de la tâche et mobilisera plus de ressources*. Par exemple, *comment savoir, en se basant seulement sur des repères visuels, si une victime adolescente présentant tous les signes d'une maturité sexuelle complète est une personne mineure ou une personne adulte?* »<sup>373</sup>

Nous retrouvons sensiblement la même obligation préalable de précaution en ce qui concerne l'infraction de leurre pour faire valoir sa défense de croyance sincère quant à l'âge – l'accusé doit préalablement prendre les « moyens raisonnables » pour s'assurer de l'âge de la personne<sup>374</sup>. Même si depuis l'arrêt *Morrison* en 2019 l'absence de prise de mesures raisonnables ne dispense plus la couronne de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé *croyait* bel et bien que la personne avec qui il communiquait avait moins que l'âge légal<sup>375</sup>, il reste que l'accusé est tout de même soumis à un examen ayant une forte coloration objective et qui se rapporte au comportement de la personne raisonnable. Le fait, pour l'accusé, de ne pas avoir agi préalablement comme une personne « raisonnable » est à même de le priver d'un moyen de défense important pour obtenir un acquittement. L'accusé n'aura aucune défense s'il n'était pas capable de mesurer pleinement la nature des « signaux d'alarme » dont il avait connaissance, n'a pas réagi « comme une personne raisonnable » face à ces signaux, n'a pas pris des mesures additionnelles face à de nouveaux signaux dissuasifs<sup>376</sup>, n'a pas fait preuve de précaution avant d'agir ou n'a pas investigué une

---

<sup>372</sup> *R. v. Crosdale*, préc., note 370, par. 117 : « *Surprisingly*, there is no provision in the Criminal Code that creates a requirement that the accused take “all reasonable steps” to ascertain age for s. 279.011, s. 163.1(4), s. 163.1(4.1), or s. 163.1(3) of the Criminal Code. » (notre italique)

<sup>373</sup> CENTRE CANADIEN DE PROTECTION DE L'ENFANCE, préc., note 350, p. 18 (nos italiques).

<sup>374</sup> Art. 172.1(4) *C.cr.* : « Le fait pour l'accusé de croire que la personne visée aux alinéas (1)a), b) ou c) était âgée d'au moins dix-huit, seize ou quatorze ans, selon le cas, ne constitue un moyen de défense contre une accusation fondée sur le paragraphe (1) que s'il a pris des mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge de la personne. »

<sup>375</sup> *R. c. Morrison*, préc., note 353.

<sup>376</sup> *Id.*, par. 108 : « Dans le même ordre d'idées, si l'accusé prend quelques mesures initiales qui pourraient raisonnablement appuyer une croyance selon laquelle l'autre personne a atteint l'âge légal, mais que des [traduction] « signaux d'alarme » donnant à penser que ce n'est pas le cas apparaissent subséquemment, l'accusé pourrait alors devoir prendre des mesures additionnelles pour s'assurer de l'âge de l'autre personne : voir Dragos, par. 62-64 et 66.

réponse qu'un observateur objectif jugerait comme étant « ambiguë »<sup>377</sup>. Comment se décharger du fardeau « continu » de précaution imposé par la loi pénale dans cet univers dématérialisé ?

Selon la juge Abella, dissidente dans l'arrêt *Morrison*, l'obligation de mesures raisonnables transformerait directement la *mens rea* requise pour le crime, soit de prouver que l'accusé *savait* que la personne n'avait pas l'âge légal, en *mens rea* établie objectivement : « Il s'ensuit que la *mens rea* de l'infraction peut être établie sur le seul fondement du défaut pour l'accusé de prendre des mesures raisonnables. »<sup>378</sup> Nous sommes d'accord avec cette analyse. Le fait pour l'accusé de ne pas agir selon la norme de comportement raisonnable attendue serait à même de fonder sa culpabilité. Comme l'exprime la juge, l'obligation préalable de mesures raisonnables, pour dissiper toute ambiguïté sur le Net, impose déjà un fardeau inusité et très lourd aux sujets de droit responsables. À son avis, cela contrevient à la présomption d'innocence et au droit de ne pas être privé de liberté sans avoir eu l'occasion de présenter une défense pleine et entière<sup>379</sup>. En effet, il peut être résolument complexe, voire « impossible », de respecter cette obligation compte tenu de la nature déterritorialisée, immatérielle, anonymisée, nécessairement artificielle et favorable aux exagérations de l'Internet<sup>380</sup> :

« (...) il est difficile, voire impossible, de faire une telle enquête dans le contexte du leurre par Internet. Contrairement aux indices objectifs concernant l'âge qui sont disponibles dans une rencontre en personne, par exemple, l'apparence ou le comportement du plaignant, l'accusé doit s'appuyer exclusivement sur les renseignements présentés dans Internet, où la tromperie est souvent impossible à détecter. Il arrive fréquemment que, en ligne, les profils, les manières et les apparences soient artificiellement construits ou exagérés. (...) Le caractère anonyme et invérifiable des identités en ligne est, comme le reconnaît la Couronne, la *raison précise* pour laquelle l'infraction est fondée sur ce que l'accusé croyait au moment de la communication, et non sur la question de savoir si cette croyance était bien fondée. (...) Qui plus est, les communications supplémentaires faites dans le but de s'assurer de l'âge feront nécessairement courir à l'accusé un risque accru d'être inculpé de l'infraction même qu'il tentait d'éviter. Des conversations sur la famille, l'école et les activités, ayant pour but de vérifier si l'interlocuteur est suffisamment âgé, figurent parmi les techniques qu'emploient les prédateurs pour identifier de jeunes personnes et exercer sur elles une manipulation psychologique en ligne (...) »<sup>381</sup>

---

Si l'accusé ne prend pas de telles mesures additionnelles, nous pourrions alors conclure qu'il ne s'est pas acquitté de son obligation de prendre des mesures raisonnables. L'obligation est donc continue. »

<sup>377</sup> *Id.*, par. 107 : « Là aussi, une telle mesure n'est pas valable. Elle ne peut appuyer une croyance selon laquelle l'autre personne a atteint l'âge légal. La même chose s'applique lorsque l'accusé reçoit une réponse ambiguë ou qu'il ne reçoit aucune réponse. »

<sup>378</sup> *Id.*, par. 211.

<sup>379</sup> *Id.*, par. 215.

<sup>380</sup> *Id.*, par. 217 : « Quelles mesures un accusé peut-il possiblement prendre sur Internet pour s'assurer raisonnablement que l'interlocuteur avait atteint l'âge applicable afin d'échapper à la responsabilité objective? Il en résulte un obstacle quasiment infranchissable à la capacité de l'accusé d'invoquer en défense sa croyance de bonne foi. »

<sup>381</sup> *Id.*, par. 220-223.

L'obligation de prendre des mesures raisonnables est avant tout une mesure de protection visant la prévention et le contrôle des risques propre à ce nouvel environnement technologique. La création de ce nouvel environnement risqué, a entraîné l'imposition de responsabilités supplémentaires aux sujets de droit pénal lorsqu'ils y interagissent. Les personnes qui, même avant l'arrivée d'Internet, avaient de la difficulté à se référer et à se conformer intuitivement à la manière de faire de la personne raisonnable, comme les personnes autistes, sont désormais exposées à davantage d'occasions d'être criminalisées et punies sévèrement si elles échouent à honorer leurs nouvelles responsabilités.

### **I. 3.2.1. L'impact sur l'autiste des stratégies de criminalisation du leurre et de la pornographie juvénile**

Les infractions que nous venons d'étudier établissent, en définitive, un seuil socionormatif où le développement et la maturité psychosexuelle latente des personnes atteintes d'un trouble neurodéveloppemental peut entraîner criminalisation et punition. Selon des chercheurs, cette latence est évidemment présente chez les personnes autistes Asperger; celles-ci suivent la courbe normale de la puberté physique, mais ont généralement un retard d'environ cinq ans dans leur développement sexuel et socioémotionnel<sup>382</sup>. Les nouvelles infractions prescrivent des responsabilités spécifiques à ceux qui vivent, comme les personnes autistes, avec une propension à commettre des actes sociaux inusités, voire problématiques. Elles leur demandent de lutter contre leur inadaptation et, s'ils ont une déviance, de lutter seuls contre cette pulsion sexuelle et d'éviter de l'alimenter. Ces infractions leur prescrivent, lorsqu'ils en sont incapables, la responsabilité d'aller chercher de l'aide auprès d'un spécialiste. Ces obligations pénales constituent un moyen détourné de les inciter à aller chercher de l'aide et à se responsabiliser.

Cette responsabilisation par la menace s'avère souvent illusoire pour les personnes aux prises avec de telles obsessions problématiques. C'est le cas en raison non seulement du stigmatisme général associé à la pédophilie, mais aussi du manque d'accès aux ressources psychiatriques ou sexologiques. Il est d'autant plus « illusoire » de s'attendre à ce que ces stratégies de

---

<sup>382</sup> M. MAHONEY, préc., note 35, p. 35 se référant à Susan ASHLEY, *The Asperger's answer book: the top 300 questions parents ask*, Illinois, Sourcebooks, 2007, p. 257

criminalisation dissuasives favorisent la resocialisation des personnes autistes, puisque leurs déficits sociaux ou communicationnels compliquent la démarche pour chercher de l'aide. Le tabou social entourant la sexualité en général, et celui plus important encore entourant la pédophilie et la pornographie juvénile, peuvent compliquer la reconnaissance par les personnes autistes de leurs facteurs de risque et leurs démarches pour obtenir de l'aide. En outre ces tabous contribuent à l'adoption de comportements criminogènes, *en amont*, en les privant de l'enseignement clair, littéral et explicite dont ils ont besoin pour reconnaître la bonne norme sociocomportementale à adopter et diriger conformément leur action :

« Furthermore, laws regarding sexuality must be explicitly taught to AS adolescents because they cannot translate cues about socially acceptable behavior. Where neurotypical teens can evaluate social mores at large and accept them in place of learning strict legal codes, AS teens must be taught specific rules because they cannot understand what makes an action socially appropriate or not. (...) AS individuals are in dire need of explicit instruction. Once rules are explained and understood, the individuals are loathe to violate the rules. »<sup>383</sup>

Ces stratégies de criminalisation sont non seulement loin de réussir à empêcher les personnes autistes de commettre ces actes, elles favorisent grandement leur passage dans le système pénal.

Dans l'ouvrage *The autism spectrum, sexuality and the law*, les Drs. Tony Attwood et Isabelle Hénault présentent certains facteurs contributifs liés au TSA dans la commission d'infractions d'ordre sexuel sur les réseaux et envers des personnes plus jeunes<sup>384</sup>. L'isolement social extrême causé par une stigmatisation institutionnelle (incompréhension de l'autisme par le système scolaire, les différentes institutions publiques, le marché du travail, les concitoyens ou la famille), la difficulté à communiquer et tisser des liens sociaux ou le rejet ou l'intimidation par des personnes de son âge, peuvent amener la personne autiste à se réfugier dans un monde imaginaire, dans des intérêts obsessionnels et restreints, parfois juvéniles. L'isolement social des personnes autistes exacerbe leur difficulté initiale à se représenter elles-mêmes, à traduire leurs émotions complexes dans « un modèle conversationnel » (c'est-à-dire bidirectionnel, verbalisé) et celles-ci ont donc, évidemment,

---

<sup>383</sup> *Id.*, p. 37. *Id.*, p. 43 : « It is no surprise, then, that AS individuals fail to recognize the abused children's anguish or anxiety; after all, experts suggest AS individuals must be taught, first, to recognize others' non-verbal cues, second, the definition of consent, and finally, that consent is a necessary precursor to socially acceptable sexual encounters. » La personne autiste n'est pas en mesure de comprendre, seule, intuitivement, que le consentement est la condition *sine qua non* d'une relation sexuelle acceptable et que le consentement ne peut jamais être donné par certaines classes de personnes, comme un mineur, dans certaines situations. On doit lui enseigner clairement *chacune* des règles entourant le consentement et comment elles s'appliquent dans *chaque* contexte pour qu'elle puisse l'intellectualiser.

<sup>384</sup> Tony ATTWOOD, Isabelle HÉNAULT et Nick DUBIN, *The autism spectrum, sexuality and the law*, London, Jessica Kingsley Publishers, 2014, p. 129-136 et 189-204.

plus de difficultés à aller chercher de l'aide pour comprendre leurs propres émotions et leurs problématiques. Ces différents facteurs mentionnés par la doctrine clinique peuvent amener un « développement asynchrone », dans lequel la personne autiste suivra le cours normal de la puberté, développera même une intelligence « supérieure », mais présentera un délai significatif dans son développement émotionnel et social<sup>385</sup>. Ces déficits l'empêchent ensuite de suivre la courbe normale du développement, de la maturité et de l'expérimentation sexuels. La personne autiste ne bénéficiera pas de l'échange attentif et bienveillant avec des pairs qui vivent le même éveil sexuel<sup>386</sup>. Étant privée du partage et des découvertes que l'on fait à travers l'expérimentation durant l'adolescence, elle ne pourra pas développer certaines connaissances concernant les « codes de la romance », la sexualité et, plus largement, les relations interpersonnelles. Conséquemment, elle ne pourra pas acquérir une certaine assurance et développer son autonomie sur le plan sexuel et interpersonnel<sup>387</sup> : « Recent research (...) reports that adolescents with AS have less sexual education than typical adolescents, more inappropriate sexual behavior, and fewer positive social interactions »<sup>388</sup>. Le Dr Tony Attwood pose alors la question : « if the adolescent with Asperger's syndrome is not gaining positive and accurate information on sexuality from parents, teachers, close friends or early romantic experiences, where do they go for the information ? »<sup>389</sup> Évidemment, la personne autiste est alors plus encline à découvrir sa sexualité directement sur le web, notamment par une consommation routinière, fréquente et extensive de pornographie (extensive autant dans le *nombre* que dans le *genre*)<sup>390</sup>. Son expérimentation, ce qui comprend nécessairement la prise de risque et l'essai-erreur, passe directement par les réseaux. Or, les stratégies de criminalisation ne donnent aucun droit à l'erreur en raison d'une politique de tolérance zéro sur les réseaux envers les risques de préjudices touchant les mineurs. C'est dans cet univers déterritorialisé, non hostile, anonymisé, où la personne autiste a, pour la première fois, un sentiment

---

<sup>385</sup> *Id.*, p. 134.

<sup>386</sup> *Id.*, p. 132 : « Typical adolescents are able to share with each other their thoughts, feelings and experiences, and offer each other reassurance that most of these new sensations, thoughts and bodily changes are a normal, natural part of puberty and growing up. Some of the new thoughts would concern the development of a romantic interest in someone, and herald the start of the adolescent's progression along the continuum of intimacy. When i talk to young adults who have Asperger's syndrome, they often describe having the sensory response but not the same relationship experiences as their peer. They tend to experience a significant delay in the développement of romantic relationships, which can be by circumstances or choice. » La personne autiste pourrait avoir tendance à « choisir » le célibat, pour éviter de subir de l'abus sexuel, de commettre des imprudences et des attouchements non-désirés, *Id.*, p. 133, « it may fell safer to be celibate. »

<sup>387</sup> L. P. VINTER et G. DILLON, préc., note 48, p. 98.

<sup>388</sup> T. ATTWOOD, I. HÉNAULT et N. DUBIN, préc., note 384, p. 191.

<sup>389</sup> *Id.*, p. 133.

<sup>390</sup> *Id.*, p. 133-134.

de contrôle sur son environnement, d'être intouchable, tout en bénéficiant d'une fenêtre sur le monde extérieur, sur le monde « réel », qu'elle ira puiser son plaisir, faire son éducation sexuelle et expérimenter. Dans cet univers « rassurant » et « déshinibant »<sup>391</sup>, la personne autiste pourrait dès lors être moins réceptive aux signaux dissuasifs, notamment parce que le préjudice commis par le simple accès ou la possession n'est pas décelable concrètement et directement ou parce que la personne autiste n'est pas en mesure de prendre du recul sur sa conduite, de l'apprécier et de la replacer dans son contexte social ou moral (en raison son « impaired executive functioning »). Les signaux dissuasifs pourraient aussi lui échapper puisqu'elle n'est pas en mesure de se percevoir elle-même comme étant un « abuseur », comme étant plus âgée que la personne représentée, se considérant plutôt comme étant au même niveau qu'elle sur le plan de la maturité sexuelle et de la vulnérabilité sociale<sup>392</sup>. La personne autiste, ayant de la difficulté à reconnaître certains signes, pourrait aussi avoir plus de difficultés à reconnaître la personne représentée dans ces images comme étant en train d'être « abusée » et « victimisée »<sup>393</sup> ou à ressentir de l'empathie envers elle en raison de ses déficits dans la *Theory of mind*<sup>394</sup>. Les autistes sont donc incapables de reconnaître, par eux-mêmes, les limites sociales, sexuelles, morales et légales établies par le *Code criminel*<sup>395</sup>.

La Dre Rachel Loftin, dans l'ouvrage *Handbook of Autism spectrum disorder and the law* paru en 2021, présente également plusieurs liens potentiels de prédisposition de la personne autiste à commettre ces crimes de nature sexuelle. Par exemple, pour le crime de leurre ou de contact sexuel:

« a strong interest in games or activities that are typical of a much younger person is exceedingly common among those with autism. For instance, it is not atypical for an adolescent to enjoy young children's television programs or Pokémon cards. Despite the normalcy of immature interests among autistic adults, the combination of a childish interest with the desire to form friendships and a lack of appreciation of social rules guiding adult contact with children may place both the child and the autistic adult at risk. »<sup>396</sup>

Les personnes autistes sont susceptibles de ne pas apprécier les signaux dissuasifs de nature sociale ou morale, notamment en raison de l'impact du TSA sur leurs lobes frontaux, généralement

---

<sup>391</sup> *Id.*, p. 134 : « For the person with Asperger's syndrome, the enjoyment occurs in a situation where there is no risk of rejection, as can occur in real life, and there is a sense of being in control and safe from humiliation. »

<sup>392</sup> M. MAHONEY, préc., note 35, p. 40.

<sup>393</sup> T. ATTWOOD, I. HÉNAULT et N. DUBIN, préc., note 384, p. 167; Michael John CARLEY et al. « Principles for Prosecutors Considering Child Pornography Charges Against People with Asperger Profiles », (2008) disponible en ligne : <https://www.aane.org/principles-for-prosecutors/>

<sup>394</sup> T. ATTWOOD, I. HÉNAULT et N. DUBIN, préc., note 384, p. 134-135.

<sup>395</sup> *Id.*, p. 135; M. MAHONEY, préc., note 133, p. 293.

<sup>396</sup> R. LOFTIN, préc., note 133, p. 260.

associés aux fonctions exécutives (planification, initiation, inhibition, flexibilité cognitive, mémoire de travail)<sup>397</sup>. La structure même des réseaux, leur instantanéité, leur grande accessibilité, leur capacité à attirer l'attention (*click-bait*) et la possibilité même que ces produits prohibés soient suggérés par des algorithmes en fonction de leurs préférences et de leurs intérêts (qui chez les personnes autistes sont souvent juvéniles) facilitent grandement la consommation de ces produits. Les réseaux s'avèrent de véritables pièges pour les personnes autistes :

« An autistic person who accesses illegal images of child sexual abuse may not have the capacity to understand that something freely accessible on the internet is illegal (Mesibov & Sreckovic, 2017). »<sup>398</sup>

« Curious about sex, it is not suprising that a person with Aspergers syndrome would explore the abundant supply of erotic material freely avaiable on the internet. The problem arises, of course, because the material that is available on the Internet – and which is designed to attract attention and encourage interest – includes unlawful depictions of underage children. »<sup>399</sup>

La création de l'infraction d'accès à de la pornographie juvénile complexifie encore davantage la réception des signaux dissuasifs par la personne autiste en augmentant la vitesse avec laquelle le crime est consommé (un simple *clic*) : « Or, in cases where the person is aware of laws against contact offending and creation of child pornography, an autistic individual may not know (and were often never taught) that simply viewing images is illegal. »<sup>400</sup>

En 2020, Clare S. Allely, une éminente chercheuse sur l'autisme, publiera « la toute première étude de cas détaillée acceptée et vérifiée par des pairs » sur le rôle contributoire du TSA dans l'accès à la pornographie juvénile<sup>401</sup>. Elle reconnaitra que les nombreux symptômes associés au TSA sont des facteurs contributifs dans la commission de ces crimes :

« • Unbridled curiosity of ASD individuals

---

<sup>397</sup> Stephanie YARNELL-MAC GRORY, Mark MAHONEY et Alexander WESTPHAL, préc., note 38, p. 80 et à la p. 79 où on explique comment le cerveau affecté par un TSA n'est pas formé de manière à rechercher les indices de nature sociale dans les représentations, comme dans les images de pornographie juvénile. De plus, leur cerveau n'est pas en mesure, même lorsque ces représentations sont *perçues*, de reconnaître leur dimension sociale. Contrairement aux personnes antisociales, elles ne sont tout simplement pas en mesure de reconnaître le tabou lié à ces images. En ayant de la difficulté à interpréter la nature véritable de cette représentation, la personne autiste n'est pas non plus en mesure d'être dissuadée à la simple vue de ces représentations.

<sup>398</sup> R. LOFTIN, préc., note 133, p. 263.

<sup>399</sup> T. ATTWOOD, I. HÉNAULT et N. DUBIN, préc., note 384, p. 171 citant Ami Klin, « Letter to United States District Judge, the Hon. Richard Bennett et al. Sentencing recommendation of a defendant on the Autism Spectrum for Possession of Internet Child Pornography » (2008)

<sup>400</sup> R. LOFTIN, préc., note 133, p. 263.

<sup>401</sup> Clare S. ALLELY, « Contributory role of autism spectrum disorder symptomology to the viewing of indecent images of children (IIOC) and the experience of the criminal justice system », (2020) 11-3 *Journal of Intellectual Disabilities and Offending Behaviour* 171.

- ASD individuals' interest is not necessarily deviant – “counterfeit deviance”
- IIOC's mere existence on the internet sends the message of legality to the ASD teen or young adult
- ASD individuals' inability to intuit social mores and legal rules
- Empathic deficits (but note that individuals with ASD do have empathy when told that the children in the images are victims and are in distress, etc)
- Unless explicitly explained, ASD individuals fail to see the harm in merely viewing or receiving IIOC
- Distinction between of-age and underage females is intentionally blurred by the media and pop culture and legal “adult” porn (Mahoney, 2009) »<sup>402</sup>

Dans son plus récent ouvrage paru en 2022, la chercheuse poursuit son étude et relève à travers l'ensemble de la doctrine clinique les principaux symptômes, liés au TSA, susceptibles de contribuer à la commission d'un crime lié à la pornographie juvénile<sup>403</sup>. Suite à son recensement, elle fait état de certains facteurs contributifs importants que nous avons vus : la curiosité socialement naïve de la personne autiste, son manque de maturité sociale, sa pensée littérale et rigide, ses déficits dans l'empathie cognitive ainsi que ses caractéristiques obsessionnelles. Plus intéressant encore, elle recense des études démontrant que la personne autiste aurait aussi plus de difficulté que les personnes neurotypiques à déduire correctement l'âge d'une personne représentée sur une photographie<sup>404</sup> et à reconnaître l'état émotionnel et mental d'autrui à partir de l'expression faciale<sup>405</sup>.

---

<sup>402</sup> C. S. ALLELY, « Contributory role of autism spectrum disorder symptomology to the viewing of indecent images of children (IIOC) and the experience of the criminal justice system », préc., note 401 ; Ces facteurs avaient été relevés initialement par M. MAHONEY, préc., note 35 ; C. S. ALLELY, *Autism Spectrum Disorder in the Criminal Justice System: A Guide to Understanding Suspects, Defendants and Offenders with Autism*, préc., note 31, p. 45 : « The term “counterfeit deviance” is used to refer to naïve curiosity (e.g., Hingsburger, Griffiths, & Quinsey, 1991; Mahoney, 2009). Counterfeit deviance characterises behaviour that may appear to arise from a paraphilia or maliciousness (for example) but instead originates from a lack of sexual knowledge and experience and from impaired social skills (and other features of ASD such as restricted interests or behaviours). »

<sup>403</sup> *Id.*, p. 144.

<sup>404</sup> *Id.*, p. 145 : « It has also been argued that some individuals with ASD may inadvertently view IIOC as a result of an impaired ability to correctly estimate the age of the individuals in the images. This impaired ability can be exacerbated by the fact that much of the media includes images where the boundaries/ distinction between an adult and a child are blurry. This impaired ability to correctly guess age and the presence of blurred boundaries between adult and child is vital to consider given that the age of the victims in the material being viewed determines the legalist and severity of the offence (Mahoney, 2009). The media is saturated with images and videos where young teenage models are made to look much older and older models are made to look “barely legal”. These types of images can be particularly confusing and challenging to discern as being illegal pornography for individuals with ASD (Mesibov & Sreckovic, 2017).

<sup>405</sup> *Id.*, p. 146 : « For instance, Dziobek and colleagues (2008) found that adults with ASD were significantly less likely to infer the correct emotional state of an individual in a photograph when compared to matched (as closely as possible with respect to age, education, and IQ) typically developing (neurotypical) controls. Such impairment has obvious implications when such individuals are viewing IIOC. They may not recognise the fear, distress, or sadness in the faces of the minors they are looking at which would be one indicator that what they are doing is wrong and that they are victims not willing, happy participants. », voir Dziobek, I., Rogers, K., Fleck, S., Bahnemann, M., Heekeren, H. R., Wolf, O. T., & Convit, A. (2008). Dissociation of cognitive and emotional empathy in adults with Asperger syndrome using the Multifaceted Empathy Test (MET). *Journal of Autism and Developmental Disorders*, 38(3), 464–473.

Pour l’avocat spécialisé Mark Mahoney, les différents chemins qui conduisent ces personnes à consommer de la pornographie juvénile, sans être en mesure d’apprécier la gravité de leur conduite, sont attribuables à leur vulnérabilité sociale particulière. Dans plusieurs cas, il s’agit d’une conséquence directe de leur exploration de l’Internet, de l’expression de leurs obsessions sur le Net ou de leur expérimentation sur les réseaux sans avoir les habiletés permettant de reconnaître certains risques ou certains comportements problématiques. Ils peuvent avoir été menés à accéder à ces images pour une raison autre que sexuelle, par exemple en voulant consulter des blogues reliés à leurs passions et leurs intérêts particuliers, qui peuvent parfois être enfantins<sup>406</sup>. Ne bénéficiant pas du développement social et sexuel qui permet à la population en général de reconnaître les « signaux d’alerte » permettant d’abandonner et d’orienter convenablement sa conduite sur les réseaux, la personne autiste est plus vulnérable à consommer ce contenu illicite :

« the young man with ASD, socially isolated and sexually naïve, is intensely curious about sex and romance and turns to the Internet for his education. He may be oblivious to the taboos implicated here and does not see these boundaries when he approaches them. No yellow or red flags go up. He may be completely unaware of any moral or legal boundaries when it comes to looking at sexual images of young adolescents or children. “the lack of sociosexual knowledge is always the major issue” (Henault, 2014). »<sup>407</sup>

Selon ses recherches et son expérience avec des accusés autistes, ce serait la façon même dont les autistes perçoivent la réalité – c.-à-d. d’une manière plus littérale et concrète et de manière cloisonnée, donc sans égards à ses dimensions morale, légales, sociale ou émotionnelle – qui expliquerait la consommation de ce contenu. L’autiste trouve un intérêt dans le *fait* même de voir *un corps physique entretenir une relation sexuelle*, sans pour autant le percevoir comme étant le corps d’un enfant dans une relation de nature jugée abusive selon les standards de la société : « The point is that what we often see here is a relatively undifferentiated interested in sexual stimulation from viewing sexual body parts in action – oblivious therefore to the social attributes of this behavior or the behavior they are observing. »<sup>408</sup>

La personne atteinte d’un TSA est également plus susceptible, en raison de son trouble neurodéveloppemental, d’adopter, en général, des comportements *problématiques* sur les réseaux à l’endroit de personnes mineures ce qui, en raison de sa large portée d’application, pourrait facilement constituer un crime de leurre. Le fait d’avoir une intelligence supérieure, mais une

---

<sup>406</sup> M. MAHONEY, préc., note 133, p. 290.

<sup>407</sup> *Id.*, p. 291.

<sup>408</sup> *Ibid.*

maturité sociale, sexuelle et émotionnelle sous la moyenne, peut créer un intérêt chez les autistes à socialiser avec des personnes significativement plus jeunes qu'eux, étant sensiblement au même niveau de développement sur le plan social et émotionnel<sup>409</sup>. Même si la personne autiste ne souhaite généralement pas matérialiser le contact par une rencontre physique, elle pourrait s'engager dans une relation en ligne de manière désespérée, désorganisée et obsessionnelle afin de briser l'isolement et d'établir un lien communicationnel, social et émotionnel : « such encounters and efforts to connect on social media can be pursued obsessively with very little capability to assess the utility or appropriateness of the behavior. While this persistence can appear pathological, it needs to be interpreted in light of autistic traits of obsessiveness and lack of executive function. »<sup>410</sup> La personne autiste pourrait également être portée à « emprunter » un langage ou une conduite socialement acceptée dans un contexte, mais inappropriée dans le contexte particulier d'une discussion avec un mineur, en raison de sa rigidité intellectuelle, de sa difficulté d'adaptation et de son incapacité à bien saisir le contexte dans lequel elle se trouve :

« Those with ASD learn is to mimic the expressions of neotypical individuals. They are very quick to pick up on the wording and expressions and gestures of others that seem to work in the environment. (...) Calculated mimicry of these successful representations of what is considered socially acceptable in a particular milieu helps mask their social confusion (Ormond et al., 2008). Thus, the young man with ASD will come off as far cleverer and more manipulative than he really is, because he is scripting and mimicking others. »<sup>411</sup>

Le projet ambitieux de reconceptualisation de l'ordre et de la fonction de l'institution pénale encourage une intolérance susceptible d'amener à la stigmatisation accrue d'une population prédestinée à ces pratiques en raison d'un développement latent de leur sens sexuel, social et émotionnel. C'est le domaine même de la communication sociale, du respect des rôles qui conviennent à chacun en fonction de l'âge, qui constituent l'objet de la criminalisation. La poursuite d'un tel ordre amène nécessairement la criminalisation des personnes atteintes d'un trouble neurodéveloppemental incapables de correspondre aux attentes liées à l'âge physique, de développer des liens significatifs avec des gens du même âge, de prendre les mesures raisonnables pour dissiper toutes ambiguïtés concernant l'âge, et qui sont incapables de prudence face aux signaux d'alerte. Elle permet la criminalisation d'individus prédestinés à préférer et entretenir des

---

<sup>409</sup> Clare S. ALLELY, Sally KENNEDY et Ian WARREN, préc., note 30, p. 2; Luke P. VINTER et Gayle DILLON, préc., note 48, p. 97; Melina SEVLEVER, Matthew E. ROTH et Jennifer M. GILLIS, « Sexual Abuse and Offending in Autism Spectrum Disorders », (2013) 31 *Sexuality and Disability* 189.

<sup>410</sup> M. MAHONEY, préc., note 133, p. 294.

<sup>411</sup> *Ibid.*

communications électroniques et qui sont plus sensibles à la désinhibition qu'induisent les nouvelles technologies. Tout ceci sans retour en arrière possible, sans possibilité de se rétracter, sans laisser de place à l'indécision; indécision qui, justement, caractérise principalement l'agir de l'autiste en société. Cette approche préconise au fond l'idée que c'est par l'entremise de la punition ou d'un contrôle répressif axé sur la surveillance et la menace qu'il convient d'amener cette catégorie populationnelle à respecter les standards sociaux destinés à éradiquer le risque qu'elle peut présenter pour les personnes vulnérables.

### **I. 3.3. L'infraction d'agression sexuelle : un crime proactif et préventif**

L'infraction d'agression sexuelle représente elle aussi une stratégie de criminalisation permettant à l'institution pénale d'accomplir sa fonction de protection des personnes vulnérables dans des situations où celles-ci sont plus exposées aux risques de préjudices. Elle repose sur un seuil socionormatif qui tend à s'éloigner de manière importante de la présomption du droit criminel voulant que tous les sujets de droit soient en mesure de se conformer aux injonctions de l'institution pénale par la seule force de leur cognition, au sens strict. Par l'entremise de cette infraction et des multiples modifications qui y ont été apportées, le droit pénal impose des responsabilités spécifiques, plus complexes, au plus grand nombre afin de reconfigurer les espaces publics et privés de manière à protéger l'autonomie et l'intégrité personnelle et de réduire les risques de préjudice.

La réforme de 1983, ayant donné lieu à l'infraction actuelle d'agression sexuelle, cherche en principe à dissiper les préjugés fondés sur le genre, à dissiper la discrimination sexuelle, à renforcer l'autonomie des femmes et à assurer une application plus égalitaire de la loi pénale : « La réforme de 1983 s'inspirait de valeurs libérales et tablait sur l'autonomie sexuelle des femmes : tout être humain est libre de consentir ou de refuser d'avoir des relations sexuelles et ce choix doit être respecté, sous peine de sanction étatique. »<sup>412</sup> Cette réforme est toutefois teintée de la nouvelle fonction de protection *effective* de l'institution pénale contemporaine. Elle vise, par des moyens *concrets* de nature pénale, à renforcer les aires d'autonomie et l'intégrité sexuelle de tous dans leurs interactions quotidiennes et intimes :

---

<sup>412</sup> Julie DESROSIERS et Geneviève BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 339, section ASD4-1; R. c. *Ewanchuk*, [1999] 1 RCS 330, par. 68-69; R. c. *Seaboyer* : R. c. *Gayme*, [1991] 2 RCS 577.

« Les affaires qui soulèvent un véritable malentendu entre les parties à une rencontre sexuelle ne sont pas fréquentes, mais elles ont néanmoins une grande importance pour ce qui est du *sentiment de sécurité et de justice de la communauté*. Le droit doit permettre aux *femmes comme aux hommes* d'avoir l'*esprit tranquille* et de *savoir que leur intégrité physique et leur autonomie seront respectées lorsqu'ils décident de participer ou non à une activité sexuelle et du moment où ils entendent le faire.* »<sup>413</sup>

« La société est déterminée à protéger l'intégrité personnelle, tant physique que psychologique, de tout individu. Le pouvoir de l'individu de décider qui peut toucher son corps et de quelle façon est un aspect fondamental de la dignité et de l'autonomie de l'être humain. L'inclusion des infractions de voies de fait et d'agression sexuelle dans le *Code* témoigne de la détermination de la société à assurer la sécurité des personnes, en les protégeant des contacts non souhaités ou des menaces de recours à la force. La common law reconnaît depuis des siècles que le droit d'un individu à son intégrité physique est un principe fondamental: [TRADUCTION] « la personne de tout homme étant sacrée, et nul n'ayant le droit de lui porter atteinte, quelque légère qu'elle soit »: voir Blackstone, *Commentaires sur les lois anglaises*, 1823, t. 4, aux pp. 195 et 196. Par conséquent, tout attouchement intentionnel, mais non souhaité est criminel. »<sup>414</sup>

La réforme souhaite arriver à cette norme idéalisée de sécurité pour tous par l'amélioration des comportements sexuels et le rehaussement de la qualité des rapports interpersonnels et de la communication en *responsabilisant chacun face à ses propres facteurs de risque*, sous peine d'une sanction :

« Suivant cette approche analytique, bien que l'écart qui existe sur le plan de la communication entre les sexes puisse encore engendrer la confusion et la mauvaise communication, les deux sexes en subiront les conséquences de façon plus égale. En pratique, les femmes courent toujours le risque d'être agressées sexuellement, à moins qu'elles ne communiquent leur non-consentement d'une manière suffisamment claire pour que les autres puissent comprendre. *Les hommes, par contre, doivent assumer la responsabilité de l'écart sur le plan de la communication dans la mesure où cet écart découle de mythes et de stéréotypes androcentriques, plutôt que d'un véritable malentendu imputable à une mauvaise communication fondée sur le sexe.* »<sup>415</sup>

Reprenant le modèle d'analyse que nous avons utilisé pour les crimes de leurre et de pornographie juvénile, nous verrons, plus précisément, en quoi l'infraction d'agression sexuelle comporte aussi une stratégie de criminalisation *pro-active* et *préventive* axée sur l'amenuisement des risques, en analysant trois de ses caractéristiques représentatives du nouveau catalogue des crimes.

**1<sup>re</sup> caractéristique : Rehaussement du seuil socionormatif pour l'ensemble des relations interpersonnelles par un élargissement du spectre des comportements criminalisés.** Les crimes de viol, axé sur un acte coercitif en particulier (la pénétration), et d'attentat à la pudeur<sup>416</sup>, qui référerait à un cadre moral strict et communément admis lié à la « décence », ont cédé le pas en

---

<sup>413</sup> R. c. *Ewanchuk*, préc., note 412, par. 66 (nos italiques).

<sup>414</sup> *Id.*, par. 28.

<sup>415</sup> R. c. *Park*, [1995] 2 RCS 836, par. 46 (soulignement des juges et nos italiques).

<sup>416</sup> Anciens art. 143, 149 et 244 du *Code criminel*, S.R.C. (1970), c. C-34.

1983 à une seule et même infraction, l' « agression sexuelle »<sup>417</sup>. Celle-ci est destinée à protéger l'intégrité physique et psychologique et l'autonomie sexuelle de tous dans le plus grand nombre de scénarios possibles<sup>418</sup>. Il est facile de comprendre comment cette nouvelle ambition a mené à l'élargissement de la portée du droit criminel : on ne cherche plus à réaffirmer, *après coup*, par une sanction des valeurs abstraites et dépersonnalisées comme la « pudeur », la « décence », l'herméticité et l'impénétrabilité du couple au sein du mariage, mais on promet désormais une protection effective *en continu* au sein des interactions personnelles et intimes de tout un chacun. Dorénavant, l'absence de consentement véritable de la part du plaignant, un consentement purement subjectif, constitue le moteur de la criminalité de l'accusé.

Le crime actuel d'agression sexuelle ratisse extrêmement large, non seulement dans la variété des comportements criminalisés, mais également dans la période temporelle dans laquelle il agit. Tout d'abord, le spectre large des comportements criminalisés découle directement de l'intention de protéger et renforcer les aires d'autonomie des personnes : dès qu'il y a l'application d'une force minimale à n'importe quel degré, même celle de peu d'importance<sup>419</sup>, sans violence, même sans intention ou motivation sexuelle<sup>420</sup>, donc dès qu'une personne y percevrait objectivement une

---

<sup>417</sup> Art. 271 C. cr.; L.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19. Lors de la réforme, une infraction d'une gravité objective inférieure n'a pas été créée par le législateur pour distinguer les attouchements sexuels non-consentis de la pénétration forcée ou de l'agression avec violence ou coercition sans lésions corporelles, contrairement à la recommandation du rapport final de la Commission de réforme du droit du Canada en 1978, William A. SCHABAS, *Les infractions d'ordre sexuel*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 29.

<sup>418</sup> *Id.*, p. 16 et 29, le crime incorpore toutes les relations imaginables, qu'elles soient violentes ou non, que la victime soit un homme ou une femme, que la relation soit entre deux hommes, deux femmes ou un homme et une femme.

<sup>419</sup> Julie DESROSIERS et Geneviève BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 339, section ASD8-2 : « Quelques années plus tard, dans l'arrêt *Cuerrier*, la Cour suprême citait *Burden* avec approbation et confirmait que « [t]out attouchement non souhaité, quelque minime que soit la force employée, est criminel » : Les actes physiques interdits par le régime de voies de fait comprennent non seulement le coup de poing au visage ou les rapports sexuels obtenus à la pointe d'un couteau, mais encore l'imposition de la main sur la cuisse de la personne qui occupe la place voisine dans un autobus : voir *R. c. Burden*, (1981) 25 C.R. (3d) 283 (C.A. C.-B.). L'objectif du régime des voies de fait est nettement beaucoup plus large que la simple protection des personnes contre les blessures graves. Le régime de voies de fait vise, de façon générale, à protéger l'intégrité physique des gens. On comprend aisément qu'en certaines circonstances, une caresse ou un baiser puisse constituer une violence. Envisager le droit relatif aux voies de fait de manière aussi large comporte toutefois le risque de frapper de la sanction criminelle des comportements plutôt anodins. L'application de la doctrine de *minimis non curat lex* (la loi ne s'occupe pas des choses insignifiantes) permet parfois d'éviter la condamnation de personnes dont le comportement est certes illégal, mais de peu de gravité. En matière de violence conjugale, les tribunaux refusent toutefois d'appliquer cette doctrine à cause du risque de banalisation d'un comportement qui s'avère très dommageable sur le plan social. La violence sexuelle étant du même ordre, le parallèle se trace aisément. Ajoutons qu'en raison des lourdes conséquences qui peuvent découler d'une agression sexuelle, aussi « légers » soient les attouchements, il est peu probable que cette doctrine puisse trouver effet. »; *R. v. LBC*, 2019 ABCA 505, par. 33

<sup>420</sup> *R. v. Taylor*, 1985 ABCA 51; *R. c. V. (K.B.)*, [1993] 2 RCS 857.

atteinte à la dignité, à l'autonomie et à l'intégrité sexuelle<sup>421</sup>, il y a agression sexuelle. Cette définition large et indéfinie a également la caractéristique de permettre à l'infraction d'agression sexuelle d'être assez fluide et flexible pour incorporer dans son spectre de *nouvelles* formes d'atteinte à l'intégrité sexuelle dépendamment des *nouvelles* sensibilités de l'époque. En ce sens, ce crime est également pro-actif. D'une main posée, par-dessus les vêtements, sur la cuisse<sup>422</sup> ou sur les fesses « en moins d'une seconde »<sup>423</sup>, au baiser non consenti<sup>424</sup>, à l'acte agressif sans connotation sexuelle, mais qui est accompagné de paroles sexuelles et déplacées<sup>425</sup>, aux attouchements plus ou moins invasifs jusqu'à la pénétration forcée et coercitive : voilà désormais le spectre des comportements criminalisés et punissables à travers cette nouvelle infraction.

Cette infraction n'est pas seulement large en ce qui a trait à la variété de comportements visés par le crime, mais aussi quant à sa portée d'action temporelle *extensive*. Celle-ci est susceptible de normer des comportements qui ne se rapportent pas toujours directement à la relation sexuelle problématique en tant que telle. Il convient de donner un premier exemple concret afin d'illustrer cette idée. En spécifiant, notamment, que le consentement ne peut émaner des facultés affaiblies

---

<sup>421</sup> *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293, par. 11: « L'agression sexuelle est une agression, au sens de l'une ou l'autre des définitions de ce concept au par. 244(1) du *Code criminel*, qui est commise dans des circonstances de nature sexuelle, de manière à porter atteinte à l'intégrité sexuelle de la victime. Le critère qui doit être appliqué pour déterminer si la conduite reprochée comporte la nature sexuelle requise est objectif: "Compte tenu de toutes les circonstances, une personne raisonnable peut-elle percevoir le contexte sexuel ou charnel de l'agression?" (*Taylor*, précité, le juge en chef Laycraft, à la p. 269). La partie du corps qui est touchée, la nature du contact, la situation dans laquelle cela s'est produit, les paroles et les gestes qui ont accompagné l'acte, et toutes les autres circonstances entourant la conduite, y compris les menaces avec ou sans emploi de la force, constituent des éléments pertinents (voir S. J. Usprich, "A New Crime in Old Battles: Definitional Problems with Sexual Assault" (1987), 29 *Crim. L.Q.* 200, à la p. 204.) L'intention ou le dessein de la personne qui commet l'acte, dans la mesure où cela peut ressortir des éléments de preuve, peut également être un facteur à considérer pour déterminer si la conduite est sexuelle. Si le mobile de l'accusé était de tirer un plaisir sexuel, dans la mesure où cela peut ressortir de la preuve, il peut s'agir d'un facteur à considérer pour déterminer si la conduite est sexuelle. Toutefois, il faut souligner que l'existence d'un tel mobile constitue simplement un des nombreux facteurs dont on doit tenir compte et dont l'importance variera selon les circonstances. »

<sup>422</sup> *R. c. Cross*, (1993) 110 Nfld. & P.E.I.R. 16, 346 A.P.R. 16 (C.P.T.-N.) comme cité dans W. A. SCHABAS, préc., note 417, p. 35.

<sup>423</sup> *Yombo c. R.*, 2022 QCCA 667, par. 32 : « les deux agressions sexuelles se sont produites en moins d'une seconde par un toucher aux fesses des deux plaignantes, par-derrière, que l'appelant avait suivies et surprises par ce geste. »

<sup>424</sup> *R. c. Pitt*, [1993] 1 RCS 466; *R. c. Pitt*, [1992] 16 WCB (2d) 508: « Force simply means physical contact. There can be force without any violence. In other words, this ingredient is proved if you are satisfied, beyond a reasonable doubt, that Rodenik Pitt, the accused, touched C.B., the victim »; *R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, par. 63 : « Le ministère public a fait valoir que la Cour pourrait ne pas sanctionner les attouchements sexuels légers commis sur une personne inconsciente, suivant le principe de *minimis non curat lex* : « la loi ne se soucie pas des petites choses sans importance » : *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76, par. 200, la juge Arbour, dissidente. Sans émettre l'hypothèse que le principe de *minimis* ne trouve jamais application en matière d'agression sexuelle, je juge utile de souligner que même des attouchements légers non consensuels de nature sexuelle peuvent avoir de lourdes conséquences pour le plaignant. »

<sup>425</sup> W.A. SCHABAS, préc., note 417, p. 38 citant *R. c. Ricketts*, (1985) 61 A.R. 175 (C.A.).

de la personne ou qu'une croyance sincère au consentement ne peut provenir de facultés affaiblies, les personnes doivent conformer leur comportement *en amont* pour éviter de commettre éventuellement l'infraction, par exemple en faisant preuve de modération dans la consommation d'alcool lors d'un rendez-vous galant, avant la relation sexuelle. C'est pourquoi nous parlons dans cette sous-partie du rehaussement qualitatif de rapports « interpersonnels », et non simplement des rapports sexuels.

En somme, on stigmatise indistinctement une large panoplie de contrevenants ayant commis un large spectre de comportements, comprenant des degrés invasifs très variables. Si la structure du crime ne permet pas d'identifier un acte précis, accompagné d'une intention coupable subjective spécifiquement délimitée, la structure actuelle du crime a toutefois l'avantage – en ratisant large – de prévenir l'escalade et la multiplication des risques engendrés par tous ces différents comportements problématiques. Le point commun des contrevenants visés par ce crime est donc essentiellement celui d'avoir fait la démonstration de tendances comportementales problématiques – préjugés et stéréotypes fondés sur le genre, consommation d'alcool excessive, connaissance réduite de l'autre avant d'entreprendre un acte sexuel, témérité induite par un excès de confiance, inconsidération ou indifférence au ressenti de l'autre – qui mettent à risque les personnes vulnérables avec qui ils interagissent dans l'intimité.

**2<sup>e</sup> caractéristique : Rehausser le seuil socionormatif en matière de consentement.** Une fois ce large éventail de relations interpersonnelles incorporé à l'intérieur d'une seule et même infraction, le législateur et les tribunaux ont spécifié au fil du temps les conditions requises pour obtenir un « consentement valide », ou pour avoir cru en obtenir un, afin de rehausser le *degré de qualité* attendu pour toutes ces relations. Le lecteur ne doit pas se méprendre sur la nature de nos propos : la spécification des qualités du consentement et le développement du savoir en matière sociosexuelle et socio-comportementale sont louables et ne posent aucun problème lorsque intégrés à l'intérieur d'un discours social, moral, sexologique et pédagogique. Ici, c'est toutefois du « consentement » en matière *criminelle* dont il est question. Les conséquences qui découlent d'une condamnation sont inévitablement *souffrantes, graves et préjudiciables* et dépassent peut-être celles qu'auraient pu souhaiter, initialement, les tenants d'une réforme des comportements en matière sexuelle. On ne peut évidemment pas détacher l'expression symbolique, éducative et

réformatrice de l'institution pénale, de sa nature intrinsèquement afflictive et stigmatisante. Les nouvelles spécifications sur le consentement qui se sont succédées au cours des dernières décennies ont eu pour effet de rehausser considérablement le seuil socionormatif en dessous duquel une personne devrait être arrêtée, accusée, détenue préventivement, responsabilisée et punie.

Pour faciliter notre présentation des qualités qui ont été attribuées au consentement *pénal* au fil du temps, nous allons le considérer comme étant une notion juridique à part entière, même si nous reconnaissons qu'il existe deux manières différentes de le définir, soit à travers l'*actus reus* et la *mens rea*<sup>426</sup>. Cette distinction n'est pas pertinente pour notre exposé puisque nous souhaitons simplement illustrer comment, en conférant de nouvelles qualités au consentement – peu importe la voie – l'institution pénale a rehaussé la qualité des rapports interpersonnels exigée et attendue par elle sous peine de sanction. En raison de la structure-miroir particulière de l'art. 273.2 *C.cr.*, concernant les limites à la défense de croyance au consentement (*mens rea*), qui tend à reproduire les limites au consentement de l'art. 273.1 *C.cr.* (*actus reus*)<sup>427</sup>, il est possible de dégager une véritable notion « globale » de consentement en matière criminelle, indépendamment de ses spécifications particulières au travers de la *mens rea* et de l'*actus reus*.

Depuis les précisions sur la portée de la défense de croyance sincère, mais erronée au consentement dans les arrêts *Park*, *Ewanchuk* et *Barton*<sup>428</sup>, le consentement est désormais réifié en tant que « donnée communiquée ». Celui-ci ne peut exister en droit qu'à travers des paroles ou des gestes. Il ne peut pas exister uniquement dans l'esprit et la croyance de l'accusé, même si celle-ci est sincère et dénuée d'intentions « malicieuses ». Dès lors, le point de focalisation de l'infraction tourne autour de la qualité même de la « communication » et de la réceptivité entre les sujets de droit pénal responsables. L'essence du comportement criminel, punissable, c'est le fait pour

---

<sup>426</sup> R. c. *Ewanchuk*, préc., note 412, par. 48-49 : « La notion de « consentement » diffère selon qu'elle se rapporte à l'état d'esprit de la plaignante vis-à-vis de l'*actus reus* de l'infraction et à l'état d'esprit de l'accusé vis-à-vis de la *mens rea*. Pour les fins de l'*actus reus*, la notion de « consentement » signifie que, dans son esprit, la plaignante souhaitait que les attouchements sexuels aient lieu. Dans le contexte de la *mens rea* -- particulièrement pour l'application de la croyance sincère, mais erronée au consentement -- la notion de « consentement » signifie que la plaignante avait, par ses paroles ou son comportement, manifesté son accord à l'activité sexuelle avec l'accusé. Il ne faut jamais oublier cette distinction, et les deux volets de l'analyse doivent demeurer distincts. »

<sup>427</sup> Cela est d'autant plus vrai compte tenu de l'art. 273.2(a)(iii) *C.cr.* qui empêche de fonder la croyance au consentement sur l'une des circonstances visées au paragraphe 273.1(2) et (3) *C.cr.*

<sup>428</sup> R. c. *Park*, préc., note 415; R. c. *Ewanchuk*, préc. 412, note; R. c. *Barton*, 2019 CSC 33.

l'accusé de se situer en deçà du degré d'empathie, d'attention et de vigilance attendu face à ce qui est communiqué :

« Les attouchements sexuels auxquels on ne consent pas sont criminels en l'absence, tout au moins, d'une croyance sincère de l'accusé qu'un consentement à ces attouchements avait été *communiqué*. Ainsi, en pratique, la *mens rea* de l'infraction ne se rapporte pas tant à l'état d'esprit de la plaignante qu'à la *communication*, par cette dernière, de son état d'esprit et, chez l'accusé, à *la perception de cette communication*. En outre, bien que le consentement puisse exister dans l'esprit d'une femme sans qu'il soit communiqué de quelque façon, un juge des faits raisonnable ne saurait accepter que *ce consentement a été perçu sincèrement par l'accusé, sans d'abord cerner le comportement qui, en apparence, a engendré cette perception chez lui*. Si l'accusé est incapable de produire un élément de preuve tendant à démontrer que la plaignante a *communiqué son consentement*, il court alors le risque qu'un jury conclue qu'il savait que la plaignante n'était pas consentante, qu'il a ignoré volontairement ce fait ou ne s'en est pas soucié. »<sup>429</sup> (les soulignements du juge et nos italiques)

Le consentement pénal a une dimension *continue* ou *fluide*<sup>430</sup>, il doit perdurer tout au long de l'activité sexuelle et doit épouser chacun des attouchements. Il doit être *communiqué avant* de les entamer<sup>431</sup>, mais tout en étant *concomitant* à l'activité sexuelle<sup>432</sup>. Il doit porter sur l'acte *spécifique* et *précis*, sur sa nature sexuelle et sur l'identité du partenaire<sup>433</sup>. Il doit être *réactualisé* tant que cela sera nécessaire pour s'assurer qu'il n'y ait pas d'ambiguïté<sup>434</sup> :

« La définition du consentement en matière d'agression sexuelle exige que le plaignant donne un consentement *réel et actif à chaque étape de l'activité sexuelle*, ce qu'une personne inconsciente est incapable de faire, même si elle exprime à l'avance son consentement. »<sup>435</sup>

Ces qualificatifs au consentement pénal, comme le fait valoir l'intimé dans l'affaire *J.A.*, peut entraîner le résultat absurde et « irréaliste » où une personne qui embrasse son conjoint pendant son sommeil pourrait être déclarée coupable d'agression sexuelle<sup>436</sup>. Ce qui nous intéresse dans ce débat, c'est précisément la manière dont la Cour suprême arrive à justifier ce résultat. Le consentement en matière pénale doit être qualifié de *concomitant* à l'attouchement même si,

---

<sup>429</sup> *R. c. Park*, préc., note 415, par. 45; *R. c. Barton*, préc., note 428, par. 92 : « Il convient donc d'affiner la terminologie juridique en désignant le moyen de défense avec plus de précision par l'expression « croyance sincère, mais erronée au consentement *communiqué* », qui doit faire en sorte que tous les intervenants du système de justice mettent l'accent sur la question vitale de la communication du consentement et évitent de s'aventurer, par inadvertance, sur le territoire interdit du consentement présumé ou tacite. »

<sup>430</sup> *R. c. J.A.*, préc., note 424; arts. 273.1(1), (2)d) et e) *C.cr.*

<sup>431</sup> *R. c. Barton*, préc., note 428, par. 107 : « Par conséquent, la tentative de l'accusé de [traduction] « tâter le terrain » en se livrant sciemment ou inconsidérément à des attouchements sexuels non consensuels ne saurait être considérée comme une mesure raisonnable. »

<sup>432</sup> *R. c. J.A.*, préc., note 424, par. 46 : « À l'inverse, l'*actus reus* a été commis si le plaignant ne consentait pas aux attouchements en son for intérieur *au moment où ils ont eu lieu, même s'il a manifesté son consentement avant ou après le fait.* »

<sup>433</sup> *R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, par. 5

<sup>434</sup> Art. 273.2(b) *C.cr.*

<sup>435</sup> *R. c. J.A.*, préc., note 424, par. 66

<sup>436</sup> *Id.*, par. 58 (nos italiques).

comme le reconnaît la Cour suprême, cela impose un fardeau important, qui peut sembler « absurde » et « irréaliste », précisément puisqu’il s’agit de la manière la plus « utile » dans la « grande majorité des cas » pour protéger les personnes plus vulnérables face au risque de préjudice :

« Outre le risque d’innocents malentendus, la thèse de l’intimé ne reconnaît pas l’extrême vulnérabilité de la personne inconsciente et la nécessité de la protéger contre l’exploitation. Une personne inconsciente n’a aucun véritable pouvoir sur les attouchements dont elle est l’objet et risque d’être victime d’abus (...) »<sup>437</sup>

« En fin de compte, voilà où nous en sommes. Le législateur a défini l’agression sexuelle comme des attouchements sexuels sans consentement. Il ressort clairement des dispositions édictées que le consentement requis est un consentement conscient, de tous les instants, « à l’activité sexuelle ». Cette conception du consentement produit des résultats équitables dans la grande majorité des cas. Elle s’est avérée fort utile pour combattre les stéréotypes historiques qui entourent le consentement aux relations sexuelles et entravent la sanction juridique de l’infraction d’agression sexuelle. Dans certains cas, le consentement au sens où l’entend le législateur peut sembler irréaliste. Toutefois, la Cour ne doit pas créer d’exceptions qui contreviennent à la volonté de ce dernier. En l’absence de contestation constitutionnelle, c’est au législateur qu’il appartient de modifier les règles du consentement en matière d’agression sexuelle s’il le juge nécessaire. »<sup>438</sup>

Le consentement *concomitant* et *continu* doit donc être donné par une personne *capable* de former un tel accord, c’est-à-dire par une personne suffisamment « lucide »<sup>439</sup>. Les développements entourant la définition de la personne « capable » de consentir auront eux-aussi un effet de rehaussement qualitatif de la notion de consentement. En exigeant plus précisément que le consentement provienne d’un « operating mind », on témoigne de la préoccupation du législateur de conférer une valeur significative et « véritable » au consentement (« meaningful »)<sup>440</sup>. Ce que constitue une personne suffisamment « lucide » pour être capable de consentir est susceptible de varier selon l’imaginaire social dominant de l’époque<sup>441</sup>, notamment selon notre perception du risque et notre sensibilité face aux risques liés à l’acte sexuel. Comme nous venons de le voir, la personne apte à consentir est avant tout *consciente* au moment précis de l’attouchement et tout au

---

<sup>437</sup> *Id.*, par. 60

<sup>438</sup> *Id.*, par. 65

<sup>439</sup> Art. 273.1(2)b) *C.cr.*; *R. c. J.A.*, préc., note 424, par. 36 et 43-44 et *R. c. G.F.*, 2021 CSC 20, par. 55 : « Étant donné que le consentement subjectif doit être lié à l’activité sexuelle, la capacité à consentir exige que la plaignante soit lucide et capable de comprendre chaque élément de l’activité sexuelle : l’acte physique, sa nature sexuelle et l’identité précise de son partenaire : *Barton*, par. 88; *Hutchinson*, par. 54-57. »

<sup>440</sup> *R. c. J.A.*, préc., note 424, par. 36; *R. v. Capewell*, 2020 BCCA 82, par. 57. Dans *R v C.J.*, 2020 SKQB 318, par. 55 : « As to what constituted an operating mind, Beveridge J.A. reiterated the axiom that being “comatose, insensate or unconscious” did not qualify. That said, he also accepted that mere awareness of the activity may be insufficient to ground capacity where the complainant is “out of control” or “not able to say no”. See *R c Daigle* (1997), 1997 CanLII 9934 (QC CA), 127 CCC (3d) 130 (Que CA), aff’d 1998 CanLII 786 (SCC), [1998] 1 SCR 1220. »

<sup>441</sup> *R v G.F.*, 2019 ONCA 493, par. 38 : « Issues of incapacity can arise in a multitude of circumstances, including sleep, intoxication, illness, and intellectual disability. »

long de la relation sexuelle, donc *suffisamment réveillée*<sup>442</sup>. La personne doit également demeurer *suffisamment à jeun* tout au long de la relation sexuelle pour pouvoir consentir, selon la définition du consentement dans l'*actus reus*, et l'autre personne, selon le consentement dans la *mens rea*, doit elle aussi être *suffisamment à jeun* durant tout ce temps pour être en mesure de capter les risques d'ambiguïtés, s'assurer que sa croyance ne découle pas de l'affaiblissement de ses facultés et prendre des mesures raisonnables supplémentaires pour s'assurer du consentement<sup>443</sup>. Ces exigences sont compliquées par le fait que l'effet de l'alcool sur la pensée agit graduellement, et en s'intensifiant dans le temps<sup>444</sup>. De plus, l'effet amnésique et désinhibiteur de l'alcool agit lui aussi dans un continuum spatio-temporel, ce qui complique la prise de mesures raisonnables. Il s'agit là de situations que les deux partenaires doivent *prévoir* avant même de s'intoxiquer, donc avant même la relation sexuelle, et souvent même avant l'idée d'avoir une relation sexuelle; sinon, ils devront compenser activement leur intoxication par une prise de mesures raisonnables supplémentaires pour neutraliser les risques<sup>445</sup>. Là aussi, ce qui sera considéré comme étant « *suffisamment à jeun* » pour être en mesure de consentir est susceptible de varier selon les perceptions et les standards sociaux propres à une époque donnée; aujourd'hui une personne incapable de consentir n'est pas nécessairement *inconsciente*, ce qui vient brouiller davantage la ligne entre une personne capable de consentir et une personne qui en est incapable<sup>446</sup>. Pour la Cour

---

<sup>442</sup> Si nous faisons le parallèle avec les développements entourant la conscience altérée par l'alcool, cela pourrait vouloir dire que la personne doit être *suffisamment réveillée* tout au long de la relation sexuelle, selon les standards sociaux propres à une époque donnée, puisque l'inconscience absolue n'est pas exigée pour valoir à une incapacité de consentir. Cette exigence serait d'autant plus compliquée que le sentiment de fatigue varie d'une personne à l'autre, qu'il peut être difficile de l'évaluer et évolue au gré du temps de la relation sexuelle.

<sup>443</sup> Le consentement du plaignant, art. 273.1. *C.cr.*; La croyance sincère, mais erronée au consentement de l'accusé, art. 273.2 a)(i) à lire avec le paragraphe b) *C.cr.*

<sup>444</sup> *R. v. Shrivastava* 2018 ABQB 998, par. 77 : « Though the tests differ, the process of determining a complainant's capacity or incapacity is analogous to the process of determining an accused's state of intoxication for *mens rea* purposes. A trier of fact may look to the complainant's actions before, during and after the events in question: *R. v. Lemky*, [1996] 1 S.C.R. 757 (S.C.C.) at paras 19-22. Capacity to consent "does not die with the first drink;" *experience and common sense indicate that "the effect of alcohol on thought processes is a continuum"*: *R. v. Daley*, 2007 SCC 53 (S.C.C.) at para 104, quoting *R. v. Courterelle*, 2001 BCCA 17 (B.C. C.A.) at para 32. »

<sup>445</sup> Sur les mesures raisonnables préventives à prendre dans un contexte d'intoxication volontaire, voir Ian LEE, « L'agression sexuelle et la justice fondamentale : réflexions sur l'obligation d'agir raisonnablement », 26-1 *Revue de droit d'Ottawa* 48; Simon ROY, *L'erreur de fait attribuable à l'intoxication comme moyen de défense en droit criminel canadien*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2001, p. 82-83 et notes de bas de page 335.

<sup>446</sup> *R. v. Capewell*, préc., note 440, par. 70 : « a "sliding scale" exists in terms of the level of cognitive impairment short of unconsciousness that can result in a finding of incapacity. While a finding of "near unconsciousness" would satisfy the Crown's legal onus, one can hypothesize a number of factual circumstances that fall short of "near unconsciousness" and nonetheless could satisfy the trier of fact that the complainant did not have an "operating mind", as that term has been described as recently as in *Al-Rawi* at paras. 60-67; see also *G.F.* at para. 37 »; *R v Kwon*, 2020

d'appel de la Colombie-Britannique, conformément à la mission protectrice de l'institution pénale, une personne suffisamment à jeun est définie comme une personne capable de comprendre les risques collatéraux à l'acte sexuel : « complainant must have been intoxicated to the point where she could not understand the risks and consequences associated with the sexual activity. »<sup>447</sup> En somme, le contenu des obligations indirectes qui découlent de cette exigence qualitative est indéterminé et variable à la fois dans son degré d'intensité et dans sa temporalité d'action. Tout cela requiert une prévoyance, une perceptibilité, une flexibilité et une adaptabilité significative pour les sujets de droit pénal responsables.

La relation intime ne doit pas non plus prendre place dans le contexte d'un rapport de confiance, d'autorité ou de pouvoir plus large. Autrement, le consentement se retrouve invalidé ou, si la croyance sincère, mais erronée au consentement repose sur cette circonstance, elle constitue une erreur de droit irrecevable. L'abus d'autorité a récemment été qualifié dans la jurisprudence comme pouvant être « subtil » sans être nécessairement coercitif<sup>448</sup>. La personne doit donc être en mesure

---

SKCA 56, par. 34 : « As stated above, there is a clear line between capacity and incapacity where the complainant is unconscious, but the line can be less clear where the complainant is incapacitated short of unconsciousness. »

<sup>447</sup> *R. v. Capewell*, préc., note 440, par. 66 citant *R. v. Saadatmandi*, 2008 BCSC 250, par. 10; *R. v. Siddiqui*, 2004 BCSC 1717, par. 55. Ce courant est rejeté en partie par d'autres Cours d'appel pour qui cette exigence est trop élevée, il n'y a pas d'exigences de comprendre les risques collatéraux à l'acte sexuel, car l'exigence de capacité serait minimale, selon *R v Kwon*, préc., note 446, *R v G.F.*, préc., note 441, par. 36 et *R v Al-Rawi*, 2018 NSCA 10, par. 38. Mais tous s'entendent pour dire que l'incapacité de consentir ne découle pas seulement de la perte de conscience absolue et peut découler d'états variés où la conscience est seulement altérée, *R. v. Kwon*, préc., note 446, par. 33. La Cour suprême dans *R. c. G.F.*, préc., note 439, a reformulé le test ainsi, sans traiter directement la question de la perception des risques, au par. 57 : « En résumé, pour que la plaignante soit capable de donner un consentement subjectif à l'activité sexuelle, elle doit être capable de comprendre quatre choses : 1. l'acte physique; 2. le fait que l'acte est de nature sexuelle; 3. l'identité précise de son ou ses partenaires; et 4. le fait qu'elle peut refuser de participer à l'activité sexuelle. » *Id.*, par. 62 : « la capacité de consentir exige un plus grand degré de compréhension que la capacité de refuser de consentir. Comme nous l'avons vu, la capacité de consentir est une évaluation cumulative, qui exige le degré de compréhension nécessaire pour apprécier toutes les conditions du consentement subjectif. Si la plaignante n'est pas en mesure de comprendre l'une de ces conditions, alors elle est incapable de consentir. » À notre avis, il ne s'agit pas d'un standard minimal, mais significatif (« meaningful ») comme le souhaitait le Parlement en édictant le par. 273.1(2)a.1) et (2)b) *C.cr.* et comme le souhaitait la Cour suprême dans *R. c. J.A.*, préc., note 424, par. 36.

<sup>448</sup> Arts. 273.1(2)c) et 273.2(a)(iii) *C.cr.*. *R. v. Lutoslawski*, 2010 ONCA 207, par. 12 : « The section addresses the kinds of relationships in which an apparent consent to sexual activity is rendered illusory by the dynamics of the relationship between the accused and the complainant, and by the misuse of the influence vested in the accused by virtue of that relationship. (...) An individual who is in a position of trust over another may use the personal feelings and confidence engendered by that relationship to secure an apparent consent to sexual activity. »; *R. c. Charest*, 2019 QCCA 1401, par. 81 : « D'ailleurs, la notion d'incitation dont il s'agit n'exige pas une forme de coercition comme celle prévue au paragraphe 265(3)d) *C.cr.* par exemple. Comme l'écrivent les autrices Julie Desrosiers et Geneviève Beausoleil-Allard dans *L'agression sexuelle en droit canadien* (...) : « l'incitation suggère un degré d'influence plus subtil. Ainsi, pour vicier le consentement au sens de l'article 273.1(2)c) *C.cr.*, l'accusé doit avoir incité la plaignante à consentir en abusant de sa position de pouvoir ou d'autorité, mais il n'est pas nécessaire qu'il ait utilisé son autorité de manière coercitive ». »

de reconnaître ce lien « subtil » d'autorité et de domination, dont la nature est intrinsèquement sociale. Identifier ce lien exige de posséder une bonne capacité d'analyse des rapports sociaux. La personne doit également être en mesure de se percevoir comme étant une figure d'autorité et de confiance par rapport à son partenaire, afin de désamorcer les risques d'abus ou d'éviter tout simplement la relation. Étant de nature sociale, le concept de rapport d'autorité est susceptible de varier selon l'imaginaire social dominant au moment de la relation. La qualification de l'existence d'un rapport de pouvoir susceptible de vicier le consentement pénal est assez large et indéterminée de manière à protéger les personnes vulnérables dans un ensemble de circonstances qui risqueraient de permettre l'exploitation de cette vulnérabilité :

« L'alinéa 273.1(2) c) a pour objet [TRADUCTION] « [l]a protection des personnes faibles et vulnérables ainsi que la préservation du droit de consentir librement à une activité sexuelle » (...). Inciter quelqu'un à donner son consentement par abus de relations comme celles mentionnées à l'al. 273.1(2) c) n'implique pas le même type de coercition que celle envisagée à l'al. 265(3) d) du Code criminel, qui vise les cas de consentement obtenu lorsque le plaignant se soumet ou ne résiste pas en raison de l'« exercice de l'autorité ». En fait, comme l'a fait remarquer le juge Doherty dans *R. c. Lutoslawski*, 2010 ONCA 207, 258 C.C.C. (3d) 1 : [TRADUCTION] « Un individu qui est dans une situation où il a la confiance d'une autre personne peut se servir des sentiments personnels et de la confiance engendrés par cette relation pour obtenir un consentement apparent à l'activité sexuelle » (par. 12). »<sup>449</sup>

Finalement, en raison du troisième paragraphe de l'art. 273.1 et du sous-alinéa 273.2(a)(iii) *C.cr.*, il existe plusieurs autres qualités au consentement pénal qui ne sont pas encore déterminées, mais qui pourraient l'être au fil du temps par les tribunaux. Ainsi, il existe d'autres facteurs non énumérés susceptibles de limiter les circonstances dans lesquelles il y a un consentement et sur lesquelles une personne ne peut se fier pour fonder sa croyance sincère au consentement. Ces qualités du consentement pourront être attribuées, modifiées ou spécifiées par les tribunaux au fil de l'évolution sociale et de notre sensibilité par rapport aux risques associés aux actes sexuels. C'est également en ce sens que nous disons que l'infraction actuelle d'agression sexuelle est proactive. Cette possibilité de criminalisation à rebours crée une grande incertitude dans le droit et requiert de la personne qui doit prendre des précautions raisonnables qu'elle se réfère non seulement aux normes sociales dominantes, mais à des normes sociales non définies, *en devenir*, *en évolution*, et qu'elle fasse preuve de précaution supplémentaire afin d'éviter de fonder sa croyance sur des circonstances prohibées par ces normes sociales. Cela requiert nécessairement

---

<sup>449</sup> *R. c. Snelgrove*, 2019 CSC 16, par. 82.

une capacité d'adaptabilité, une grande sensibilité sociale et interpersonnelle et une grande flexibilité dans la manière de penser.

En somme, l'ensemble de ces exigences permettent de spécifier la qualité des rapports interpersonnels attendue par l'institution pénale; ces qualités, une fois intégrées dans le droit, ne sont pas que descriptives d'un rapport sexuel sain et idéal. Elles sont certainement parties prenantes de la définition de l'infraction. Ces qualifications sont normatives et prescrivent à tous les sujets de droit pénal responsables, y compris les personnes atteintes de troubles mentaux, des responsabilités spécifiques positives et importantes axées sur la précaution et dont certaines s'imposent à elles bien avant la commission du crime<sup>450</sup>. À chacune de ces qualifications, l'institution pénale rehausse la norme sociocomportementale attendue et abaisse le seuil comportemental nécessaire pour commettre un crime. L'accroc cumulé à certaines de ces exigences spécifiques est susceptible finalement de mener à la stigmatisation de l'accusé en lui enlevant la possibilité de faire valoir une défense d'erreur quant au consentement.

**3<sup>e</sup> caractéristique : Des responsabilités rehaussées par une référence à une norme sociocomportementale idéalisée, celle de la personne « raisonnable ».** Aux fins de la présentation de cette troisième caractéristique, il convient de s'intéresser davantage à la nature communicationnelle du consentement à travers la définition qui lui est donnée dans la défense de croyance sincère, mais erronée au consentement. Le consentement *communiqué* doit être « explicite », car il ne peut être tacite, sans toutefois devoir être *expressément et littéralement* communiqué par des mots. Le consentement peut être communiqué directement ou indirectement, il peut l'être par des paroles ou des gestes, donc de manière « implicite ». En plus, on affirme dans l'arrêt *Ewanchuk* que la « passivité » du partenaire ne permet pas valablement en droit d'inférer un consentement de sa part et que cette interprétation problématique ne peut constituer un moyen de défense<sup>451</sup>, même si dans l'arrêt *Park* on reconnaissait que, dans les faits, « la passivité peut elle-même, dans certaines circonstances peu fréquentes, être de nature communicative »<sup>452</sup>. Non

---

<sup>450</sup> Par exemple, comme nous l'avons vu, en exigeant de limiter sa consommation d'alcool lors d'un rendez-vous, de se préparer à être dans un état adéquat de vigilance pour pouvoir capter les potentiels signaux dissuasifs lors de la relation, d'établir un dialogue suffisamment pérenne en amont et le maintenir tout au long de la relation sexuelle, ce qui nécessite aussi de connaître l'autre suffisamment avant la relation, de vérifier le possible lien d'autorité entre les parties afin de s'assurer de l'égalité de la relation.

<sup>451</sup> *R. c. Ewanchuk*, préc., note 412, par. 51.

<sup>452</sup> *R. c. Park*, préc., note 415, par. 45.

seulement l'exercice d'interprétation de la communication peut s'avérer difficile, en raison de sa nature parfois implicite, mais en plus la défense juridique de croyance sincère mais erronée au consentement communiqué complexifie cet exercice d'interprétation en prohibant dès le départ certains raisonnements interprétatifs – qui constituent des erreurs de droit – puisqu'ils sont teintés de préjugés sur le genre et mettent à risque les personnes vulnérables. L'individu est alors appelé à déchiffrer l'implicite, tout en conformant son herméneutique aux directives de la Cour suprême.

Ceci nous ramène au cœur de ce qui est criminalisé par cette infraction, c'est-à-dire le degré d'attention moindre, une sensibilité ou une empathie diminuée, une faible capacité d'interprétation, un raisonnement non actualisé, teinté de préjugés, et un degré de témérité qui met les personnes vulnérables à risque. On ne criminalise plus l'intention d'agir malgré la connaissance réelle de l'absence de consentement ou même la perception réelle d'un risque que le consentement n'existe pas. On criminalise plutôt un état d'esprit en asynchronicité avec le réel partagé lors d'un rapport interpersonnel; un réel partagé que l'accusé n'a pas été en mesure de déchiffrer convenablement selon la nouvelle norme fixée par la Cour suprême. On criminalise dorénavant le fait d'avoir mal interprété des indications « implicites », d'entretenir une vision archaïque et rigide des rapports interpersonnels teintée de préjugés sociaux<sup>453</sup>, de ne pas avoir eu le bon degré d'attention et de vigilance face aux indications communiquées et d'avoir agi malgré l'absence de précautions raisonnables permettant de s'assurer d'avoir reçu un consentement et de dissiper toutes les ambiguïtés. C'est la *qualité* de la communication interpersonnelle qui est renforcée par la menace de la loi pénale.

Dans le contexte d'une réorientation de la fonction de l'institution pénale le législateur et les tribunaux ont transformé le crime d'agression sexuelle en infraction quasi-objective par

---

<sup>453</sup> Julie DESROSIERS et Geneviève BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 339, section ASD 11-5 : « Or, l'application d'un paradigme purement subjectiviste, suivant lequel la *mens rea* est déterminée en fonction de l'état d'esprit et des croyances de l'accusé, permet la résurgence des mythes sur le viol. (...) D'où le paradoxe suivant, dénoncé par plusieurs auteurs : plus l'accusé adhère aux préjugés sur les femmes, plus sa personnalité et ses perceptions étaient susceptibles d'engendrer des comportements dangereux pour celles-ci, plus il était susceptible d'être acquitté. Conséquemment, de nombreux observateurs arguèrent en faveur d'une conception distincte de la faute en matière d'agression sexuelle, qui permettrait que celui qui croit erronément et déraisonnablement que sa victime consentait soit tenu responsable sur le plan criminel. » En contrepartie, *Id.*, à la note de bas de page 253, où on réfère à Don STUART, *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 7e éd., Scarborough, Carswell, 2014, p. 340-348. Les auteures nous expliquent qu'« [e]ssentiellement, l'auteur est d'avis que la Cour interprète la notion de consentement de manière trop restreinte. Selon lui, l'ambiguïté pourrait également équivaloir à un consentement, de sorte que l'accent porté à la communication du consentement serait susceptible d'entraîner des injustices. »

l'entremise d'une obligation positive et préventive de s'assurer qu'un consentement a été communiqué avant d'agir. L'institution pénale ne se limite plus à criminaliser et punir un acte particulier, mais, dans son désir de rehausser les standards sociocomportementaux et de réaménager l'espace public et privé pour assurer la sécurité et l'autonomie de tout un chacun, elle prescrit également des obligations positives s'imposant préalablement au sujet de droit responsable avant même que celui-ci ne commette un crime. L'accusé doit non seulement prendre des mesures raisonnables pour s'assurer du consentement, mais doit également se référer à la manière dont la « personne raisonnable » réagirait dans sa situation précise. En étant appelé à s'« assurer » du consentement, l'accusé est véritablement appelé à contenir et gérer ses risques, en prenant les moyens de dissiper toutes formes raisonnables d'« ambiguïtés »<sup>454</sup> sans quoi le recours à la défense d'erreur se trouve vicié, privant ce dernier de la défense d'absence de connaissance subjective de l'inexistence du consentement. La qualification même de ce qui constitue une « ambiguïté » est grandement susceptible de varier d'une perspective à l'autre, d'un type de relation à l'autre, d'un contexte à l'autre<sup>455</sup>. Ce qu'il « faut faire » suite à la perception d'une ambiguïté, la « manière permettant de s'assurer » du consentement, le moment où l'on peut raisonnablement dire qu'une ambiguïté est dissipée, ce qu'il faut faire en cas de doute face à l'existence ou l'inexistence même d'une ambiguïté, le moment où le consentement « doit » être réactualisé; tout cela est susceptible de varier d'un contexte à l'autre et est essentiellement régi par une référence au *sens commun*, au *gros bon sens*, à la personne raisonnable souhaitée par le nouveau standard pro-actif fixé par le législateur. Nous pouvons bien l'observer dans la description que fait la professeure Julie Desrosiers de cette obligation :

---

<sup>454</sup> *R. c. Barton*, préc., note 428, par. 107 : « Cela dit, il est possible de cerner certains éléments qui ne sont manifestement pas des mesures raisonnables. Par exemple, les mesures qui reposent sur les mythes liés au viol ou sur les présomptions stéréotypées au sujet des femmes et du consentement n'ont aucunement un caractère raisonnable. Ainsi, l'accusé ne saurait prétendre que le fait de se fier au silence, à la passivité ou au comportement ambigu de la plaignante est une mesure raisonnable pour s'assurer du consentement, car le fait de croire que l'un ou l'autre de ces facteurs emporte consentement constitue une erreur de droit (...) » (nos italiques).

<sup>455</sup> Par exemple, le fait de descendre ses pantalons a été jugé comme étant un comportement ambigu, voir *R. v. I.A.D.*, 2021 ONCA 110, par. 19 : « The reasonable steps inquiry is a fact-specific one. Clearly, those steps cannot arise from the complainant's silence, passivity, or ambiguous conduct: *R. v. Ewanchuk*, 1999 CanLII 711 (SCC), [1999] 1 S.C.R. 330, at para. 51; *Barton*, at para. 107. Whether the complainant "perked" her hip or not, or helped with pulling down one side of her pants or not, is at best ambiguous conduct, particularly ambiguous as to what the complainant may or may not have been consenting to. »; *R. c. Vaknin*, 2021 QCCQ 6594, par. 181 : « With respect to the complainant's act of moving her shorts without saying a word to the accused, the Court deems that this is, at best, ambiguous conduct. It is particularly ambiguous as to what she may or may not have been consenting to. »

« Si la situation est ambiguë, *le sens commun* dicte de s'enquérir davantage avant de procéder à des atouchements sexuels. Or, le *sens commun* est évidemment affaire de *normes sociales* et l'exigence des mesures raisonnables mène l'analyse sur le versant *objectif* du raisonnement juridique. »<sup>456</sup>

« Les normes juridiques épousent ainsi les *normes sociales* : une personne doit prendre des précautions supplémentaires pour s'assurer du consentement de son ou de sa partenaire sexuelle lorsque cette dernière est plus *vulnérable* (...) Il s'agit naturellement d'une exigence à contenu *variable*, qui croît avec la vulnérabilité particulière de la plaignante. »<sup>457</sup>

Si cette obligation pénale est désormais affaire de normes sociales, comme l'affirme la professeure Desrosiers, on peut se demander comment une personne incapable d'intuitionner seule ces normes, en raison d'un trouble neurodéveloppemental, peut les respecter.

La Cour suprême en 2019 reconnaît également que le *contenu* réel de ces obligations est fondamentalement *contextuel*, variable et indéfini, puisqu'il dépend de ce qui est nécessaire pour prévenir les risques de préjudices envers les personnes vulnérables. Plus l'activité représente un risque *aux yeux de l'institution pénale*, plus l'obligation que devait remplir l'accusé au moment de l'acte sexuel est exigeante :

« Il est également possible de préciser dans quelles circonstances le critère à remplir pour satisfaire à l'obligation relative aux mesures raisonnables sera plus exigeant. Par exemple, plus l'activité sexuelle est envahissante ou plus le risque pour la santé et la sécurité des participants est élevé, le bon sens veut qu'une personne raisonnable fasse preuve d'une grande prudence pour s'assurer du consentement. Il en va de même si l'accusé et le plaignant se connaissent peu, aggravant ainsi le risque de malentendus et d'erreurs. En définitive, l'analyse relative aux mesures raisonnables demeure largement tributaire du contexte et ses exigences varient d'un cas à l'autre. »<sup>458</sup>

En somme, la nature indéfinie de cette obligation requiert du sujet de droit responsable de faire preuve d'une extrême flexibilité et d'un jugement et d'un sens social d'une grande acuité permettant de reconnaître, dans le contexte précis dans lequel il se trouve, les facteurs de risque, le degré de vulnérabilité de l'autre, puis d'adapter son comportement en conséquence de manière à éliminer efficacement ces risques. Ces obligations sont tributaires d'un certain sens social (« le gros bon sens ») auquel il faut pouvoir se référer intuitivement et rapidement.

Le sujet de droit pénal responsable a non seulement l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour s'assurer du consentement lorsque la personne est clairement majeure, mais a

---

<sup>456</sup> Julie DESROSIERS et Geneviève BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 339, section ASD-15, p.11 (nos italiques).

<sup>457</sup> *Id.*, section ASD-15, p. 7 (nos italiques).

<sup>458</sup> *R. c. Barton*, préc., note 428, par. 108.

désormais, en plus, une obligation préalable lorsque l'autre personne ne se situe pas dans une zone d'âge « évidente ». Cette responsabilité s'ajoute à toutes celles que nous venons d'évoquer dans cette sous-partie et qui visent à minimiser les risques que courent les personnes vulnérables. Le sujet de droit responsable a en effet l'obligation de prendre « toutes » les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge de son partenaire<sup>459</sup> ce qui constitue l'obligation la plus élevée imposée par le *Code* :

« The scope of that obligation is high: ... Parliament requires more than an honest belief; it requires a belief resulting from the taking of "all reasonable steps to ascertain the age of the complainant". Parliament made the act a crime and expects of citizens engaging in sexual activity with young people to make a reasonable effort to ascertain the age of prospective partners. It is more than a casual requirement. There must be an earnest enquiry or some other compelling factor that obviates the need for an enquiry. An accused person can only discharge the requirement by showing what steps he took and that these steps were all that could be reasonably required of him in the circumstances. *It is not sufficient, for example, to state that further enquiries were not made because they would open the accused to ridicule, embarrassment or rejection* »<sup>460</sup>

Nous avons relevé par la mise en italique la dernière phrase de cette citation puisqu'elle nous apparaît particulièrement pertinente dans le cas des personnes autistes. Ces personnes sont encouragées, par les psychologues, à limiter leurs comportements excessifs, surtout ceux associés à une rigidité mentale ou à une « hyper-reliance » à la loi, pour se faire plus facilement des amis et éviter de se faire stigmatiser et ridiculiser par les autres. Or, *dans ce contexte précis*, elles sont plutôt encouragées par la loi pénale à faire preuve de tel excès de prudence afin d'éviter le stigmate pénal. La personne autiste ayant de la difficulté à adapter sa conduite aux différents contextes pourrait plus facilement échouer à reconnaître et remplir cette obligation importante.

En somme, l'infraction d'agression sexuelle constitue davantage qu'un simple crime à punir, mais est une véritable stratégie de criminalisation proactive, prescrivant positivement des obligations préventives aux sujets de droit responsables de manière à contenir les risques associés aux activités sexuelles et aux relations interpersonnelles. Si l'institution pénale ne peut réaliser directement la protection des personnes vulnérables jusque dans leur intimité, elle passe le relais aux individus qui doivent gérer leurs propres risques<sup>461</sup>. La notion pénale de consentement agit comme un outil de microrégulation entre les personnes qui doivent désormais « contractualiser » leurs rapports

---

<sup>459</sup> Art. 150.1(6) *C.cr.*

<sup>460</sup> *R. v. Barabash*, préc., note 371, par. 139 citant *R. v. Osborne*, 1992 CanLII 7117 (NL CA), 102 Nfld. & P.E.I.R. 194, 17 C.R. (4th) 350 at 359-360 (Nfld. C.A.) (soulignement du juge et nos italiques).

<sup>461</sup> N. ROSE, préc., note 262; David GARLAND, *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford, Oxford University Press, 2001; L. FARMER, préc., note 164, p. 190-192.

interpersonnels de manière à réduire les risques de préjudices. Elle permet d'identifier les personnes ayant fait preuve de comportements problématiques dans l'intimité et représentant un risque pour les personnes vulnérables, qu'elle pourra ensuite soumettre à une thérapeutique pénale particulièrement sévère et à une longue surveillance pour contenir ces risques<sup>462</sup>. Si nous prenons la vue stricte adoptée par la logique *préventive* qui soutient fondamentalement l'infraction dans sa forme actuelle, nous dirions qu'« [à] la limite, donc, le *crime* [dans son sens moral, assuré par sa structure traditionnelle] importe peu, il ne joue que comme révélateur d'une *inadaptation sociale* que l'on veut guérir. »<sup>463</sup>

### I. 3.3.1. L'impact sur l'autiste des stratégies de criminalisation soutenant l'agression sexuelle

Cette réorientation de la fonction de l'institution pénale en faveur de la protection des personnes vulnérables face aux risques de préjudices entraîne des conséquences sociales importantes sur d'autres personnes vulnérables. La hausse des standards sociocomportementaux demande davantage à ceux qui n'ont pas les capacités « raisonnables » d'interpréter des paroles ou des actes, de capter les signaux dissuasifs, de distinguer ce qui constitue une parole ou un acte ambigu d'une communication « explicite » du consentement et de comprendre quand le consentement doit être réactualisé. Ce rehaussement du seuil criminalisable impute davantage de responsabilités sociales à ceux qui n'ont pas le degré de maturité sexuelle requis pour se référer aux agissements de la personne raisonnable plutôt qu'à leur conception rigide ou préintellectualisée des normes sociales

---

<sup>462</sup> Une condamnation pour agression sexuelle peut mener à une inscription obligatoire au registre des délinquants sexuels (art. 490.012(1) *C.cr.*), une ordonnance d'interdiction (art. 161 *C.cr.*), une ordonnance de prélèvement d'ADN (art. 487.051(1) *C.cr.*), une ordonnance de probation ou d'emprisonnement dans la collectivité (qui bien souvent est extensive et multi-actorielle), un emprisonnement dans un centre thérapeutique pour délinquant sexuel, une ordonnance de surveillance de longue durée, une déclaration de délinquant dangereux ou à contrôler (arts. 752-761 *C.cr.*).

<sup>463</sup> M. DELMAS-MARTY, préc., note 182, p. 85. Pourtant nous savons que se limiter à un acte bien précis et caractérisé constitue un principe de droit criminel fondamental lié au principe de légalité. Se limiter ainsi dans la criminalisation d'un acte précis associé à une *mens rea* précise et bien caractérisée permet de « limiter » l'information récoltée par l'institution pénale sur le caractère de l'individu. Il permet de punir un *acte* précis plutôt qu'un *individu* en raison de ses « tendances problématiques et risquées ». Aujourd'hui, cette logique nous apparaît comme ayant été inversée, l'institution pénale inférant par ces stratégies de criminalisation préventive la virtualité des actes pour laquelle on le condamne et pour laquelle on le punira, G. FLETCHER, préc., note 185, p. 800-801 : « The limitation of the inquiry to a single wrongful act follows not from the theory of desert, but from the *principle of legality*. We accept the artificiality of inferring character from a single deed as the price of maintaining the suspect's privacy. God might judge people on the full range of their life's work, but the law does not arrogate this function to itself. The issue in the legal inquiry is not whether, *all things considered, the actor is wicked, but whether a single instance of wrongful conduct warrants the inference that the actor deserves punishment. Disciplining the inquiry in this way restricts the range of relevant information, but it secures the individual against a free-ranging inquiry of the state into his moral worth.* » (nos italiques)

en raison d'un trouble neurodéveloppemental. Le rehaussement des standards et l'imposition d'un standard objectif pour tous en matière sexuelle peuvent avoir pour conséquence de paralyser la personne autiste, incapable de s'y conformer seule, et de contribuer à son isolement. Paradoxalement, cela risque de la dissuader de poursuivre un développement sexuel normal (ce qui pourra l'amener à entretenir des relations avec des personnes plus jeunes ou à consommer de la pornographie juvénile, comme nous l'avons vu). Il est clair, selon la doctrine clinique, que le syndrome d'Asperger affecte la compréhension par la personne autiste de la notion de consentement :

« AS also affects the notion of consent. This is related to diminished Theory of Mind skills (i.e. one's ability to recognize different mental states and to attribute thoughts, beliefs, and emotions to others). Specifically, the individual with AS may sometimes assume that others share his or her thoughts and desires without first inquiring as to whether this is the case. Limited Theory of Mind skills thus lead to poor judgement, which explains many inappropriate sexual acts. »<sup>464</sup>

En fondant la norme pénale du consentement directement sur des « normes sociales », sur l'agissement de la personne « raisonnable », sur la « communication » et sur un degré *rehaussé* de qualité des rapports interpersonnels, le crime d'agression sexuelle facilite la condamnation et la punition des personnes atteintes d'un TSA :

« Intimate and sexual relationships are extremely complex social behaviors. The autism spectrum is defined by difficulty with social interactions. Laws, set up by societies as a means of guiding behavior, are often based on established societal norms. It is not surprising then that sexual relationships, ASD and the law can come into conflict. »<sup>465</sup>

Comme l'explique la Dr Rachel Loftin, les connaissances sociales complexes, les capacités élevées en matière communicationnelle, la fluidité et l'adaptabilité requises par les prescriptions des infractions d'ordre sexuel peuvent faciliter la criminalisation des personnes autistes dont le fonctionnement intellectuel est rigide, désynchronisé, obsessionnel et aveugle à la signification de certains signaux sociaux ou émotionnels :

« stalking charges may result when an autistic person does not accept « no » for an answer and, instead, imitates romantic overtures they saw in a romantic comedy. In that instance, the person had no way of understanding that the social norm was different from what was portrayed in a film. Communication deficits, which are characteristic of ASD, can contribute to confusion about consent. Researchers have suggested that the inability to read and interpret facial expression, which is established in the ASD population (e.g. Uljarevic & Hamilton, 2013; Woodbury-Smith et al., 2005), may lead to a failure to appreciate when people in images are scared or in pain [ex. pornographie juvénile]. And, in turn, a failure to recognize what is “wrong” about viewing such

---

<sup>464</sup> T. ATTWOOD, I. HÉNAULT et N. DUBIN, préc., note 384, p. 201.

<sup>465</sup> R. LOFTIN, préc., note 133, p. 257.

images or continuing to pursue an interaction. The same is likely true of gestures and body language, which someone may try to use to send a message of disinterest but connect be read by many autistic people. »<sup>466</sup>

Rajoutons à cela que la personne autiste a tendance à reproduire par mimétisme, grâce à sa mémoire et son intellect, certains comportements *perçus*. Si son environnement social est problématique, il y a fort à parier qu'elle reproduira ces comportements problématiques une fois dans l'intimité. Comme nous l'avons vu dans la sous-partie I.3.2.1., la personne autiste est plus encline à faire son apprentissage sexuel sur Internet, notamment par la consommation excessive de pornographie, plutôt que par sa propre expérimentation sociale et sexuelle. Cela peut avoir pour conséquence l'adoption de comportements problématiques et la conformité aux normes distordues projetées par l'industrie de la pornographie, en raison d'une préintellectualisation et d'une adhésion rigide à ces normes et ce, sans que la personne autiste soit en mesure de départager lesquelles sont acceptables et applicables dans la réalité sociale<sup>467</sup>. La pornographie est remplie de représentations sociales distordues, exagérées et inusitées : jeux de rôle axés sur le pouvoir (patron/stagiaire, professeur/étudiant, psychologue/patient, *sugar daddy*), jeux sadomasochistes, jeux autour de l'écart d'âge, etc. La personne autiste, grandement influençable et naïve, peut facilement confondre un jeu sexuel *consentant* et un réel rapport d'abus de pouvoir et de domination sociale. D'ailleurs, rappelons que selon les chercheurs la personne autiste est autant, sinon plus, susceptible d'être elle-même victime de ces abus que de les commettre et ce, précisément en raison de sa grande naïveté sociale et de son incapacité à reconnaître des situations d'abus<sup>468</sup>. Elle peut avoir de la difficulté à se concevoir elle-même comme étant un oppresseur au sein d'une relation interpersonnelle, en raison de sa vulnérabilité sociale en général. N'étant pas en mesure de diriger son action ou de se retenir d'agir en fonction de son sens social ou de son interprétation de l'état mental d'autrui, et

---

<sup>466</sup> *Id.*, p. 263; L. P. VINTER et G. DILLON, préc., note 48, p. 96-97 : « Thus, an individual who has difficulties understanding and intuiting socially acceptable ways to express their sexual desires towards another person may make inappropriate, unwanted sexual advances. To compound this, an autistic individual, who has difficulties in recognising and accurately interpreting the thoughts and feelings of others, could misconstrue behavioural indicators of consent, or fear and distress, in another. Cumulatively, these difficulties have the potential to lead to a sexual offence in some cases. »

<sup>467</sup> L. P. VINTER et G. DILLON, préc., note 48, p. 98 : « The internet is frequently used for this (Dubin, Henault, & Attwood, 2014), especially for those who already utilise the internet as their 'preferred conduit to the outside world' (Sugrue, 2017, p. 117). Internet pornography may be a seemingly readily accessible source of sexual knowledge acquisition. However, pornography can present distorted impressions of socio-sexual conventions, such as an unrealistic representation of courtship, consent and sexual scripts, which may be problematic for an individual relying on such a source to acquire sexual knowledge (Allely & Dubin, 2018; Higgs & Carter, 2015). »

<sup>468</sup> *Id.*, p. 101 : « The increased risk of sexual abuse has been attributed, in part, to difficulties in recognising abusive behaviour and discriminating appropriate from inappropriate behaviours. »

étant en plus généralement privée d'une certaine expérience sexuelle, ces normes préintellectualisées et rigides issues de la pornographie ou celles de son milieu social constituent généralement le seul compas sociocomportemental de la personne autiste. Cette « over-reliance » à des normes préintellectualisées peut empêcher les personnes autistes d'agir convenablement en fonction du contexte, selon la Dre Hénault :

« A person with AS who has seen a couple kissing in the street could attempt to kiss the first girl he meets. An adolescent could also repeat a form of touch that he experienced. Failing to consider the context in which these behaviors take place can increase the likelihood that an inappropriate sexual behavior will occur. »<sup>469</sup>

Force est de constater, ici aussi, que le seul fonctionnement de l'intellect et de la mémoire n'est pas à même de permettre au sujet de droit pénal de conformer son agir aux nouvelles injonctions de l'institution pénale contemporaine.

---

<sup>469</sup> T. ATTWOOD, I. HÉNAULT ET et N. DUBIN, préc., note 384, p. 194.

## **I. 4. Discussion finale sur l'impact du nouveau catalogue des crimes sur la conception contemporaine du sujet responsable de droit pénal**

### **I. 4.1. Qu'est-ce qu'un *juste* catalogue des crimes?**

Les infractions que nous venons d'étudier démontrent que l'institution pénale déploie des stratégies de criminalisation qui interviennent de plus en plus tôt dans l'échelle délibérative des individus, de plus en plus bas dans le degré d'intentionnalité criminelle, et qui sont principalement axées sur la prévention du risque de préjudices. Ces stratégies de criminalisation sont déployées sans même que la théorie de la responsabilité criminelle n'offre de porte de sortie adéquate aux accusés atteints de troubles mentaux non psychotiques. Cette nouvelle série de crimes pousse à leur paroxysme les visées « prospectives » de la responsabilité criminelle : « [la responsabilité criminelle, à la base,] sert [déjà] à rappeler à chacun le devoir de ne pas succomber à ses penchants illégaux, de savoir se tenir loin des tentations et, *dans le cas où quelqu'un s'en sentirait incapable, de demander de l'aide le plus tôt possible.* »<sup>470</sup> Le crime étant consommé de plus en plus tôt, c'est donc dire que l'on s'attend du nouveau sujet de droit pénal responsable, incluant l'autiste, qu'il prenne conscience *encore plus tôt* de ses facteurs de risque et aille chercher de l'aide *encore plus rapidement* qu'avant la mise en place de ces stratégies de criminalisation.

En raison du nouveau « catalogue des crimes », la conception quantitative stricte de la responsabilité criminelle pose problème. Inversement, les tenants d'une défense d'aliénation mentale strictement limitée pourraient aussi soutenir qu'en raison de la conception quantitative stricte de la responsabilité criminelle, c'est plutôt le nouveau catalogue des crimes qui pose problème. Plusieurs « chemins » peuvent donc être empruntés afin d'introduire un élément modérateur dans le droit pénal, nous y reviendrons dans la conclusion générale de ce mémoire. Pour notre part, en raison des sensibilités particulières de l'époque, nous jugeons plus convaincant l'élargissement de la défense de NRCTM que l'« épuration » du « catalogue des crimes » actuel afin de désamalgamer *totalemment* criminel et déviant (ce qui est d'ailleurs peut-être vain et impossible). Cela ne veut pas dire pour autant qu'il faut abandonner toute position critique envers le catalogue des crimes. Après avoir étudié la possibilité d'élargir la défense de NRCTM, nous nous intéressons dans cette sous-partie à la possibilité de critiquer plus rationnellement le catalogue

---

<sup>470</sup> U.G. TREMBLAY, préc., note 114, p. 214.

des crimes actuel comme le propose Mireille Delmas-Marty<sup>471</sup> ainsi que les conséquences de ce nouveau catalogue sur la nature de la responsabilité criminelle.

La difficulté en matière pénale se trouve précisément dans le fait d'adopter un « catalogue des crimes » qui, s'il prétend s'appliquer à tous, doit toutefois comporter des seuils de criminalité représentatifs du « plus petit dénominateur commun » des capacités des membres d'une même société. Un catalogue des crimes *juste* ne doit pas trop s'éloigner de la fiction voulant que *tous sont capables de conformer et diriger leur agir aux ordonnances de la loi criminelle par la seule force de leur cognition*. Sans quoi, comme l'explique Mireille Delmas-Marty, le *Code* ne servirait qu'à la répression prédéterminée, ciblée et continue des mêmes personnes en raison de leurs déficits neuro ou sociodéveloppementaux :

« On peut penser que si [« le déviant », celui qui ne suit pas la courbe normale du développement] a été plus souvent reconnu comme criminel, c'est qu'inconsciemment la liste des crimes était *faite à l'avance* en fonction de lui, en fonction de ses comportements, tandis qu'au contraire ceux de l'homme semblable aux autres (...) étaient, pour motif inverse, écartés de la liste légale »<sup>472</sup>

---

<sup>471</sup> Notre réflexion s'inspire de l'ouvrage *Les chemins de la répression* de M. DELMAS-MARTY, préc., note 182. L'auteure présente plusieurs « chemins de la répression » possibles pour édicter un *juste* catalogue des crimes. Elle dresse le « cercle de la logique », qui entoure et soutient une édicition rationnelle et structurée du Code pénal par le législateur, puis dresse le « cercle magique » de la condamnation et du châtement qui permet d'expier le criminel et d'effacer à moyen terme son crime, ce qui lui permet de réintégrer la vie sociale. Si nous souhaitons nous engager dans cette *voie* complexe, et peut-être vaine, soit celle d'en arriver à « épurer » totalement le catalogue des crimes de manière à éviter d'amalgamer *déviant* et *criminel*, il faudra s'assurer d'édicter un catalogue des crimes qui concernent uniquement l'homme ordinaire. Mais, « Encore faut-il aussi que ce droit souterrain soit le même pour tous et ne crée pas, derrière une égalité formelle qui sert d'alibi, une inégalité dans l'application réelle des lois. », *Id.*, p. 108. S'il peut être difficile, voire impossible, d'édicter certains crimes sans viser spécifiquement ou en grande partie le déviant, il demeure que Delmas-Marty n'écarte pas la possibilité d'effectuer un « sérieux tri » dans le catalogue des crimes et d'adopter une attitude plus critique et « rationnelle » envers celui-ci afin d'éviter que le catalogue vise toujours les mêmes personnes, les déviants, les faibles, *Id.*, p. 254-255. Les critiques rationnelles que nous pouvons adresser au catalogue des crimes et aux autres pratiques de l'institution pénale contemporaine sont les suivantes : Le catalogue des crimes, et donc l'application de la peine qui est rattachée à chacun de ses crimes, se doit d'être strictement *limité* pour assurer son efficacité, *Id.* p. 259. La solution pour édicter un *juste* catalogue se trouve donc dans cet équilibre entre « magie » de la répression (peine mesurée et symbolique) et réflexion « logique » dans l'édiction des crimes, p. 258 : « (...) magie blanche aussi, voulue, recherchée, d'une répression qui, *renforcée par des bases plus logiques*, produirait cet effet particulier au système pénal (qui retrouve, autour de cet effet, son unité perdue), cet effet positif et heureux d'effacement du crime, d'apaisement de la colère, de dissolution de la réprobation, effet d'oubli d'où peut jaillir la réconciliation. » Comme elle le conclut magnifiquement dans son ouvrage, *Id.* à la p. 260 : « Pour que les hommes y croient, sans doute faut-il leur redonner confiance dans la répression pénale. Plutôt que de les laisser se faire justice eux-mêmes, plutôt que de laisser se développer des procédures administratives de contrôles divers et de permettre à la société d'exclure en fait définitivement certains criminels auxquels leur statut d'anciens condamnés confère une sorte de marque d'infamie permanente; ne devrait-on pas reconnaître à cette société, au-delà de tout « désir » inavoué et malsain, un vrai droit et même un devoir de punir, que les juges exerceraient sans joie, mais aussi sans « complexes » ni mauvaise conscience. *Mieux vaut punir les criminels pour un temps. Mieux vaut les dire coupables, responsables, et les accueillir après la peine, que les appeler déviants et les exclure définitivement.* » (nos italiques)

<sup>472</sup> *Id.*, p. 100, et aux pages 125-126 : « Sans doute la distinction proposée entre criminalité proprement dite et déviance devrait-elle d'ailleurs aboutir à une assez large « décriminalisation », autrement dit à une réduction du domaine réservé au crime et à la peine, à la répression pénale stricto sensu. (...) Notre propos était bien de chercher avec suffisamment

Si l'on ne se soucie pas de la nature quantitative et englobante de la responsabilité criminelle lors de la confection et la structuration de nouveaux crimes, on risque de faciliter l'intégration massive d'« inadaptés sociaux », comme les personnes autistes, dans le filet du droit pénal *en raison même* de leurs déficits neurodéveloppementaux. Ce souci doit être pris au sérieux afin de préserver la capacité du droit pénal de faire naître le sentiment de culpabilité chez le condamné; autrement, « le sentiment de culpabilité risque d'être exclu parce que la condamnation pénale vient frapper toujours les mêmes, les faibles et les « déviants » »<sup>473</sup>, sachant également que « [s]eul le criminel qui se sent coupable est prêt pour l'oubli du mal qu'il a fait et la réconciliation ultérieure. »<sup>474</sup>

Un catalogue des crimes préventifs, axés sur le risque, dont les seuils sociocomportementaux sont rehaussés et ne correspondent pas au plus petit dénominateur commun des capacités des membres d'une société, est également problématique car il pervertit radicalement la nature même de la responsabilité criminelle en l'éloignant de ses justificatifs moraux et symboliques. Cela est d'autant plus vrai lorsque la responsabilité envers l'un de ces crimes préventifs est imputée à un accusé atteint de troubles mentaux :

« « les besoins de la répression » [comme les attentes de sécurité de la population] – autrement dit les sensibilités plus vives à certains problèmes [notamment la protection des personnes plus vulnérables contre les risques de préjudices, comme les enfants] – ont entraîné une évolution de la répression qui, sans qu'on y prenne garde, provoque une déformation progressive des notions classiques [comme la responsabilité criminelle]. »<sup>475</sup>

Pourquoi les accusés non psychotiques sont-ils tenus responsables criminellement : est-ce véritablement pour leur acte intentionnel et leur « malice » caractérisée telle que révélée par la commission d'un « crime » que l'on tentera de purger par un châtement ou plutôt pour les risques qu'ils représentent? Ne serait-ce pas en raison même de leur inconformité à la norme de la personne raisonnable, telle que décelée par des « stratégies de criminalisation »? Foucault pressentait déjà que l'élément punissable visé par les crimes était en profonde transformation lors du passage vers la modernité : on ne punit plus un acte fautif, mais la personnalité même d'un délinquant. La

---

de précision, mais sans rigidité, les critères positifs nécessaires à la définition du crime, les lignes donc du crime; *des lignes qui ne désigneraient pas à l'avance un groupe social déterminé comme composé de délinquants potentiels, des lignes qui ne tiendraient compte ni des sorciers ni des déviants, reconnaissant que tout homme – celui qui est apparemment comme les autres au même titre que l'homme apparemment différent des autres – peut un jour commettre un crime.* » (nos italiques)

<sup>473</sup> *Id.*, p. 251.

<sup>474</sup> *Id.*, p. 139.

<sup>475</sup> *Id.*, p. 158

criminalisation à l'époque post-moderne d'éléments préparatoires – curiosité malsaine, séduction maladroite, expérimentations, prise de risque, pauvreté des rapports interpersonnels – qui sont à ce point éloignés du « crime », dans sa forme traditionnelle, et de la faute morale caractérisée qui doit l'accompagner accélère cette transformation et la conduit finalement à son apogée:

« En revanche l'objet « crime », ce sur quoi porte la pratique pénale, a été profondément modifié : *la qualité, la nature, la substance en quelque sorte dont est fait l'élément punissable*, plus que sa définition formelle. La relative stabilité de la loi a abrité tout un jeu de subtiles et rapides relèves. Sous le nom de crimes et de délits, on juge bien toujours des objets juridiques définis par le Code, mais on juge *en même temps des passions, des instincts, des anomalies, des infirmités, des inadaptations, des effets de milieu ou d'hérédité*; on punit des agressions, mais à travers elles des *agressivités*; des viols, mais en même temps des *perversions*; des meurtres qui sont aussi des *pulsions et des désirs*. On dira : ce ne sont pas eux qui sont jugés; si on les invoque, c'est pour expliquer les faits à juger, et pour déterminer à quel point était impliquée dans le crime la volonté du sujet. Réponse insuffisante. Car ce sont elles, *ces ombres derrière les éléments de la cause, qui sont bel et bien jugées et punies.* »<sup>476</sup>

Comme l'explique aussi Lacey, la nature de la responsabilité criminelle se serait grandement transformée dans le dernier siècle, la responsabilité du nouveau sujet de droit pénal est évoquée *pour les risques* qu'il représente, en s'intéressant de moins en moins à ses capacités réelles :

« The specific form taken by today's move to 'preventive justice' is shaped by the particular capacities, dynamics, and aspirations of nation states in a world of advanced technologies of communication, physical mobility, and interdependence; and these have produced a hybrid of responsibility-attribution based on character and risk. Moreover, particularly in the liberal market countries, criminal policy is formed by governments accountable to an electorate within an adversarial system that fosters the politicization of criminal justice, creating a volatile policy-making environment. In stark contrast to the mid-nineteenth century, that electorate is broadly drawn. It is informed by a scientific culture which has made it optimistic about the power to control risk and it is, hence, rather intolerant of it, and rather insistent on government efforts to control it — particularly in the wake of insecurity attendant on economic restructuring and cultural disembedding. And this, as I have suggested, creates a fertile terrain for an *expansive criminalization that exceeds or ignores the capacity principle, and increasingly draws on ideas of risk assessment as equating to bad character.* »<sup>477</sup>

La complexification de nos sociétés, les développements technologiques, la multiplication des rapports et le besoin grandissant de renforcer les liens de confiance et les aires d'autonomie de tous ont donné naissance au rehaussement des normes sociocomportementales, comprises au sein du catalogue des crimes, et ont permis l'extension du champ d'intervention de l'institution pénale. Ces

---

<sup>476</sup> M. FOUCAULT, préc., note 203, p. 22-23.

<sup>477</sup> N. LACEY, préc., note 164, p. 172-173; Michel FOUCAULT, « L'évolution de la notion d'«individu dangereux» dans la psychiatrie légale », (1981) 5-4 *Déviante et Société* 403, p. 419-420 : « On peut rendre un individu pénalement responsable sans avoir à déterminer s'il était libre et s'il y a faute, mais en rattachant l'acte commis au risque de criminalité que constitue sa personnalité propre. Il est responsable puisque par sa seule existence il est créateur de risque, même s'il n'est pas fautif puisqu'il n'a pas choisi en toute liberté le mal plutôt que le bien. La sanction n'aura donc pas pour but de punir un sujet de droit qui aura volontairement enfreint la loi, elle aura pour rôle de diminuer dans toute la mesure du possible, - soit par l'élimination, soit par l'exclusion, soit par restrictions diverses, soit encore par des mesures thérapeutiques - le risque de criminalité représenté par l'individu en question. »

déplacements ont alors mené à une nouvelle conception de la responsabilité criminelle. La réalisation de cet ordre de sécurité entraîne désormais le relai du fardeau de la gestion des risques à tous les individus, y compris aux personnes atteintes de maladies mentales. Celles-ci doivent faire preuve d'une *vigilance de plus en plus grande, d'une prévoyance dans un nombre élargi de situations* et ce, sur un *plus long spectre de temps*, voire même dans de *nouveaux espaces complexes et dématérialisés* (comme Internet ou l'infonuagique)<sup>478</sup>.

La persistance dans cette nouvelle conception du sujet de droit pénal responsable devra nécessairement s'accompagner d'une révision des conditions d'exonération de responsabilité afin de conserver l'aspect expressif et symbolique de la loi pénale et ses valeurs d'humanité et d'égalité. La responsabilité criminelle, conçue de manière quantitative et englobante, avait un sens dans la mesure où l'institution pénale poursuivait le renforcement d'un ordre symbolique par le châtement modéré d'un nombre *limité* de transgressions édictées dans le respect du « plus petit dénominateur commun » des capacités sociocomportementales. Le rehaussement des seuils sociocomportementaux et la multiplication des responsabilités de nature pénale ne peuvent, de manière conséquente, soutenir un départage aussi strict entre accusés atteints de troubles mentaux responsables et irresponsables. Si pareil changement ne s'effectue pas, nous continuerons d'assister à l'*intensification* de la création des responsabilités et des devoirs<sup>479</sup>, la sophistication et l'extension

---

<sup>478</sup> L. FARMER, préc., note 164, p. 193 : « The modern concepts of intention and recklessness are concerned with the future consequences of actions and the impact of conduct on persons beyond immediate spatio-temporal contexts. The legal person is constructed as a particular kind of risk-minimizing actor, one who takes precautions and who reflects on the possible impacts of their conduct. This model of agency, this continuous form of control, operates even in the absence of direct compulsion or punishment, as legal persons are expected to conduct themselves in a certain way. » *Id.* : « The responsible individual foresees outcomes and measures probabilities, corresponding to longer and more complex social chains in which each act is now enmeshed. » *Id.* : « The individual is embedded in social relations and must attune their conduct to the conduct of others in an increasingly complex and interconnected society. The law is one of a range of external controls founded on the idea that the individual is him- or herself continuously regulating their own behaviour. The criminal law's role in the management of social life is to curb passions and impulsive behaviour, stabilizing expectations about the conduct of others and helping to establish relations of trust. (...) In specific terms we see this in the shift from responsibility based on manifest culpability in the immediate physical context in which actions took place, to forms of agency which extend through time and space. » N. LACEY, préc., note 164, pp. 170-173 : « Amid a crisis of security analogous to that experienced at the end of the nineteenth century, legislators today are reaching for definitions and mechanisms that can reassure an anxious public that their concerns are being taken seriously and that 'the criminal threat' can be contained. The construction of criminal classifications is a tempting mechanism, and just as the late nineteenth century and early twentieth century classifications reflected prevailing anxieties, scientific theories, and technologies, so today's categories—the anti-social youth, the sex offender, the migrant, and, above all, the terrorist—are appropriate symbols of 'otherness' relative to contemporary anxieties and technologies. »

<sup>479</sup> L. FARMER, préc., note 164, p. 190-191 : « This increased emphasis on individual responsibility as punishability finds an inverse in the practices of 'responsibilization' which have been identified as a characteristic of neo-liberal forms of crime control. (...) The term has subsequently been used to describe a range of initiatives, which establish

des normes<sup>480</sup>, l'accumulation des stratégies de responsabilisation<sup>481</sup> qui auront pour effet l'augmentation de l'intransigeance envers les personnes atteintes de troubles mentaux. Ces phénomènes finiront par conférer une lourde impression d'*artificialité* et d'*indétermination* dans la production des « sujets responsables », ce qui pourrait miner la mission symbolique et de justice poursuivie par l'institution pénale. Nous terminerons cette sous-partie en discutant plus amplement de ces deux caractéristiques que présente le nouveau sujet de droit pénal qui émerge de tout ceci.

#### **I. 4.2. L'artificialité du sujet de droit pénal post-moderne**

En édictant des crimes s'éloignant trop de la présomption de capacité du plus grand nombre, l'institution pénale pourrait ébranler sa propre légitimité d'intervention. En donnant une impression d'artificialité au nouveau sujet de droit pénal, elle pourrait finir par éroder le mythe du libre arbitre et celui de la responsabilité individuelle sur lesquels elle fonde la légitimité de ses interventions. Nous concédons que la responsabilité criminelle, un construit social, est par nature « artificielle »<sup>482</sup>. Mais il importe de maintenir l'illusion, le mythe, au sein du grand public. Le maintien d'une conception quantitative *stricte* de la responsabilité criminelle malgré les découvertes cliniques, pourrait amener le public à voir le libre arbitre et la responsabilité individuelle pour ce qu'ils sont, c'est-à-dire non pas une « vérité ontologique » (de leur être propre), mais des mécanismes construits sans fondement véritable et ne servant qu'à faire fonctionner l'institution pénale. Nous croyons profondément que, pour être acceptée par la population, l'institution pénale a besoin d'un fondement qui transcende le simple impératif de

---

new, more demanding, responsibilities in criminal law. There has been the creation of new duties, such as to report or disclose specific forms of potential criminal activity.(...) While these raise questions of the scope of civic obligations, it is worth noting that they are not inconsistent with subjective liability—the person who knows and intentionally withholds— and can readily be justified in the name of the potential victims of serious crime. (...) The responsibility for order is passed to individuals. » *Id.*, p. 192 : « Ramsay has characterized this broad shift in responsabilization practices in terms of a broader conception of 'vulnerable autonomy' which underlies a number of new powers in the criminal law. The person is vulnerable and requires reassurance against uncertainty; criminal responsibility in these cases extends to those 'failures to reassure' the potential victim which create a sense of insecurity. »

<sup>480</sup> *Id.*, p.193 : « Civil order is not primarily about moral community, but about the co-ordination of complex modern societies composed of a range of entities or legal persons who are responsible in a range of different ways for their own conduct, for the wellbeing of others, and for the maintenance of social institutions. In substantive terms, this order has been secured by establishing rules for the conduct of social of life in an *increasingly diverse range of activities* — what we might call the establishment of responsibilities. » (nos italiques)

<sup>481</sup> N. LACEY, préc., note 164, p. 203 : « My analysis suggests that we are seeing not so much a replacement of one paradigm of responsibility by another, but rather an accumulation of conceptions or 'technologies' of responsibility, as new legitimation problems and resources emerge without necessarily obliterating older ones. »

<sup>482</sup> C. SAINT-GERMAIN, préc., note 9, p. 228 : « Cette extrapolation quant aux capacités volitionnelles d'autrui constitue la « substance » des *artifices* conceptuels nécessaires à la mécanique de l'incrimination. » (notre italique)

devoir faire « fonctionner » le droit (le droit uniquement pour le droit ne fait pas de sens). Pour ne pas échouer à réaliser sa fonction normative propre, l'institution pénale doit garder un contrôle sur les représentations symboliques au sein de la population.

Les discours soutenus par l'institution pénale et le mythe de libre arbitre qui les anime deviennent de plus en plus éloignés de la réalité *vécue* par les personnes atteintes de troubles mentaux et de la réalité *documentée* par la doctrine clinique. Il est inévitable qu'un fossé de plus en plus grand entre la réalité des personnes atteintes de troubles mentaux et leur représentation dans le droit se creuse au rythme de l'accélération, la démocratisation et la généralisation des savoirs cliniques au sein de la population générale. La contestation répétée des conditions d'ouverture de la défense de NRCTM à partir des nouvelles maladies documentées amène, depuis quelque temps, et continuera d'amener une *intensification dans la production des sujets de droit responsables de la part de l'institution pénale par une référence externe de plus en plus fréquente envers les psychiatres* :

« In the passage to the society of control, the first aspect of the modern disciplinary condition is certainly still the case, that is, subjectivities are still produced in the social factory. In fact, the social institutions produce subjectivity in an ever more intense way. We might say that postmodernism is what you have when the modern theory of social constructivism is taken to its extreme and *all subjectivity is recognized as artificial*. The passage, then, is not one of opposition but rather of *intensification*. »<sup>483</sup>

Ce contorsionisme discursif, permettant de résister à l'élargissement de la défense de NRCTM afin de mieux contrôler les risques, finit par donner une impression vague d'*absurdité*, d'*inconfort* et de *contre-intuition* en raison de l'artificialité de plus en plus apparente des discours produits par l'institution pénale. Ces sentiments risquent d'être renforcés par le décalage de plus en plus grand et évident entre la présomption de capacité et les exigences de plus en plus spécifiques et complexes que l'on retrouve dans le nouveau catalogue des crimes. Pour ces raisons, les personnes atteintes de troubles mentaux ne nous apparaissent pas comme étant de bons vecteurs pour tenir un discours sur le « libre-arbitre » de l'homme et renforcer ce mythe fondateur de notre imaginaire social.

#### **I. 4.3. L'indétermination du sujet de droit pénal post-moderne**

En l'absence d'une conscience fonctionnelle bien développée et clairement délimitée, on peine à savoir où commence et où finit le champ d'intervention légitime de l'institution pénale : « The

---

<sup>483</sup> Michael HARDT, « The Global Society of Control », (1998) 20-3 *Discourse* 139, p. 149.

progressive lack of distinction between inside and outside in the passage from disciplinary society to the society of control, has important implications for the form of the social production of subjectivity. »<sup>484</sup> Dans la post-modernité, la dépendance de l'institution pénale envers d'autres institutions (comme l'institution clinique) pour produire et contrôler le nouveau sujet de droit pénal responsable lui confère une nature « *indéterminée* »<sup>485</sup> : « The indefinacy of the place of the production corresponds to the indeterminacy of the form of the subjectivities produced. »<sup>486</sup> Tout se passe comme si les différentes institutions sociales, en perte progressive de mémoire quant à leur fonction propre, perdaient également le sens de leurs limites pour finalement poursuivre communément une seule et même fonction : la gestion des risques associés à l'existence humaine et à l'interdépendance sociale.

« Foucault écrit qu'à l'instar du pouvoir lui-même qui est sans dehors « la médecine n'a plus aujourd'hui de champ extérieur », comme si le politique et le juridique en Occident devenaient isomorphes d'une « médecine sociale » à grande échelle ou soluble dans l'arsenal des discours préventifs et sécuritaires. »<sup>487</sup>

Corolairement, le sujet de droit devient tout aussi « indéterminé » dans son essence propre. Celui-ci devient *fluide*, et donc plus malléable, plus contrôlable; on peut dès lors exiger de lui qu'il réponde *pénalement* à des normes qui relevaient autrefois d'autres institutions, à des devoirs qui, autrefois, dépassaient le champ légitime d'intervention de l'institution pénale. Le sujet de droit pénal contemporain, *indéfini*, répond dès lors à cette anxiété généralisée qui traverse toutes les institutions, c'est-à-dire les préoccupations se rapportant au maintien de la sécurité et à la gestion des risques associés à la vie humaine et sociale :

« Dans ce climat *incertain*, (...) il n'est plus utile aux institutions de fabriquer des individualités, *fortes* ou *fermes*. Impossible de fait, cette initiative serait contre-indiquée. Nulle perspective d'édification du social ne semble être à l'ordre du jour ni projets inspirés par *quelque horizon temporel dépassant la durée de vie de leurs instigateurs*, ces derniers n'ayant d'ailleurs plus la capacité de s'opposer au cours des choses autrement *qu'au nom de principes qui émergent du droit de la personne à la vie ou à la sécurité*. »<sup>488</sup>

---

<sup>484</sup> *Id.*, p. 148.

<sup>485</sup> M. FOUCAULT, préc., note 265, p. 190 : « L'institution judiciaire s'intègre de plus en plus à un continuum d'appareils (médicaux, administratifs, etc.) dont les fonctions sont surtout régulatrices. Une société normalisatrice est l'effet historique d'une technologie de pouvoir centrée sur la vie. »; M. FOUCAULT, préc., note 203, p. 27 : « La justice criminelle aujourd'hui ne fonctionne et ne se justifie que par cette perpétuelle référence à autre chose qu'elle-même, par cette incessante réinscription dans des systèmes non juridiques. Elle est vouée à cette requalification par le savoir. »

<sup>486</sup> M. HARDT, préc., note 483, p. 150.

<sup>487</sup> C. SAINT-GERMAIN, préc., note 9, p. 266.

<sup>488</sup> *Id.*, p. 320 (nos italiques)

On peine aujourd'hui à savoir pourquoi on tient des individus criminellement responsables, puisqu'on les tient responsable *criminellement*, mais pour avoir enfreint des normes qui outrepassent le champ d'action traditionnel et légitime – nécessairement circonscrit – de l'institution pénale. Si tout est traduit en fautes *pénales* (faute économique, déontologique, déviance sexuelle, insensibilités, manque d'éducation, pauvreté des rapports interpersonnels, rapport problématique à l'alcool, etc.), on finit par perdre le sens de ce qui constitue une norme « criminelle » et ce qui la distingue des autres normes. On perd également le sens de la gravité « pénale ». Les individus sont tenus responsables *criminellement* pour avoir échoué à remplir des devoirs qui relèvent d'autres institutions et qui, d'ailleurs, étaient mieux à même de leur donner sens et contenu. Nous pensons, par exemple, à l'institution scolaire, qui est destinée à se charger de l'éducation sexuelle et citoyenne, de l'apprentissage de la communication et des relations interpersonnelles et à l'institution clinique, qui est destinée à s'assurer du suivi de la santé psychologique, comportementale et sexuelle des individus ayant des troubles de santé mentale. En somme, nous soutenons que le problème du « trans-fonctionnalisme » (perte de conscience fonctionnelle des institutions, de leurs limites propres) – caractéristique propre de la postmodernité et de l'État néolibéral – est intimement lié à l'*indétermination* et l'*artificialité* du sujet de droit pénal contemporain<sup>489</sup>.

Conséquemment, une réflexion sur la fonction propre de l'institution pénale s'impose également pour redresser, critiquer et mieux circonscrire le catalogue des crimes. Tout d'abord, nous devons

---

<sup>489</sup> *Id.*, p.110 : « Le sujet de droit est certes construit; mais avant même de pouvoir occuper un rôle ou de se voir assigner une fonction, encore faut-il qu'il puisse avoir été institué, qu'il ait acquis une forme institutionnelle. Or, c'est l'incapacité récente du tissu social à sécréter cette figure consistante de la subjectivité qui pousse le droit en terre inconnue. *Il ne peut y avoir de responsabilité pénale par simple répétition de la logique de l'imputation.* » Dans cette dernière citation, on observe au mieux les caractéristiques d'artificialité causée par l'accélération du processus d'imputation et d'indétermination causée par la crise fonctionnelle de l'institution pénale. *Id.*, p. 30 : « Non seulement les conditions institutionnelles constitutives de la subjectivité responsable s'évanouissent dans la réalité statistique (disparition des unions stables et de la famille traditionnelle, raréfaction de l'enseignement marqué par l'effort d'apprentissage, mise en question de la loyauté réciproque du travailleur et de ses supérieurs hiérarchiques au profit de la flexibilité et de la mobilité des parties au contrat de travail), mais elles engagent du même coup la mise en fabrique d'un sujet dont le psychisme est sensiblement modifié par les médications psychotropes consommées depuis le jeune âge jusqu'à la vie adulte. Tout se passe comme si, lorsqu'un certain ordre symbolique est démembré, un mode de régulation moléculaire des conduites sans affrontements ni conflits devait reprendre en sous-main le travail cosmétique de maintien minimal du fonctionnement social indispensable à la sécurité des échanges. »; *Id.*, p. 108 : « À la confluence des décombres des institutions traditionnelles surgit un autre type d'être humain – de sujet de droit – en proie à une volonté de s'épanouir sans égard pour la tradition, la transmission de projets intergénérationnels, ou l'élaboration de quelque ordre que ce soit. »; *Id.*, p. 297 : « Si les formes nouvelles et la substance de la subjectivité procèdent de la « liquidation » des institutions, elles n'en sont pas pour autant dissoutes. »

prendre conscience que la désapprobation de certains comportements aberrants, comme certaines inconduites sexuelles, n'a pas nécessairement à être exprimée à travers le vecteur de la loi criminelle, dont l'expression est nécessairement punitive et afflictive. Il peut et doit exister une marge d'aberration et d'inacceptable en société qui soit supportée par elle, par la société civile, *surtout lorsque la désapprobation du comportement du contrevenant est difficilement traductible par l'imposition d'un châtement*, comme c'est le cas pour les malades mentaux. Il peut exister un discours moral, civil et social en dehors du droit pénal qui, sans en reprendre les codes, soit susceptible de « digérer » et traiter *autrement* certains comportements problématiques :

« Le droit pénal ne devrait être nécessaire que lorsque la réprobation *ne peut être dissoute autrement* (avec la relativité que cela suppose, mais aussi les correctifs que la raison doit apporter en la matière). En exprimant cette réprobation, il devrait la réduire et, se substituant à elle (par la condamnation), il devrait permettre l'oubli, donc la réconciliation. »<sup>490</sup>

Il convient de rappeler qu'il existe d'autres moyens, que la stigmatisation pénale et le châtement des délinquants atteints de troubles mentaux pour prévenir la victimisation et pour *concrétiser* des valeurs comme l'autonomie et l'égalité dans les interactions interpersonnelles<sup>491</sup>. Ces moyens civils sont peut-être plus onéreux pour l'État, ils exigent plus de créativité de la part de nos gouvernements, mais sont certainement plus appropriés, plus *justes*, pour *réaliser* la sécurité de tous, et surtout des plus vulnérables, compte tenu des moyens limités, afflictifs, essentiellement symboliques, dont dispose l'institution pénale.

---

<sup>490</sup> M. DELMAS-MARY, préc., note, p. 196. Cette dernière est, comme nous l'avons vu, en faveur d'un sérieux tri dans le catalogue des crimes et suggère que celui-ci soit strictement limité pour assurer son efficacité, *Id.* p. 259 : « La rareté de la menace est un élément de son efficacité et la rareté de la peine une condition nécessaire à son effet magique. »

<sup>491</sup> K. ROACH, préc., note 340, p. 149 : « In some cases, Parliament introduced new criminal sanctions such as the soliciting and child-pornography laws. The defence and creation of the criminal sanction reinforced the willingness of legislators and litigators to criminalize politics by focusing on the strong symbolic message of the criminal sanction as opposed to more expensive strategies to achieve equality and prevent victimization. »; *Id.*, p. 117 : « it tended to focus on preserving and extending the criminal sanction in a non-discriminatory fashion and may, in judicial and legislative discourse, have fallen into the trap of assuming that the criminal law controlled crime. More emphasis was placed on the equality rather than the quality of the criminal law's protection. Professor Boyle and many other feminists were well aware of the limitations of the criminal law and the need for broader social, economic, cultural, and political reforms to improve the position of disadvantaged groups vulnerable to crime. The defence of the criminal sanction in the new political case, however, forced many equality-seekers to stress the importance of the criminal law and downplay the value of alternative strategies. This contributed to the criminalization of politics in which equality claims focused on the limited and often symbolic benefits of the criminal law. » *Id.*, p. 6 : « When crime does occur and is reported, some social response is required, but not always a punitive one. There are limits to how much the adversarial criminal trial process can be made victim-sensitive and avoid revictimization. »

Tenir les malades mentaux *pénalement* responsables de fautes qui devraient relever d'autres institutions pose également la question de ce qui justifie l'imposition d'une *punition* à leur endroit et ce à quoi elle peut bien « répondre »<sup>492</sup>. L'imposition d'une punition se retrouve alors, elle aussi, « indéterminée » puisqu'elle n'est plus déterminée par la fonction propre de l'institution pénale – punir des coupables pour leur crime en tant que tel –, mais par des *intérêts utiles* qui lui sont extérieurs, flous, qui ne lui appartiennent pas en propre<sup>493</sup>. En raison de sa crise fonctionnelle<sup>494</sup>, plusieurs auteurs sont d'avis que l'institution pénale contemporaine se serait justement transformée en une sortie de « levier » répressif « d'adaptation sociale » des personnes atteintes de troubles mentaux; une agence administrative dont la fonction est de donner accès à cette *thérapeutique, renforcée par une technologie punitive*, qui leur permettrait enfin d'atteindre les nouveaux seuils sociocomportementaux complexes et rehaussés de la société néolibérale :

« Le système pénal prend la forme d'un régulateur par défaut (De Coninck et al., 2005) d'individus par défaut (Castel et Haroche, 2001). L'intervention pénale, particulièrement pour les individus qui ne reçoivent pas de soutien, se présente alors comme *un levier d'adaptation sociale qui vise à responsabiliser « l'irresponsable »* »

---

<sup>492</sup> M. FOUCAULT, préc., note 254, p. 23 : « En somme, à la criminalité pathologique la société va répondre sur deux modes, ou plutôt elle va proposer une réponse homogène avec deux pôles : l'un expiatoire, l'autre thérapeutique. *Mais ces deux pôles sont les deux pôles d'un réseau continu d'institutions, qui ont pour fonction, au fond, de répondre à quoi ? Pas tout à fait à la maladie, bien sûr, car si ce n'était que de la maladie, on aurait des institutions proprement thérapeutiques ; mais pas non plus exactement au crime, car il suffirait à ce moment-là des institutions punitives. En fait, tout ce continuum, qui a son pôle thérapeutique et son pôle judiciaire, toute cette mixité institutionnelle, répond à quoi ? Eh bien, au danger. C'est à l'individu dangereux, c'est-à-dire ni exactement malade ni à proprement parler criminel, que s'adresse cet ensemble institutionnel. Dans l'expertise psychiatrique (...) ce que l'expert a à diagnostiquer, l'individu avec lequel il a à se battre dans son interrogatoire, dans son analyse et dans son diagnostic, c'est l'individu éventuellement dangereux. »* (nos italiques et soulignements)

<sup>493</sup> Avant, « le pouvoir y était avant tout droit de prise : sur les choses, le temps, les corps et finalement la vie (...) », alors qu'aujourd'hui, « le « prélèvement » tend à n'en plus être la forme majeure, mais une pièce seulement parmi d'autres qui ont des fonctions d'incitation, de renforcement, de contrôle, de surveillance, de majoration et d'organisation des forces qu'il soumet : un pouvoir destiné à produire des forces, à les faire croître et à les ordonner plutôt que voué à les barrer, à les faire plier ou à les détruire. *Le droit de mort tendra dès lors à se déplacer ou du moins à prendre appui sur les exigences d'un pouvoir qui gère la vie et à s'ordonner à ce qu'elles réclament.* », M. FOUCAULT, préc., note 265, p. 179.

<sup>494</sup> La Partie II traite précisément de cette transformation de la peine en thérapeutique pénale en regard de la crise fonctionnelle vécue par l'institution pénale contemporaine. M. FOUCAULT, préc., note 265, p. 23 : « Punies, elles le sont par un *châtiment qui se donne pour fonction de rendre le délinquant « non seulement désireux, mais aussi capable de vivre en respectant la loi et de subvenir à ses propres besoins »*; elles le sont par l'économie interne d'une peine qui, si elle sanctionne le crime, peut se modifier (s'abrégant ou, le cas échéant, se prolongeant) selon que se transforme le comportement du condamné; elles le sont encore par le jeu de ces « mesures de sûreté » dont on accompagne la peine (interdiction de séjour, liberté surveillée, tutelle pénale, traitement médical obligatoire) et qui ne sont pas destinées à sanctionner l'infraction, mais à contrôler l'individu, à neutraliser son état dangereux, à modifier ses dispositions criminelles, et à ne cesser qu'une fois ce changement obtenu. »; C. SAINT-GERMAIN, préc., note 9, p. 74 : « Dans un cas comme dans l'autre, un même mouvement vers la désinstitutionnalisation, une économie de moyens grâce à laquelle s'évanouissent murs d'asiles et barreaux de prisons au profit d'aménagements plus légers : peines purgées dans la collectivité (bracelets électroniques, couvre-feu, etc.), suivis médicaux en clinique externe (fermeture de lits, etc.). D'abord vidées de leur sens, les institutions se désagrègent à mesure que se diffuse dans le corps social le soluté des encadrements électroniques et moléculaires et que s'allègent les mécanismes visibles de la réprobation. »

*afin qu'il se mobilise pour s'en sortir: C'est donc dire que la logique du système pénal et celle qui régit les diverses mesures de protection sociale se rejoignent autour de l'idée que l'individu est, sinon responsable de sa situation, du moins en partie responsable de devoir «s'en sortir», même si, en principe, il doit aussi pouvoir compter sur un certain nombre de ressources que ces divers systèmes mettent à sa disposition (Otero, Poupart et Spielvogel, 2004: 68). »<sup>495</sup>*

Comme nous l'avons mentionné, d'autres institutions sont mieux à même de traiter et gérer efficacement les risques que représentent les personnes atteintes de troubles mentaux pour les personnes vulnérables. Ces institutions possèdent certainement un arsenal de mesures plus appropriées et efficaces que la punition, une fois que nous la voyons pour ce qu'elle est, c'est-à-dire l'infliction de souffrances par l'État.

---

<sup>495</sup> G. OUELLET, D. MORIN, C. MERCIER, et A. CROCKER, « Nouvelle normativité sociale et déficience intellectuelle : l'impasse pénale », (2012) 67 *Lien social et Politiques* 139, p. 154.

## **I. 5. Conclusion générale de la Partie I : le déni de notre interdépendance sociale au cœur de la contradiction fondamentale du nouvel ordre**

À notre avis, les stratégies de criminalisation préventives et proactives, juxtaposées avec une défense extrêmement étroite de NRCTM, et une fois couplées aux mesures pénales visant le contrôle extensif des facteurs de risque représentés par les personnes atteintes de troubles mentaux que nous verrons dans la Partie II, ne produiront pas l'ordre plus *juste* et plus égalitaire espéré. La juxtaposition de ces pratiques laisse voir une conception de la responsabilité criminelle de plus en plus teintée par une logique axée sur la gestion des risques, l'écartant de sa fonction symbolique et morale plus large visant à exprimer des valeurs fondamentales par un châtimeur. Si la responsabilité criminelle a toujours été minimalement préoccupée par le maintien de la sécurité en incorporant le plus grand nombre au sein de la logique, sa visée principalement symbolique était affirmée par la mesure et la modération dans l'imposition du châtimeur, surtout dans le cas des condamnés atteints de troubles mentaux. Or, comme nous le verrons dans la Partie II, ce n'est plus le cas. Il est à craindre que dorénavant la raison première derrière leur « responsabilisation » soit précisément liée aux facteurs pragmatiques associés à l'utilité de leur assujettissement aux nouvelles technologies extensives de contrôle.

La tangente actuelle démontre, malheureusement, que de l'amélioration de la sécurité et de l'autonomie de certaines personnes plus vulnérables, résulte, bien souvent, la répression d'autres personnes vulnérables – nous ramenant au fait indissociable de l'existence humaine, celui de notre *interdépendance sociale*. Chacun, du fait de son existence même, de par ses ambitions, ses réussites, son niveau de performance, des exigences qu'il formule aux autres, de l'expression de sa volonté individuelle et de ses désirs, de par ses besoins et ses attentes en matière de conformité sociocomportementale, risque d'être au fondement de la répression des autres. La modération, la précaution et la compassion doivent guider chacune de nos tentatives de réforme sociale.

## PARTIE II. QUEL ORDRE ÉMANE DE LA PUNITION DE L'AUTISTE CONDAMNÉ ?

« Châtier de façon systématique un être comme moi, ce n'est pas commode. Ça arrive, mais la sagesse le déconseille. Il est préférable de s'en remettre aux agents. Je ne sais pas. (...) Tout cela est incompréhensible. Ce qui est certain, c'est que jamais plus je ne me suis reposé de cette façon, les pieds obscènement posés par terre, les bras sur le guidon et sur les bras la tête, abandonnée et brimbalante. »

— Samuel BECKETT, *Molloy* (1951)<sup>496</sup>

### **II. 1. Introduction : sur la fonction normative propre à l'institution pénale**

L'agencement ou la juxtaposition des pratiques de l'institution pénale, c'est-à-dire la manière dont elle semble coordonner, logiquement ou non, ses pratiques en matière d'imputabilité et celles liées à l'imposition de la peine, reflète ce *envers qui* et *envers quoi* elle porte son intérêt. Les pratiques en matière d'imputabilité devraient lui permettre d'identifier les personnes qu'il est nécessaire de soumettre à son joug afin de maintenir l'ordre commun par l'entremise d'une punition. Les pratiques dont nous avons dressé le calque dans la Partie I, démontrent que l'institution pénale est de plus en plus intéressée, afin de maintenir l'ordre public, d'intervenir auprès des personnes jugées « à risque », comme le sont, dans notre imaginaire social, les personnes atteintes de troubles mentaux. *En premier plan*, se développent des stratégies de criminalisation préventives, pro-actives, qui s'étendent dans le temps et l'espace, qui requièrent des capacités socio-comportementales de plus en plus élevées, mais qui, inversement, requièrent une délibération criminelle moins importante pour commettre l'infraction. *En arrière-plan*, on retrouve une conception de la responsabilité criminelle qui incorpore le plus grand nombre de personnes et ne laisse pratiquement aucune porte de sortie aux personnes atteintes de déterminismes mentaux. Pour compléter ce tableau nous avons, *en second plan*, des peines – qu'elles soient carcérales ou non – de plus en plus répressives, extensives et invasives et sont principalement déterminées en fonction de la nature du crime, des caractéristiques de la victime et de sa vulnérabilité aux risques de préjudices. Comme nous le verrons dans cette seconde partie, ces peines sont d'ailleurs imposées sans *juste* évaluation de la responsabilité morale du délinquant.

Si l'orientation sécuritaire des pratiques en matière de responsabilisation et de criminalisation est plus subtile, néanmoins existante et de plus en plus prééminente, nous verrons que cette même

---

<sup>496</sup> S. BECKETT, préc., note 12, p. 31-32.

orientation est plus visible, avouée et explicite dans les pratiques en matière de détermination de la peine. La transition vers la gestion effective du risque est donc désormais complétée dans les pratiques liées à la détermination de la peine, comme en témoigne l'arrêt *R. c. Friesen* rendu en 2020 par la Cour suprême<sup>497</sup>.

Cet arrêt réinterprète l'ensemble des principes fondamentaux de détermination de la peine de manière à rehausser indistinctement les peines imposées aux délinquants qui commettent des crimes sexuels envers des personnes mineures. Ces directives s'appliquent à une multitude de situations et de crimes et visent une large variété de délinquants. La Cour y avalise l'ensemble des réformes législatives en matière de peine proposées par le gouvernement Harper et consacre la prévention des risques et la protection des personnes vulnérables comme étant l'objectif essentiel du prononcé de la peine en matière de crimes sexuels envers les mineurs. Nous verrons que cette nouvelle pénologie laisse très peu de place à l'évaluation subjective de la gravité du crime, à la responsabilité morale du délinquant et à la discrétion judiciaire pour assurer une juste considération de la vulnérabilité de ce délinquant. Ce jugement a déjà un impact dévastateur sur les autistes qui sont condamnés pour ce type de crime, puisqu'on les condamne désormais à purger des peines de contrôle extrêmement invasives et extensives ainsi qu'à des peines d'emprisonnement dans un établissement fédéral.

Au cours de cette seconde partie, nous souhaitons susciter une remise en question de la juxtaposition actuelle des pratiques de la détermination de la responsabilité criminelle et de l'imposition de la peine. Nous sommes d'avis que l'ordre de « justice » poursuivi par la réunion de ces pratiques, celles-ci risquant de s'intensifier à la suite de l'arrêt *Friesen*, est éminemment critiquable. Elle indique une reconceptualisation majeure de la fonction de l'institution pénale vers la protection *effective* et concrète des personnes plus vulnérables et la prévention de leur victimisation.

Toutefois, cette reconceptualisation fonctionnelle qui se dessine éloigne la justice criminelle de la fonction normative qui lui est propre; une fonction sociale essentiellement symbolique et pédagogique, celle d'*exprimer des valeurs collectives par l'infliction mesurée de souffrances une*

---

<sup>497</sup> *R. c. Friesen*, préc., note 11.

*fois un acte criminel commis*<sup>498</sup>. Les pratiques en matière de responsabilisation et de criminalisation semblent faire fi des moyens excessivement limités dont dispose l'institution pénale pour avaliser et compléter ces stratégies préventives et managériales du risque. En effet, l'institution pénale ne peut pas détacher l'« utilité », l'efficacité, les vertus thérapeutiques et rééducatives qu'elle prête aujourd'hui à la peine de son caractère intrinsèquement afflictif, stigmatisant et dégradant, comme l'explique si bien Mireille Delmas-Marty :

« Il demeurera toujours que, si le déviant ne veut pas être réintégré, la réaction sociale, qu'on l'appelle mesure ou peine, sera par lui ressentie comme une peine, une souffrance, un châtement. (...) Il faut bien l'admettre (...) que pour le condamné *l'utilité de la peine implique toujours plus ou moins un châtement* (...) D'où l'inquiétude qui surgit devant cette individualisation qui, refusant de tenir compte de la gravité de la faute, ne considère que les nécessités de la rééducation. Car enfin, si le châtement est sous-jacent, il est injuste de l'appliquer indépendamment du passé. »<sup>499</sup>

« La première seule [la logique du « châtement des criminels » par opposition à la « rééducation des déviants »] doit appartenir au droit pénal. La rééducation lui échappe. Elle est généralement antérieure au crime, préventive; elle peut être postérieure à l'exécution de la peine, aider à la réinsertion sociale des condamnés; concomitant même à la peine, formation scolaire ou professionnelle dans les prisons, systèmes divers de mise en liberté surveillée des condamnés. *Mais elle ne doit jamais faire perdre de vue, surtout en cas de coexistence, qu'elle n'est pas d'essence pénale, qu'elle voisine seulement avec qui reste une peine au sens plein.* »<sup>500</sup>

L'institution pénale n'est pas destinée au maintien d'un ordre de justice, de sécurité et de paix, par des moyens concrets, positifs, efficaces ou directs (son efficacité réelle demeurant incertaine),

« Car du droit pénal on peut attendre un effet plus fort et plus complet [que la simple « fonction de pure réservation sociale », pour reprendre les mots de Delmas-Marty] – parfait s'il était pleinement atteint –, celui d'oubli du crime, d'effacement du mal, de disparition de l'acte qui avait troublé l'ordre social [par opposition

---

<sup>498</sup> R. c. M. (C.A.), préc., note 194, par. 81. Cette idée de l'infliction de souffrance comme force génératrice d'un ordre d'une certaine nature se trouve également chez M. DELMAS-MARTY, préc., note 182, p. 106. « Cette force-là – violence apprivoisée, enchaînée – peut fonder le droit, poser des normes, créer des valeurs, car elle féconde, elle anime, elle peut construire un ordre. » *Id.*, p. 135 : « Et il faudrait montrer ici comment la magie peut prendre le relais et comment, par elle, le procès pénal peut recéler autre chose qu'une nouvelle violence (celle de la société contre le criminel); montrer comment, au-delà de cette nouvelle violence, la magie peut amorcer le mouvement par lequel un ordre sera rétabli. Ce que P. Ricoeur écrit de la punition quelle qu'elle soit s'applique exactement à cela : « En exigeant que l'homme souffre justement, nous attendons que cette tristesse ait non seulement une mesure, mais un sens, *c'est-à-dire une fin*... Cette négation (celle de la punition) n'est pas fermée sur soi... Ce qui avait été institué et qui vient d'être destitué est restitué ». » (Italiques de l'auteure pour « exigeant » et « attendons », nos italiques pour « une fin »)

<sup>499</sup> *Id.*, p. 88-89 (nos italiques).

<sup>500</sup> *Id.*, p. 121 (nos italiques); *Id.*, p. 12 où elle s'exprime ainsi : « Se peut-il qu'il veuille être « resocialisé », ou ne s'agit-il pas aussi, pour lui, d'une forme de peine qui, dans un certain sens, peut l'atteindre plus profondément que le vieux tarif du Code pénal, car elle aura pour ambition d'agir sur sa personnalité propre. » Sur l'absence de différence entre mesures de sûreté et punition, nous citerons *Id.*, p. 62 : « le condamné, qui peut ressentir comme une peine véritable, un châtement, l'interdiction professionnelle, le traitement de désintoxication ou le retrait du permis. D'ailleurs, si la « mesure de sûreté », ordonnée par le juge, n'est pas respectée, on revient nécessairement une peine [de prison, « infamante »]. En outre, et inversement, la prison a elle aussi une fonction de protection de la société et, en principe au moins, des fonctions d'amendement et de rééducation, aussi pourrait-elle être comprise comme une mesure de sûreté. »

au fait de faire « renaître » sans cesse le crime dans la conscience collective, notamment par le contrôle continu et sans fin du « déviant »]. »<sup>501</sup>

L'institution pénale doit plutôt favoriser, selon l'auteure, la « dissolution » du trouble généré par le crime au sein de la société et l'oubli du mal commis; elle doit permettre la décélération des attentes en matière de conformité sociocomportementale et des désirs vindicatifs de la population générale afin d'éviter la rancune sans fin et la vengeance privée. En ce sens, le prononcé de la peine vise autant le condamné que le public en général, dont on doit pacifier l'ardeur, sans l'alimenter davantage<sup>502</sup>.

Après avoir vu la possibilité d'introduire un élément modérateur dans le droit aux étapes de l'édition du catalogue des crimes et de la déclaration de responsabilité criminelle, nous envisagerons, dans cette seconde partie, l'idée, qu'en l'absence de considération envers les déterminismes des personnes atteintes de troubles mentaux à ces étapes, il est alors impératif de rétablir une importante forme de modération à l'étape de l'imposition de la peine. La juxtaposition actuelle des pratiques de l'institution pénale contemporaine le commande. Sans cela, quelle idée du *juste* l'institution pénale peut-elle arriver à exprimer? Sans faire preuve de retenue, à aucune étape du processus judiciaire, comment peut-elle arriver à décélérer le cycle infini des désirs vindicatifs? Sans recours à la tempérance de nos attentes en matière de conformité sociocomportementale, l'institution pénale ne peut produire autre chose qu'un ordre public commun dont les assises reposent sur l'intolérance et l'intransigeance envers les personnes atteintes de troubles mentaux.

Nous débiterons cette seconde partie en faisant ressortir la fonction normative particulière de l'institution pénale canadienne à travers son attachement historique au principe de proportionnalité.

---

<sup>501</sup> *Id.*, p. 133.

<sup>502</sup> *Id.*, à la p. 135 : « Ainsi, par l'effet magique de l'oubli, le droit pénal serait nécessaire pour préparer l'apaisement du groupe social, annoncer la réconciliation du criminel avec le groupe social. Dans ce sens, d'ailleurs, on rejoindrait l'idée de réinsertion sociale. Mais on la rejoindrait autrement, parce que l'amendement, la rééducation du condamné seraient la conséquence de sa réinsertion sociale autant que la cause, le mouvement vers la réconciliation venant autant de la société que du criminel. » Voir aussi *Id.*, p. 12 et p. 196 où on parle de la « dissolution » du crime et de l'« effacement » du mal par le châtement. Plus clairement, il faut que la violence infligée décélère pour de bon le cycle infini de la vengeance, et non qu'il l'accélère, le perpétue ou le glorifie, *Id.*, p. 255 : « Parce qu'en présence d'un crime se produit ce phénomène irrationnel de refus que nous appelé « réprobation », et que ce refus doit être – *non pas perpétré, glorifié – mais dissous* par cette autre manifestation irrationnelle, ce « quelque chose de plus » qu'est l'effacement de ce qui a pourtant existé dans les faits. » (nos italiques).

Nous verrons comment la réinterprétation de ce principe fondamental de détermination de la peine pointe vers une reconceptualisation de la fonction poursuivie par l'institution pénale contemporaine **(II.2)** et comment celle-ci est susceptible de transformer l'usage de la notion de responsabilité morale qui, traditionnellement, permettait d'imposer une peine moins sévère aux personnes atteintes de troubles mentaux **(II.3)**. Nous présenterons l'état actuel des discours sur la responsabilité morale des autistes condamnés et nous ferons ressortir les dangers qui les guettent face à l'érosion de la notion classique de la proportionnalité **(II.4)**. Nous dégagerons, ensuite, les indicateurs qui nous sont apparus comme étant à même de mesurer aujourd'hui la peine des autistes condamnés : les nouveaux indicateurs législatifs sur la peine et les indicateurs de risque **(II.5)**. Finalement, nous rendrons compte des peines qui sont finalement prononcées à l'encontre des accusés autistes **(II.6)**. Tout au long de cette seconde partie, nous dégagerons la nature, la composition et les contours de l'ordre public effectivement poursuivi par l'institution pénale contemporaine.

## II. 2. La fonction normative propre à l'institution pénale révélée par le principe de proportionnalité : vers une reconceptualisation de la fonction?

### II. 2.1. La place limitée de l'institution pénale dans la résolution des conflits selon les auto-descriptions fonctionnelles

Pour bien observer le portrait général de la transformation fonctionnelle en cours, nous proposons de nous attarder aux descriptions autopoïétiques<sup>503</sup> (auto-descriptions fonctionnelles) de l'institution pénale à travers l'histoire moderne. Nous verrons la place qu'elle s'attribue dans la résolution des conflits sociaux ainsi que les vertus qu'elle attribue à la peine pour mener à bien son rôle de pacification sociale.

Sans nier que l'institution pénale ait toujours été préoccupée au niveau de la peine, dans une certaine mesure, par la sécurité et par la fonction de prévention du crime<sup>504</sup>, nous pensons qu'elle y arrivait, traditionnellement, surtout par un moyen symbolique indirect, c'est-à-dire en prononçant des sanctions *justes* ayant pour effet de renforcer l'autorité morale de la loi et son respect par le public.

Dès 1969, comme on l'écrit dans le Rapport Ouimet, l'institution pénale cherche à « protéger la société », mais ce, d'une manière *particulière* qui inclut une *importante* considération quant à la justesse du traitement réservé au délinquant : « Le Comité a énoncé au chapitre 2 son point de vue sur le rôle que doit jouer le processus pénal et correctionnel : protéger la société des effets du crime *d'une façon qui commande le respect et l'appui du public tout en évitant de nuire inutilement au délinquant.* »<sup>505</sup> La Commission entrevoit d'ailleurs une place assez limitée aux interventions punitives puisqu'autrement celles-ci mineraient leur autorité morale auprès de la population et du délinquant et, en conséquence, menaceraient concrètement la sécurité de la société :

« Il est nécessaire de *limiter les souffrances que les sanctions du droit criminel entraînent.* Des sanctions exagérées non seulement font crier à *l'injustice* et diminuent la *valeur* de traitement qui s'attache aux mesures correctionnelles, mais elles diminuent également *la portée pratique de la loi en général.* Une augmentation de

---

<sup>503</sup> P. GUIBENTIF, préc., note 163, p. 99 : « D'où le terme « autopoïèse » : processus par lequel une entité crée en permanence sa propre substance. »

<sup>504</sup> *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada c. The Queen*, [1956] R.C.S. 303; *R. c. Penunsi*, 2019 CSC 39.

<sup>505</sup> COMITÉ CANADIEN DE LA RÉFORME PÉNALE ET CORRECTIONNELLE, *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle : justice pénale et correction : un lien à forger*, Ottawa, Imprimeur de la Reine pour le Canada, 1969, p. 199 (« Rapport Ouimet ») (nos italiques).

la sévérité des sanctions risque encore de *contribuer à une escalade de la guerre entre le crime et ceux qui luttent contre le crime.* »<sup>506</sup>

En 1974, les commissaires de la Commission de réforme du droit du Canada conviennent du « caractère inévitable de la criminalité » et de « la futilité de toute tentative à enrayer les conflits entre individus »<sup>507</sup>. Dès lors, l'institution pénale semble destinée à poursuivre un rôle essentiellement symbolique et « éducatif » et dont les messages visent, surtout, le public en général. Ils reconnaissent que le droit pénal n'est que « *l'un des moyens* dont dispose la société pour tenter de promouvoir [,] de protéger certaines valeurs » ainsi que pour souligner, par divers moyens qui ne se limitent pas nécessairement à l'incarcération, le préjudice causé aux valeurs de la collectivité et à la victime<sup>508</sup>. Et, puisque la véritable efficacité symbolique de la peine demeure inconnue et incertaine, ils préconisent qu'on en use « avec *modération* si on veut éviter une aliénation ou un conflit social inutile »<sup>509</sup>. Ils avancent également que les interventions de l'institution pénale ne

---

<sup>506</sup> *Id.*, p. 11 (nos italiques). À cette époque, on peut aussi lire P.J. FITZGERALD, *Criminal Law and Punishment*, Oxford, Clarendon Press, 1962, p. 146 qui s'exprime dans le même sens : « Mais si une société ne prend pas soin de limiter cet empiètement, il se peut que le gain qu'elle réaliserait, en terme de libération du besoin, de la maladie et du crime, ne compense pas la perte de liberté qui s'ensuivrait. ». Aujourd'hui cette idée est toujours défendue par Anthony N. DOOB, et Cheryl Marie WEBSTER, « Sentence Severity and Crime: Accepting the Null Hypothesis », (2003) 30 *Crime and Justice* 143

<sup>507</sup> COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Les principes de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence*, Document de travail 3, Ottawa, ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1974, p. 2. Voir aussi *Id.*, p. 35.

<sup>508</sup> *Id.*, p. 1. La place de la victime devrait jouer une place plus importante selon la Commission, mais elle mentionne bien que ces désirs quant à la peine, étant susceptibles de provoquer une « disparité dans les peines », « seront contenus par les limites des principes et critères législatifs appliqués par le tribunal », *Id.*, p. 21. La Commission explique également que la reconnaissance des besoins de la victime ne passe pas seulement par l'imposition d'une peine, mais également par des mesures alternatives, la conciliation ou la médiation, p.7-10.

<sup>509</sup> *Id.*, p.1 et 13. *Id.*, la p. 36, on fait savoir qu'en raison de l' « efficacité discutable » de l'emprisonnement il faut y recourir avec une « grande modération ». On retrouve aussi cette idée chez Mireille DELMAS-MARTY, préc., note 182, p. 196 : « Mais voici qu'en même temps l'on saisit toute la fragilité et l'ambiguïté du système de justice pénale qui ne garantit pas *ce résultat positif et contient en germe le risque inverse d'aggraver le mal en développant la réprobation, sans réussir ensuite à le dissoudre*. Le risque de mettre en branle machine judiciaire sans pouvoir affirmer si « désormais et une fois pour toutes on revoie le ressentiment », ou si on ne vient pas le renforcer de tout le poids, de la lenteur anonyme de cette machine. A-t-on le droit de courir un tel risque ? *Au moins faut-il le mesurer plus clairement.* » (nos italiques) L'incertitude de l' « efficacité » symbolique commande la modération dans la répression pour donner une chance à la culpabilité de naître et pour éviter la remémoration incessante du crime, *Id.*, p. 226 : « Une dernière fois il faut le rompre, le dérouler, chercher si, au-delà de sa seule logique, la répression peut produire l'effet magique d'effacement, d'apaisement, de réconciliation qu'on en attend. *Rien n'est moins certain*, dira-t-on. N'oublions pas que la condamnation prononcée par une juridiction répressive peut être un échec total à ce point de vue, le contraire de l'effacement, de l'apaisement, de la réconciliation. Les mots de condamnation dits en public, avec la solennité dont les revêts l'audience pénale, peuvent, *définitivement marquer* le criminel, le « stigmatiser » à vie. (...) Aucune harmonie ne naîtrait donc de la condamnation, mais une scission définitive, l'enchaînement brisé, le cercle cassé; car alors la culpabilité risque bien de ne pas être éprouvée comme telle par le condamné, qui se sentira plutôt victime des circonstances, des hasards qui ont fait que lui est condamné, alors que bien d'autres ne le sont pas; (...) il reste bien des portes qui, à l'auberge comme à l'Usine, se ferment encore aux anciens condamnés. Et la justice elle-même aide à les fermer, qu'il s'agisse des diverses interdictions, professionnelles ou autres, qui prolongent la condamnation, ou du casier judiciaire, *qui en perpétue le souvenir.* »

doivent pas se limiter à la maximisation effective du bien commun, comme le prône la philosophie utilitariste, mais doivent être « tempérées par les notions ordinaires de justice et d'équité »<sup>510</sup>. Le but est de rétablir l'« équilibre social »<sup>511</sup>, et non pas de le déstabiliser en alimentant davantage le cycle infini de la vengeance<sup>512</sup>. Selon eux, l'effet « intimidant global » symbolique des autres interventions de l'institution pénale suffit à dissuader le reste de la population, et donc à maintenir un certain degré de sécurité, sans qu'il soit nécessaire d'en rajouter lors de l'imposition de la peine en vue d'assurer une plus grande protection de la population<sup>513</sup>. La protection de la société n'est donc pas l'apanage de l'institution pénale : pour « protéger » efficacement la population et faire preuve de reconnaissance envers la victime, il convient même selon la Commission d'imaginer d'autres alternatives que le procès de nature criminelle traditionnel<sup>514</sup>. La Commission appelle finalement à prendre conscience de ce que peut et ne peut pas réaliser la peine. Questionnant l'efficacité de l'institution pénale pour « protéger la société », réduire le risque de récidive, dissuader et réhabiliter, les commissaires confèrent alors à la peine une fonction symbolique et à l'institution pénale une place limitée dans le règlement des conflits sociaux : « Est-il réaliste de s'attendre à ce que la loi fasse plus que souligner la gravité de l'infraction, et, au moyen d'une variété de peines, affirmer, confirmer et protéger les valeurs fondamentales de la communauté? »<sup>515</sup>

Comme l'énonce le *Ministère de la Justice* en 1982, l'institution pénale n'est ni intéressée par le prononcé de peines qui visent directement la sécurité sans être *justes*, ni par le prononcé de peines *justes* si celles-ci ne peuvent produire une certaine forme de sécurité. La sécurité visée ici doit être comprise comme une forme de *paix sociale* et non simplement le contrôle effectif du taux de criminalité. Le fait que l'institution pénale vise ce « point de balance spécifique » entre *justice* et *sécurité*, lui confère sa fonction essentiellement symbolique<sup>516</sup>. La peine a alors un rôle limité dans la résolution des conflits sociaux puisqu'on reconnaît qu'on ne peut détacher sa valeur « utile » de son caractère intrinsèquement afflictif. L'infliction supplémentaire de souffrances pour répondre à un conflit a certainement une force résolutive et réparatrice limitée. On reconnaît d'ailleurs que

---

<sup>510</sup> COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, préc., note 507, p. 36.

<sup>511</sup> *Id.*, p. 35.

<sup>512</sup> *Ibid.*

<sup>513</sup> *Id.*, p.5., voir aussi p. 37.

<sup>514</sup> *Id.*, p. 7-10 et à la p. 36.

<sup>515</sup> *Id.*, p. 6.

<sup>516</sup> GOUVERNEMENT DU CANADA, *Le droit pénal dans la société canadienne*, Ottawa, Ministère de la justice du Canada, 1982, p. 46-48. (« Chrétien »)

peu importe le circuit pénal imposé à l'accusé – que ce soit une peine de contrôle à aire ouverte visant sa réhabilitation effective ou une peine de retrait de son milieu social visant sa punition pure et simple – l'institution pénale ne peut nier sa fonction normative particulière, qu'elle finit toujours par exprimer, en des termes qui sont essentiellement symboliques. Son langage reste celui de la répression, du stigmat, de l'opprobre collectif, de la menace et de la souffrance :

« En dépit des efforts d'un grand nombre et de tout ce qui a pu être dit là-dessus depuis un siècle, *le droit pénal a toujours été et demeure essentiellement une institution à caractère punitif*. Il ne fait aucun doute que les sanctions qu'il impose (peu importe qu'on parle de traitement, de réhabilitation, de dénonciation, de dissuasion, ou de neutralisation), *ont toujours été perçues, et continuent de l'être, par la quasi-totalité de ceux auxquels elles s'appliquent, comme des mesures punitives*. Pour cette raison, qu'on aborde le problème du but du droit pénal selon une perspective punitive ou utilitaire, il importe de comprendre que les sanctions du droit pénal ont *fondamentalement un caractère punitif*. »<sup>517</sup>

Les descriptions fonctionnelles offertes par les différentes commissions détonnent grandement avec celles qui sont offertes aujourd'hui, près de quarante ans plus tard, par les tribunaux. La Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée* s'exprimait ainsi en 2010 concernant l'objectif « le plus fondamental » de l'institution pénale :

« Nul ne conteste que l'un des objectifs *les plus fondamentaux* du droit criminel — *le plus fondamental en fait* — consiste à assurer la sécurité *de chacun*. Protéger la vie humaine et la sécurité des citoyens constitue le *souci premier* de l'État. Le droit criminel a de tout temps joué *un rôle central* dans la *réalisation* de cet objectif, qui s'applique à la vie avant la naissance, et la réglementation de l'interruption de grossesse est depuis longtemps reconnue comme un véritable objet de droit criminel... »<sup>518</sup>

L'ajout, par le gouvernement Harper en 2015, à la description fonctionnelle de l'institution pénale qui chapeaute l'art. 718 *C.cr.*<sup>519</sup> est un autre exemple criant de la réorientation fonctionnelle en

---

<sup>517</sup> *Id.*, p. 46. (nos italiques)

<sup>518</sup> *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, [2010] 3 RCS 457, par. 58 (nos italiques). *Id.*, par. 55 : « Le Parlement peut prendre pour cible le comportement qui accroît le *risque* de préjudice pour le citoyen, même si ce risque ne se concrétise pas toujours. » *Id.*, par. 56 : « Nulle exigence constitutionnelle de préjudice minimal n'entrave comme telle la faculté du Parlement de s'attaquer à l'activité qui est à l'origine de ce mal. *Il n'appert pas que le droit criminel peut seulement s'attaquer aux activités qui font courir les risques les plus graves à la santé et à la sécurité des personnes et qu'il ne peut pas également interdire les préjudices moins graves qui suscitent l'inquiétude du public.* » (nos italiques) La Cour suprême reconnaît toutefois que le risque doit au moins être relié à une préoccupation de nature publique, comme elle le reconnaissait dans *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S., que ce soit la sécurité publique, la santé publique ou la morale collective ou les trois. Mais *Id.*, au par. 56 la Cour fait référence au fait que le risque est d'intérêt public lorsque les préjudices, quoique peu graves, suscitent l'« inquiétude du public ». Le risque, qui est d'intérêt pour l'institution pénale, peut donc théoriquement être lié à l'inquiétude du public lié à la sécurité publique ou la santé publique sans qu'il ne s'agisse principalement d'un intérêt moral à strictement parler pour la collectivité symbolique qu'elle est destinée à maintenir. Reste à voir jusqu'à quel point l'institution pénale contemporaine peut poursuivre la réalisation effective de la sécurité ou de la santé publique dans la société réelle indépendamment des considérations morales plus larges.

<sup>519</sup> Art. 718 *C.cr.* : « Le prononcé des peines a pour objectif essentiel *de protéger la société* et de contribuer, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste,

cours. Si autrefois la peine avait simplement « pour objectif de *contribuer*, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'infliction de sanctions justes »<sup>520</sup>, elle est aujourd'hui appelée à poursuivre en même temps son nouvel « objectif essentiel » qui est de « *protéger la société* »<sup>521</sup>. L'ajout par le gouvernement Harper à la description fonctionnelle de l'institution pénale de la fonction de protection n'est pas sans effet normatif concret. Il marque une volonté de rediriger uniformément l'institution pénale, et ses différentes extensions comme le système des libérations conditionnelles, le système carcéral ou le système d'immigration, vers *une seule et même fonction* (transfonctionnalisme), *soit la sécurisation effective et directe de la société et de ses membres*<sup>522</sup>. Comme le dit le criminologue Richard Dubé, « [c]ompte tenu de ces aspects performatifs attribuables à la fonction, le choix des mots et la détermination de leur sens dans les autodescriptions fonctionnelles des systèmes sociaux deviennent importants. »<sup>523</sup> Pour ce dernier, la force normative associée à une expression comme celle de « protection de la société » peut difficilement être conçue de manière neutre, mais permet et avalise une approche axée sur l'« adversité » où l'institution pénale aurait pour fonction de « lutter » contre le taux de criminalité et jouerait un rôle essentiellement combatif, proactif, préventif et répressif contre les criminels<sup>524</sup>. Les tribunaux donnent justement à cet ajout à la description fonctionnelle de l'art. 718 *C.cr.* un

---

paisible et sûre par l'infliction de sanctions justes visant un ou plusieurs des objectifs suivants : (...) » (nos italiques pour faire ressortir l'ajout du gouvernement Harper)

<sup>520</sup> H. PARENT et J. DESROSIERS, *Traité de droit criminel*, 5e édition, tome 3 « La peine », Montréal, Éditions Thémis, 2020, p. 20 : « l'utilisation du verbe « contribuer » est particulièrement appropriée, car, si les peines peuvent concourir au maintien de la paix et de la sécurité sociales, *elles ne peuvent atteindre cet objectif à elles seules*. La lutte contre la pauvreté, la réduction des disparités sociales de même que les services sociosanitaires doivent nécessairement participer au programme de réduction de la criminalité » (nos italiques)

<sup>521</sup> *Loi édictant la Charte canadienne des droits des victimes et modifiant certaines lois*, préc., note 246, art. 23. Même si nous reconnaissons que l'institution pénale a toujours été préoccupée par la sécurité, cf. *Dairy Act*, préc., note 518, le moyen d'y arriver pourrait avoir changé. Il y a une différence entre « contribuer » symboliquement par des sanctions justes et « protéger » la « société » réelle par des moyens de contrôle préventifs, directs et concrets.

<sup>522</sup> Cet ajout doit être interprété dans le contexte de la loi qui l'a introduit. La même suremphase sur le besoin de réaliser un droit à la sécurité pour tous et la convergence fonctionnelle d'institutions connexes à l'institution pénale vers une sécurisation effective de la société s'observent dans les nombreuses modifications législatives effectuées dans la *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*, LC 2012, c.1, art. 54 (système carcéral), art. 71 (système des libérations conditionnelles), art. 169 (système de justice pénale pour adolescents), art. 205 (système d'immigration et réfugiés). L'institution pénale ne résistera pas à cette réorientation fonctionnelle proposée par le gouvernement Harper, elle n'est plus considérée comme ayant une fonction normative particulière et distinctive des autres institutions; désormais, toutes les institutions convergent vers cet impératif de protection effective de la société.

<sup>523</sup> R. DUBÉ, préc., note 163, p. 676 se référant au processus d'autopoïèse théorisé par le sociologue Niklas Luhmann.

<sup>524</sup> *Id.*, p. 676-677. L'auteur critiquait déjà l'utilisation par la Commission Ouimet de cette expression. Cependant, comme nous l'avons vu, la Commission Ouimet ne met pas en opposition le délinquant, qui menacerait la société, et la société elle-même. Pour la Commission, la protection de la société inclut un *juste* traitement du délinquant et commande une attitude punitive très limitée.

effet normatif concret<sup>525</sup>. Notons au passage, l'arrêt tout récent de la Cour du Québec, *R. c. Germain*, dans lequel la présence de troubles mentaux chez l'accusé ne résultera pas nécessairement en une peine moins sévère hors de la prison, mais à une peine extensive et plus individualisée à ses facteurs de risque à la lumière de ce nouvel objectif essentiel :

« Le Tribunal est persuadé que *la protection de la société, qui est l'objectif essentiel de la détermination de la peine* [la juge réfère alors, à la note de bas de page 70, à l'art. 718 *C.cr.*], nécessite que M. Germain reçoive le *traitement ciblé et individualisé* que sa situation personnelle exige. Le Tribunal prononce donc une peine qui lui permet de l'assortir d'une probation de trois ans. »<sup>526</sup>

Cet ajout à la description fonctionnelle de l'art. 718 *C.cr.* est également repris dans la description autopoïétique que fait la Cour suprême dans *R. c. Friesen*<sup>527</sup>. Elle mentionne cet ajout par le gouvernement Harper dans le but de justifier l'extension du champ pénal et du degré d'invasivité de la peine. De la simple contribution à une société *juste*, paisible et sûre par des moyens symboliques, l'institution pénale se dirige bel et bien désormais vers la sécurisation effective de la société réelle et de ses membres vulnérables par les moyens répressifs prévus par les modifications législatives :

« Le législateur affirme à l'art. 718 du Code criminel que « [l]e prononcé des peines a pour objectif essentiel de protéger la société ». Comme la Cour l'a jugé dans l'arrêt K.R.J., le libellé de l'art. 718 démontre que « *la protection du public relève nettement de l'essence même de la détermination de la peine* (par. 33). Cet objectif revêt une importance particulière lorsque des infractions criminelles sont créées afin de *protéger les groupes vulnérables* comme les enfants... »<sup>528</sup>

Dans cet arrêt, nous observons encore mieux la place grandissante que s'attribue aujourd'hui l'institution pénale dans la production effective de la sécurité et dans la résolution des conflits. Même si la Cour reconnaît que « les réponses de la justice pénale ne permettent pas à elles seules de résoudre le problème de la violence sexuelle contre les enfants. », elle affirme du même souffle que ses moyens préventifs, répressifs et punitifs « constituent [néanmoins] des mécanismes *importants* que le législateur a choisi d'employer pour *protéger* les enfants de la violence sexuelle, tenir les auteurs de cette violence responsables de leurs actes et exprimer le caractère répréhensible de la violence sexuelle contre les enfants. »<sup>529</sup> En faisant référence aux nombreuses réformes législatives visant à garantir la sécurité de la population par l'augmentation de la sévérité des peines

---

<sup>525</sup> En plus des arrêts cités plus bas, voir *R. c. Duclos*, 2019 QCCQ 5680, par. 118 et note de bas de page 101.

<sup>526</sup> *R. c. Germain*, 2022 QCCQ 1715, par. 85.

<sup>527</sup> *R. c. Friesen*, préc., note 11.

<sup>528</sup> *Id.*, par. 122 (nos italiques).

<sup>529</sup> *Id.*, par. 45 (nos italiques).

et le recours à l’incarcération à l’égard des délinquants sexuels, la Cour affirme finalement qu’ « [i]l nous incombe de donner *plein effet* aux initiatives de détermination de la peine prises par le législateur. »<sup>530</sup> Sans chercher à modérer les attentes répressives exprimées par ce dernier, la Cour suprême et, à travers elle, l’institution pénale, accepte finalement de jouer un rôle *plein et entier* dans la protection effective des membres plus vulnérables de la société. Pour reprendre l’observation d’Hélène Dumont, nous dirions que « [l]e législateur n’endosse plus officiellement le principe d’une société juste par l’infliction de sanctions justes ou il le met en sourdine. »<sup>531</sup> En cherchant à jouer un rôle « important » et à donner « plein effet » aux mesures répressives commandées par le législateur, dans le but avoué de garantir à tous une enfance « à l’abri » de la violence sexuelle<sup>532</sup>, le tribunal perd la « juste distance »<sup>533</sup> (pour reprendre l’expression de Ricoeur) avec la société réelle qui lui permettait de s’exprimer en des termes symboliques et d’appeler à la modération des désirs vindicatifs au sein de la population. La production d’un ordre de sécurité ou de paix sociale n’est plus incidente au prononcé de peines « justes » dans l’ordre symbolique, mais doit être poursuivie *directement, dans la société réelle*, par des mécanismes de suppression des risques de la criminalité et de réduction du taux de criminalité.

Comment expliquer ce changement aussi rapide et radical de la fonction de l’institution pénale? Puisque les pratiques de l’institution pénale répondent à un imaginaire social propre à notre compréhension du fonctionnement social, à nos attentes et à nos besoins, nous soumettons l’hypothèse à l’effet que l’institution pénale a été appelée à avaliser des attentes de plus en plus élevées de la part de la population en matière de sécurité. En effet, l’institution cherche désormais à réaliser *concrètement* et positivement le droit à la sécurité promis par le législateur depuis 1982

---

<sup>530</sup> *Id.* (nos italiques). Il s’agit des peines minimales obligatoires, peines cumulatives obligatoires, objectifs prioritaires obligatoires, hausse des peines maximales.

<sup>531</sup> Hélène DUMONT, « Contre la contre-réforme en matière punitive: comment s’y prendre et comment repenser la réforme de la pénologie canadienne », dans INSTITUT CANADIEN D’ADMINISTRATION DE LA JUSTICE, *Détermination et l’exécution des peines : La pénologie mise en pratique*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2011, p. 7.

<sup>532</sup> *Id.*, par. 42 : « Protéger les enfants de l’exploitation illicite et du danger est l’objectif *primordial* du régime législatif créant les infractions d’ordre sexuel contre des enfants dans le Code criminel. Notre société est résolue à *protéger* les enfants et à assurer le respect de leurs droits et intérêts (Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817, par. 67). » *Id.* 1 : « Ils méritent de vivre une enfance à l’abri de la violence sexuelle. »; *Id.* 19 : « Le juge Stewart a conclu qu’un emprisonnement de six ans s’imposait pour mettre les *enfants à l’abri du risque*. »; *Id.*, 52 : « L’autonomie personnelle s’entend plutôt du droit de l’enfant de se développer jusqu’à l’âge adulte à l’abri de contacts sexuels et de l’exploitation de la part des adultes (voir Sharpe, par. 185). ».

<sup>533</sup> Hélène DUMONT, « Chronique canadienne - une décennie de populisme pénal et de contre-réformes en matière punitive au Canada », (2011) 1-1 *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 239, p. 249-250; Paul RICOEUR, *Le juste I*, Paris, Éditions Esprit, 1995-2001, p. 12-13.

à tous les citoyens canadiens, et ce sans discrimination en raison de l'effet combiné des arts. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cependant, cette promesse inédite est, en réalité, « insoutenable » pour le droit classique, comme l'explique Foucault; l'institution pénale a alors dû revoir radicalement l'ensemble de ses stratégies pour en arriver à répondre à ces nouvelles attentes supportées par la *Charte*<sup>534</sup>. Dans un tel imaginaire social, la place de l'institution pénale et de ses moyens répressifs pour régler les problématiques sociales est vraisemblablement appelée à grandir.

L'institution pénale contracte dorénavant avec la population une sorte de « police d'assurance » contre les crimes sexuels à l'égard des enfants, une promesse qu'elle ne pourra, évidemment, pas tenir<sup>535</sup>. Pareille approche est fortement critiquable puisqu'elle renforce et accélère les attentes vindicatives – au lieu de les tempérer – et encourage le public dans l'idée que l'institution pénale et ses moyens répressifs ont pour fonction de réduire le taux de criminalité et de « contrôler » avec efficacité les criminels afin d'assurer la sécurité de tous : « The defence of the criminal sanction in

---

<sup>534</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.) (ci-après « Charte »); Anne-Marie BOISVERT et André JODOUIN, « De l'intention à l'incurie : le déclin de la culpabilité morale en droit pénal canadien », (2002) 32-3 *Revue générale de droit* 759, p. 772 « Le nouveau discours fondé sur les droits individuels [des victimes] entraîne en fait une redéfinition du rôle de l'État en matière de répression. Par la condamnation de l'accusé, l'État n'exerce plus seulement sa prérogative répressive, il rencontre son obligation de protéger les personnes vulnérables. (...) Les victimes, réelles ou potentielles, exigent la répression, en revendiquent le droit, comme mesure de leur dignité et de leur égalité. La Charte aura redonné ses lettres de noblesse à une certaine forme de vindicte. » Selon Charles TAYLOR, *Modern Social Imaginaries*, préc., note 181, pp. 4-9, 16-17 et 22, nous assisterions aujourd'hui au déplacement de l'ordre moral moderne, tel qu'il a été conçu au 17<sup>e</sup> siècle, c'est-à-dire d'un ordre axé sur le bénéfice mutuel, sur l'égalité naturelle de tous et sur la sociabilité et l'interdépendance des hommes qui amène, de par leur association civile, un certain degré de sécurité et de paix sociale. Ce déplacement de l'ordre moral s'effectuerait sur les trois axes suivants : intensité – étendue – degré d'attentes quant à sa réalisation concrète (i.e. d'une fonction herméneutique à une fonction prescriptive). L'ordre moral tel qu'il existait, et dans lequel nous vivons aujourd'hui, s'est *étendu* (« more people live by it; it has become dominant »), s'est *intensifié* (« the demands it makes are heavier and more ramified ») et les valeurs qu'il porte, comme le droit à l'Égalité, à la non-discrimination et à la sécurité de chacun, n'ont plus une fonction simplement herméneutique (ils ne s'agissent plus simplement d'éléments à travers lesquels les actions de l'État peuvent être interprétées), mais ont désormais une fonction *prescriptive* (les sujets s'attendent de plus en plus à ce que ces valeurs soient « matérialisées », « concrétisées », positivement par l'État). Ce degré inédit d'attentes amène une situation insoutenable pour l'État et le droit classique, l'État doit donc transformer radicalement ses stratégies pour répondre à ces attentes intensifiées selon M. FOUCAULT, préc., note 265, p. 191 : « Peu importe s'il s'agit ou non d'utopie; on a là un processus très réel de lutte; la vie comme objet politique a été en quelques sorte prise au mot et retournée contre le système qui entreprenait de la contrôler. C'est la vie beaucoup plus que le droit qui est devenue alors l'enjeu des luttes politiques, même si celles-ci se formulent à travers des affirmations de droit. Le « droit » à la vie, au corps, à la santé, au bonheur, à la satisfaction des besoins, le « droit », par-delà toutes les oppressions ou « aliénations », à retrouver ce qu'on est et tout ce qu'on peut être, ce « droit » si incompréhensible pour le système juridique classique, a été la réplique politique à toutes ces procédures nouvelles de pouvoir qui, elles non plus, ne relèvent pas du droit traditionnel de la souveraineté. »

<sup>535</sup> H. DUMONT, préc., note 533, p. 250 : « à la différence de l'assurance que le citoyen prend pour couvrir ses dommages en cas de feu ou d'accident et qui le compense lorsque le risque se matérialise, celui-ci exige de sa police d'assurance criminelle qui s'incarne dans la peine neutralisante que le crime, soit le dommage, ne se matérialise pas. Il est par conséquent toujours insatisfait de la peine parce qu'il ne porte un jugement de valeur sur la justice punitive et sa sécurité personnelle qu'en situation d'échec de la prévention générale. »

the name of victims' rights at times replicated the crime-control assumption that the criminal law controlled crime. There was more concern about equalizing the benefits of the criminal law than assessing the quality of its protections. »<sup>536</sup> La nouvelle place prépondérante que l'on semble désormais accorder à l'institution pénale dans le règlement de problèmes sociaux complexes peut alors apparaître au lecteur averti et renseigné comme étant plutôt simpliste: « This suggested that the complex social and cultural problems presented by the sexualization and sexual abuse of children could be alleviated by the enactment of a new criminal sanction. »<sup>537</sup>

Alors que les mieux nantis ont les moyens de mettre en place des stratégies assurantielles plus efficaces que la simple sanction pénale pour protéger leurs intérêts, on observe alors dans cette nouvelle réorganisation des pratiques pénales que ce sont les personnes plus vulnérables qui sont contraintes de placer leur foi, leurs attentes démesurément élevées envers l'institution pénale. L'impératif nouveau de sécurité poursuivi par l'institution pénale s'allie alors à certaines luttes sociales. Elle instrumentalise alors leurs revendications pour justifier son expansion :

« Taking seriously the failure of the criminal law to protect and respect victims, however, also led some away from reliance on the criminal sanction and towards crime prevention and restorative justice. Corporations and advantaged individuals learned that traditional crime-control responses did not control crime, and invested in private policing, security systems, and insurance. It was the disadvantaged who were left to rely on the criminal sanction and to fight the new political case. »<sup>538</sup>

Puisqu'on se méprend sur sa fonction, elle finira, néanmoins, par décevoir tout le monde.

## **II. 2.2. La fonction normative propre à l'institution pénale : le lien conceptuel entre la fonction de la peine et celle de l'institution pénale en général**

Dans cette sous-partie, nous verrons comment le principe de proportionnalité – inscrit à titre de principe fondamental de la peine au Canada – reflète parfaitement la mission normative particulière de l'institution pénale pour mieux voir, ensuite, comment sa réinterprétation par les tribunaux

---

<sup>536</sup> K. ROACH, préc., note 340, p. 149. *Id.*, à la p. 116-117 : « Nevertheless, decisions to defend the criminal sanction precisely where it had been most controversial were significant. The focus on the equal protection of the criminal law sometimes replicated the dubious crime-control assumption that the criminal law controlled crime. This assumption was still employed in other less contentious contexts, but increasingly the advantaged began to recognize that the criminal law did not control crimes like break and enters and robberies. They invested in security systems and private police. The disadvantaged groups examined in this chapter, however, often had to rely on the criminal sanction's false promise of security and equality and had to defend the new political case. They had their agendas and politics criminalized by the perceived need to defend the criminal sanction from due-process challenges. »

<sup>537</sup> *Id.*, p. 148.

<sup>538</sup> *Id.*, p. 6.

permet d'indiquer une reconceptualisation de sa fonction. La proportionnalité, dans son sens traditionnel, telle que développée après des décennies d'un retour réflexif par les juges sur leur propre pratique<sup>539</sup>, représentait, à notre avis, une « intuition judiciaire » assez juste quant à la fonction normative propre à l'institution pénale. Nous argumentons que la proportionnalité était alors considérée non seulement un moyen de mesurer la peine *juste*, mais également comme étant la *finalité* même du prononcé de la peine et, par extension, celle de l'institution pénale dans son entièreté.

Un lien conceptuel important semble effectivement unir la *production* finale de l'institution pénale – le prononcé de la peine – et la fonction normative propre de l'institution pénale dans son ensemble<sup>540</sup>. Le premier alinéa de l'art. 718 *C.cr.*, qui concerne les objectifs de la peine, représente d'ailleurs ce que nous avons aujourd'hui de plus près d'une formulation expresse de la fonction propre de l'institution pénale. Sur ce sujet, nous pouvons observer que les auto-descriptions fonctionnelles offertes par les différentes commissions citées précédemment se fondent

---

<sup>539</sup> On remonte généralement la réflexion sur la proportionnalité en droit pénal canadien à *Regina v. Wilmott*, 1966 CanLII 222 (ONCA) : « This is subject to the important proviso that the sentence should not be so long as to be out of proportion to the offence and the attendant circumstances ». Il s'agirait d'un principe fondamental en droit pénal canadien dès *R. c. Martineau*, [1990] 2 RCS 633, p. 645 : « le principe que la peine doit être proportionnée à la culpabilité morale du délinquant, ou comme l'a dit le professeur Hart dans *Punishment and Responsibility* (1968), à la p. 162, le principe fondamental d'un système de droit fondé sur la morale, portant que ceux qui causent un préjudice intentionnellement doivent être punis plus sévèrement que ceux qui le font involontairement. (...) L'exigence d'une prévision subjective de la mort dans le contexte d'un meurtre a essentiellement pour rôle de maintenir une proportionnalité entre les stigmates et la peine rattachés à une déclaration de culpabilité de meurtre et la culpabilité morale du délinquant. » Ensuite, *R. c. M. (C.A.)*, préc., note 194, l'intègre formellement dans le droit de la peine, notamment en se référant à l'idée telle que développée dans le Rapport Archambault en 1987, COMMISSION CANADIENNE SUR LA DÉTERMINATION DE LA PEINE, *Reformer la sentence: une approche canadienne*, Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1987, p. 168 (« Archambault »). Pour finalement être codifié comme principe fondamental dans le Code en 1995 à l'art. 718.1 *C.cr.*

<sup>540</sup> COMITÉ CANADIEN DE LA RÉFORME PÉNALE ET CORRECTIONNELLE, préc., note 505, p. 16 : « au cours des dernières années, on a reconnu de plus en plus que le maintien de l'ordre, le processus judiciaire et les mesures de redressement visent tous un but commun d'importance primordiale: la protection de la société contre le crime. »; COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, préc., note 507, p. 1 : « Il existe un rapport très étroit entre les objectifs du droit pénal et ceux de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence. Pour être en mesure de proposer une politique cohérente et rationnelle à l'égard de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence, il faut savoir quels sont ou quels devraient être les objectifs du droit pénal. »; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 RCS 368, p. 473 : « Sir James Fitzjames Stephen a écrit en 1863 que [TRADUCTION] «la sentence constitue l'essence même de la procédure. Elle est au procès ce que le boulet est à la poudre » (cité par Olah dans « Sentencing: The Last Frontier of The Criminal Law» (1980), 16 C.R. (3d) 97, à la p. 98). Cet énoncé est encore vrai de nos jours. »; *Id.*, 415 : « Dans *S. v. Manchester City Recorder*, [1969] 3 All E.R. 1230, on a laissé entendre que la cour pouvait être dépouillée de son pouvoir de déclarer coupable ou d'acquitter, mais non de celui de prononcer la sentence. Lord Reid a jugé que cette affirmation était à la fois nouvelle et erronée, et il a ajouté à la p. 1233: [TRADUCTION] À mon avis, les magistrats n'ont qu'une seule fonction—mener à terme la cause qui leur est soumise. Il n'y a aucune raison de scinder leurs fonctions et de conclure qu'à une certaine étape des procédures une fonction prend fin et une autre commence. »

*parfaitement* avec l'alinéa introductif original, c'est-à-dire avant les modifications apportées par gouvernement Harper en 2015, qui chapeaute depuis 1996 l'art. 718 *C.cr.* sur le prononcé des peines :

« Le prononcé des peines a pour objectif essentiel de *contribuer*, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre *par l'infliction de sanctions justes* visant un ou plusieurs des objectifs suivants : (...) »<sup>541</sup>

Le ministère de la Justice décrivait justement, en 1982, la fonction générale de l'institution pénale en ces termes :

« Le droit pénal a pour objet de *contribuer* à faire régner la justice, la paix et la sécurité dans la société au moyen d'un ensemble de prohibitions, de *sanctions* et de procédures destinées à réagir de façon *équitable* et appropriée aux comportements répréhensibles qui causent ou menacent de causer un préjudice grave aux personnes ou à la collectivité. »<sup>542</sup>

Similairement, le rapport Archambault en 1987 recommandait que soit reconnu à titre de « but essentiel de la sentence » que, « *[c]onformément au but général du droit pénal qui est de préserver une société juste, pacifique et sûre*, le but essentiel de la sentence consiste à préserver l'autorité de la loi et à en promouvoir le respect *par l'imposition de sanctions justes*. »<sup>543</sup> La Cour suprême a par la suite affirmée que cet énoncé fonctionnel était l'« énoncé exact des buts essentiels de la détermination de la peine »<sup>544</sup>.

C'est donc dire que la fonction attribuée à la peine reflète, avec une certaine conformité, celui de la fonction de l'institution pénale. Ainsi, les pratiques liées à la peine s'inscrivent dans le sillage de la fonction générale poursuivie par elle; celles-ci lui permettent précisément de réaliser sa fonction normative particulière. Elles lui permettent de « produire » l'ordre tant attendu. Comme nous en avons l'intuition, la fonction normative poursuivie par l'institution pénale à une époque donnée se révélerait donc encore plus facilement à travers ses pratiques entourant le prononcé de la peine, y compris à travers sa définition de ce qui constitue une sanction « juste ».

---

<sup>541</sup> 1995, ch. 22, art. 6.

<sup>542</sup> GOUVERNEMENT DU CANADA, préc., note 516, p. 5. (« Chrétien »)

<sup>543</sup> COMMISSION CANADIENNE SUR LA DÉTERMINATION DE LA PEINE, préc., note 539, p. 168.

<sup>544</sup> *Id.*, cité dans *R. c. M. (C.A.)*, préc., note 194, par. 78. Il s'agit là de l'« énoncé exact des buts essentiels de la détermination de la peine » telle qu'accepté par la Cour suprême dans *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, à la p. 291.

Traditionnellement, le prononcé de peines « justes » s’est toujours laissé définir à travers le principe « fondamental »<sup>545</sup> de proportionnalité. Ainsi, le prononcé de peines proportionnelles s’est avéré être davantage qu’un simple *moyen* pour atteindre une fin concrète, mais la *finalité même du prononcé de la peine*, et par extension, celle de l’institution pénale : « Le principe fondamental de la détermination de la peine — la proportionnalité — est intimement lié à son objectif essentiel — le maintien d’une société *juste*, paisible et sûre par l’imposition de sanctions *justes*. »<sup>546</sup> C’est par le prononcé de peines « proportionnelles » que la Cour suprême avait jugé être en mesure de commander le respect et d’assurer l’autorité morale de la loi dans la population et, ainsi, d’assurer une certaine forme de sécurité dans la société<sup>547</sup>. Encore en 2012, alors que les réformes conservatrices commençaient tout juste à être mises en œuvre, le juge Lebel, au nom de la majorité de la Cour suprême du Canada, faisait toujours reposer « la justesse de la peine » sur le principe fondamental de proportionnalité : « la proportionnalité représente la condition *sine qua non* d’une sanction *juste* »<sup>548</sup>. Ces déclarations s’inscrivaient alors dans une longue tradition en droit pénal canadien reconnaissant à l’institution pénale une place relativement limitée dans la gestion de la sécurité et une fonction normative spécifiquement symbolique et éducative (pour le public).

Ce qui s’en dégage de notre court exposé c’est que la fonction normative propre de l’institution pénale a toujours été conçue comme étant davantage symbolique qu’effective ou matérielle. Si l’institution pénale a toujours poursuivi une certaine forme de « sécurité dans la société » c’était bien humblement par le prononcé d’une peine *juste*, d’une peine afflictive modérée qui, comme nous le verrons, était mesurée, limitée et nécessairement inférieure à la souffrance causée dans les faits par l’accusé. Nous nous questionnerons justement dans la prochaine sous-partie sur ce qu’un possible changement dans l’interprétation traditionnelle du principe de proportionnalité signifie pour la fonction normative désormais poursuivie par l’institution pénale.

---

<sup>545</sup> Art. 718.1 *C.cr.*

<sup>546</sup> *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, par. 37.

<sup>547</sup> *Renvoi Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 533 cité dans *R. c. M. (C.A.)*, préc., note 194, par. 40; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, par. 30 : « L’article 718 précise que l’objectif essentiel de la détermination de la peine est « de contribuer [. . .] au respect de la loi et au maintien d’une société *juste*, paisible et sûre ». L’infliction de peines inadéquates nuit au respect de la loi. »; *R. c. Ipeelee*, préc., note 546, par. 35 : « Selon l’art. 718, le prononcé des peines a pour objectif essentiel de contribuer au « respect de la loi et au maintien d’une société *juste*, paisible et sûre ». Cet objectif est réalisé par l’infliction de « sanctions *justes* » »; *Id.*, 37 : « La proportionnalité favorise ainsi la justice envers les victimes et assure la confiance du public dans le système de justice. »

<sup>548</sup> *Id.*, par. 37.

## II. 2.3. La proportionnalité : un principe limitatif de la sévérité de la peine reconverti en outil compensatoire de la gravité du crime

Si nous en comprenons que la production finale de l'institution pénale – la peine – doit être minutieusement *mesurée et proportionnelle*, plusieurs choses restent effectivement à clarifier quant à l'étalon de mesure exact de celle-ci puisque la « proportionnalité », dans sa polysémie, peut être comprise autant comme principe de sévérité que comme principe de modération<sup>549</sup>.

La conception traditionnelle de la proportionnalité, en assurant une évaluation de la responsabilité morale du délinquant *indépendante* de la gravité de l'acte et en entretenant un lien direct avec le degré de sévérité de la peine, se présentait alors comme un principe intrinsèquement limitatif et modérateur de la sévérité de la peine : « le principe de proportionnalité garantit que la peine n'excède pas ce qui est approprié compte tenu de la culpabilité morale du délinquant. En ce sens, il joue un rôle *restrictif* et assure la justice de la peine envers le délinquant. »<sup>550</sup> Même si un contrôle extensif de l'accusé, ou sa mise à l'écart prolongée, pouvait être jugé « utile » pour la sécurité de la société, permettant même de « maximiser » l'utilité de la peine pour le bien commun, l'institution pénale se retenait de poursuivre directement cet objectif, conservant plutôt une « *juste distance* » avec la société réelle pour finalement agir dans l'ordre symbolique en exprimant des peines qui ne « dépassent [pas] injustement la culpabilité du contrevenant »<sup>551</sup>. En plus de refuser

---

<sup>549</sup> Marie-Ève SYLVESTRE et André JODOUIN, « Changer les lois, les idées, les pratiques : réflexions sur l'échec de la réforme de la détermination de la peine », (2009) 50-3-4 *Les Cahiers de droit* 519, p. 533-539.

<sup>550</sup> *R. c. Ipeelee*, préc., note 546, par. 37; COMMISSION CANADIENNE SUR LA DÉTERMINATION DE LA PEINE, préc., note 539, p. 127 : « En s'intéressant ainsi de manière exclusive à l'infraction ou au contrevenant, on néglige gravement le principe de la modération. Il apparaît donc nécessaire d'accorder l'attention voulue aux deux éléments, de façon à assurer l'équilibre de la sentence. »; *R. c. M. (C.A.)*, préc., note 194, par. 78; *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, par. 42 : « D'une part, ce principe requiert que la sanction n'excède pas ce qui est *juste* et approprié compte tenu de la culpabilité morale du délinquant et de la gravité de l'infraction. En ce sens, le principe de la proportionnalité joue un rôle *restrictif*. »

<sup>551</sup> *R. c. M. (C.A.)*, préc., note 194, par. 78. Comme l'explique la Professeure Marie Manikis le principe fondamental en droit pénal canadien est la proportionnalité de la peine, qui repose sur une philosophie rétributiviste. Par essence, ce principe, une fois intégré au cœur de notre système pénal, doit être en mesure de limiter l'importance à accorder à certaines fins utiles de la peine que l'on pourrait évoquer dans un système pénal principalement fondé sur la philosophie utilitariste, cf. Marie MANIKIS, « The Principle of Proportionality in Sentencing: A Dynamic Evolution and Multiplication of Conceptions », 59(3) *Osgoode Hall Law Journal*, forthcoming 2022 : « The relationship between proportionality and retribution is also found in the Court's justification of proportionality as a principle. In a Kantian logic, Justice Rosenberg highlighted that "careful adherence to the proportionality principle ensures that the offender is not unjustly dealt with for the sake of the common good" – a statement supported to by the Supreme Court of Canada. *Proportionality is therefore rooted in retributive desert considerations rather than on consequentialist underlying theories of punishment.* » (nos italiques) Celle-ci se référerait à l'arrêt *R. v. Priest* (1996), 110 C.C.C. (3d) 289 at 298 (Ont. C.A.).

la philosophie utilitariste à titre de fondement du droit de la peine, l'institution pénale avait également rejeté le rétributivisme talionique. Elle a en effet interprété la peine *juste* et proportionnelle comme étant en opposition avec le talionisme et la compensation privée de la victime et de ses préjudices. Dès 1962, la compensation privée par un châtement, évalué strictement en fonction de la gravité du crime et du préjudice subi, ne constituait pas la fonction propre que devait poursuivre la peine :

« As MacKay, J.A., pointed out in his reasons for judgment, the barbarous doctrine of *an eye for an eye and a tooth for a tooth* has no place in our law, although its influence may still linger when punishment is imposed for crimes characterized by great viciousness or extreme violence. Under that ancient doctrine "punishment" was deemed to be, as the word implies, largely *compensatory*, hence it was considered that it should be nicely graduated to the nature and circumstances of the *offence*. The modern conception of punishment takes practically no account of *compensation*. »<sup>552</sup>

Comme l'explique Mireille Delmas-Marty, l'apport normatif propre au châtement, qui est également susceptible d'indiquer sa mesure, ne peut logiquement se trouver dans une quelconque forme de *compensation* pour la victime ou pour la société :

« la peine ne fait pas renaître ce que le crime a rompu; on sait bien que l'emprisonnement du voleur ne rembourse pas le volé, ni la mort du meurtrier ne fait revivre sa victime, ni, dans un tout autre domaine, la condamnation du pollueur à l'amende ne restitue à l'environnement son ancien équilibre. »<sup>553</sup>

L'institution pénale a donc longtemps cherché *ailleurs* que dans le préjudice subi par la victime la mesure de la peine *juste*. Elle a cherché, avec justesse, à prononcer une peine nécessairement « moindre » que ce que représente, fidèlement et réellement, l'interférence causée par l'accusé et ses conséquences pour la victime et la société réelle<sup>554</sup>. Seul le prononcé d'une peine moindre était alors susceptible de décélérer les rouages infinis de la vengeance et de la colère. Autant l'interprétation du principe de proportionnalité propre à notre droit pénal permettait de *résister* à la tentation de prononcer une peine dont l'efficacité réelle pour la société serait maximalisée; autant elle permettait de résister à la tentation de prononcer une peine destinée à compenser l'injustice vécue par la victime en soulignant exclusivement, fidèlement et pleinement la gravité de l'acte à

---

<sup>552</sup> *Regina v. Roberts*, 1962 CanLII 187 (ON CA).

<sup>553</sup> M. DELMAS-MARTY, préc., note 182, p. 10. La mission de justice de l'institution pénale ne se situe pas dans la simple compensation de la victime pour ses dommages, *Id.* p. 76-77 : « Mais la Justice, elle, ne regarde pas le crime; son regard est pourtant tourné en arrière aussi, mais ailleurs. Elle cherche autre chose, qui n'apparaît pas sur le tableau. Sans le voir, on peut l'imaginer, car ce n'est pas la victime qu'elle regarde, mais le criminel, ou plutôt quelque chose d'immatériel : ce n'est pas le dommage, c'est la faute, et le « trouble » plus ou moins grand qui en résulte. (...) C'est elle qui dira s'il est plus grave de tuer que de voler et s'il est des meurtres plus graves que d'autres (...) »

<sup>554</sup> *A contrario*, voir la mission que se donne la Cour dans *R. c. Friesen*, préc., note 11, soit de « refléter fidèlement » la gravité des crimes sexuels envers les enfants et leurs préjudices réels sur les victimes.

travers le degré de sévérité du châtement. Pour Delmas-Marty, l'« efficacité propre » à la notion du *juste*, son rôle dans la logique interne du droit, se trouve précisément dans cette faculté (négative) à « limiter » les excès de la logique utilitariste et de la vengeance compensatrice :

« malgré toute l'incertitude du mot [« *juste* »], il n'est pas vide, mais chargé de sens, et l'on comprend globalement ce qu'il signifie; *cette incertitude même pouvant bien corriger, tout compte fait, ce qu'il y a de trop logique ailleurs*. Peut-être est-il bon que la peine ne puisse se réduire à la logique trop ardente de la vengeance, ou à celle trop froide de l'utilité. Peut-être est-il rassurant qu'une peine, malgré toutes les autres logiques qui peuvent la soutenir, ne soit admise que si elle paraît « *juste* ». Au fond, l'incertitude est dangereuse si la justice intervient comme seul critère, critère positif de la peine, mais si elle intervient, de façon *négative* en quelque sorte, pour *limiter certains excès*; si elle est là comme une sonnette d'alarme, réglée sur tout un fond de comportements du groupe social (donc un fonds changeant – il faut bien l'admettre – dans le temps et l'espace), ne devient-elle pas rassurante aussi, la justice ? *Ce serait là son efficacité propre*. (...) Il reste que la justice, plus qu'une ligne logique, *est une limite*, une frontière à l'application des peines (...) »<sup>555</sup>

En tant que « condition *sine qua non* d'une peine *juste* », il faut donc interpréter également le principe fondamental de proportionnalité de manière à *limiter* à la fois les excès découlant de l'utilitarisme et ceux découlant du rétributivisme talionique. L'« efficacité propre » de la peine n'est pas identifiable à partir de ses conséquences « positives », directes, observables, mesurables, concrètes et matérielles, mais à partir de son apport symbolique.

La réorientation de la fonction de l'institution pénale en cours que nous avons analysée dans les sous-parties précédentes traduit pourtant une conception différente de la peine *juste*. D'une conception du *juste* axée sur l'intrusion *limitée* de l'État dans la liberté individuelle, il semblerait que nous passions à une conception du *juste* visant la réalisation concrète et positive d'un droit pour tous à la sécurité. Ou, encore, lorsque la prévention a échoué, le *juste* commanderait le renforcement de l'autonomie et de la sécurité des victimes par une peine destinée à restaurer leur dignité et par la promesse de contrôle effectif à moyen ou long terme du contrevenant<sup>556</sup>. Dorénavant, la peine *juste* est celle qui saura « refléter fidèlement » la gravité du crime, qui

---

<sup>555</sup> M. DELMAS-MARTY, préc., note 182, p. 78-79. Elle continue ainsi *Id.*, à la p. 79 : « Si la vengeance et la justice sont deux dames vivant du passé, tournées vers le passé – car elles se placent au jour du crime pour choisir la peine –, *l'utilité, elle est une personne positive et sans romantisme, délibérément tournée vers l'avenir et la protection de la société. Elle apparaît d'ailleurs aujourd'hui comme le plus solide fondement du droit pénal, le plus avoué en tout cas.* » (nos italiques)

<sup>556</sup> K. ROACH, préc., note 340, p. 4-5 : « The criminal sanction was no longer defended as a manifestation of community morality, but as a means to recognize the rights of disadvantaged groups, to respond to the risks they faced, and to provide them with a symbol of the state's care and recognition. »; M. PINTO, préc., note 335, p. 3 : « The role of human rights as sources of penalty has gradually been normalised. » *Id.*, à la p. 22 : « Since the 1980s, the traditional notion of human rights as freedom from state interference has shifted to a conception of rights that includes the state positive duty to remove barriers and ensure the full exercise of freedom. »

*compensera* symboliquement le préjudice subi ou évité par la victime et garantira la mise à l'écart de son assaillant et son contrôle continu afin de sécuriser avec effectivité ses aires d'autonomie. Il se dégage de ceci que l'autorité morale de la loi découle dorénavant de la punition *compensatrice*. Le degré de blâme à adresser à l'accusé ne tient plus à sa responsabilité morale, mais à l'acte posé à l'égard des personnes vulnérables. Le *juste* est alors *au service* de la maximisation de la sécurité – nous perdons alors « le point d'équilibre » entre ces deux notions. Cette nouvelle conception du *juste* s'accorde avec la fonction contemporaine de l'institution pénale visant la protection effective de la société et de ses membres dans leurs transactions quotidiennes que nous venons de dégager dans les sous-parties précédentes. D'une conception de la proportionnalité en tant que concept *limitatif* du degré de sévérité de la peine, nous passons donc à une proportionnalité *compensatrice*.

Tout comme le juge Gascon dans l'arrêt *R. c. Lacasse*<sup>557</sup>, alors qu'il était dissident, nous nous inquiétons de ce glissement dans l'interprétation de la notion de proportionnalité. Dans cet arrêt datant de 2015, la majorité de la Cour suprême a invoqué la proportionnalité pour augmenter la sévérité de la peine afin de permettre à cette dernière de refléter toute la gravité de l'acte. La majorité s'exprimait ainsi :

« En la matière, la proportionnalité demeure le principe cardinal qui doit guider l'examen par une cour d'appel de la justesse de la peine infligée à un délinquant. *Plus* le crime commis et ses conséquences sont *graves*, ou *plus* le degré de responsabilité du délinquant est *élevé*, *plus* la peine sera *lourde*. »<sup>558</sup>

Pour le juge dissident, ces propos méritaient d'être nuancés afin de réitérer l'usage par essence limitatif de la proportionnalité et de garantir que la responsabilité morale, qui en est un des deux éléments, n'entretienne pas de lien avec la gravité du crime. Pour la dissidence, la responsabilité morale exige une évaluation des *capacités de l'accusé* indépendante de la gravité de *l'acte* commis :

« Dans cette optique, la proportionnalité constitue un principe *limitatif* : *Nasogaluak*, par. 42. Mon collègue souligne que, suivant le principe de proportionnalité, plus le crime commis et ses conséquences sont graves, ou plus le degré de responsabilité du délinquant est élevé, plus la peine sera lourde (par. 12). *Je nuancerais quelque peu ce propos*. À mon sens, le degré de responsabilité du délinquant ne découle pas inévitablement et seulement de la gravité de l'infraction. En effet, la gravité de l'infraction et la culpabilité morale du délinquant sont deux facteurs *distincts*, et le principe de la proportionnalité commande un examen exhaustif de *chacun* de ces facteurs : Proulx, par. 83. »<sup>559</sup>

---

<sup>557</sup> *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64.

<sup>558</sup> *Id.*, par. 12 (nos italiques).

<sup>559</sup> *Id.*, par. 129 (nos italiques).

Ce tournant vers une proportionnalité de nature *compensatrice* de la gravité du crime, elle-même comprise à partir des préjudices subis ou encourus par la victime, s'observe au mieux depuis 2020 à travers la réinterprétation des principes pénologiques offerte par la Cour suprême dans *R. c. Friesen*<sup>560</sup>. Dans cet arrêt, la Cour a avalisé sans réserve les multiples demandes du législateur de revoir à la hausse les peines en matière d'infractions sexuelles contre les enfants. La proportionnalité y est donc considérée comme un outil permettant de « refléter fidèlement et pleinement » la gravité du crime et toutes les formes possibles de préjudices subis par les victimes à travers une hausse généralisée de la sévérité de la peine : « Il importe pour notre Cour de fournir des balises afin que les juges imposent des peines qui *reflètent fidèlement* la nature des infractions d'ordre sexuel contre des enfants et l'incidence qu'elles ont sur les victimes »<sup>561</sup>. Pour la Cour suprême, la proportionnalité doit prendre en compte prioritairement « le caractère répréhensible » et « la nocivité » de ces infractions afin de remplir « sa fonction » soit celle de, reprenant les mots du Juge Lebel dans *Nasogaluak*, « garantir que les délinquants soient tenus responsables de leurs actes et que les peines infligées *reflètent* et sanctionnent *adéquatement* le rôle joué dans la perpétration de l'infraction ainsi que le tort qu'ils ont causé »<sup>562</sup>. Cependant, ce que la Cour omet en citant ce passage de l'arrêt *Nasogaluak*, ce sont les mises en garde qui suivent les explications du Juge Lebel dans cette dernière affaire concernant la nature *évaluative*, et non prescriptive, de la responsabilité morale du délinquant qui doit être déterminée en fonction de ses capacités :

« Toutefois, sans égard au raisonnement servant d'assise au principe de la proportionnalité, le degré de censure requis pour exprimer la réprobation de la société à l'égard de l'infraction demeure dans tous les cas *contrôlé par le principe selon lequel la peine infligée à un délinquant doit correspondre à sa culpabilité morale et non être supérieure à celle-ci.* »<sup>563</sup>

---

<sup>560</sup> *R. c. Friesen*, préc., note 11. Étrangement, le juge en chef Wagner, qui a rédigé les motifs de *Friesen*, a reconnu également tout récemment la nature « restrictive » du principe de proportionnalité dans le cas des meurtres multiples. Il semblerait que la Cour suprême ait donc développé une proportionnalité à géométrie variable déterminée, *hic et nunc*, en fonction de la nature du crime commis, du type de risque et du type de délinquant. La proportionnalité est peut-être encore un principe cardinal, mais s'hyper-individualise au gré du contexte et des besoins de l'institution pénale, *R. c. Bissonnette*, 2022 CSC 23, par. 51 : « La proportionnalité joue un rôle restrictif et, en ce sens, elle est garante d'une peine qui est individualisée, juste et appropriée. »

<sup>561</sup> *R. c. Friesen*, préc., note 11, par. 43 (nos italiques). *Id.*, par. 1 : « Il s'agit en l'espèce de savoir comment infliger des peines qui *reflètent et illustrent pleinement le caractère hautement répréhensible et la grande nocivité* des infractions d'ordre sexuel contre les enfants. »; *Id.*, 5 « Les peines *doivent être le reflet fidèle* du caractère répréhensible de la violence sexuelle faite aux enfants de même que du tort profond et continu qu'elle cause aux enfants, aux familles et à la société en général. »; *Id.*, 74 : « Plus précisément, le fait de prendre en considération la nocivité de ces infractions permet de veiller à ce que la peine *reflète pleinement* les « conséquences dévastatrices » qui peuvent découler et qui découlent souvent de la violence sexuelle » (nos italiques).

<sup>562</sup> *Id.*, par. 75 (nos italiques).

<sup>563</sup> *R. c. Nasogaluak*, préc., note 550, par. 42 (nos italiques).

Contrairement aux mises en garde du Juge Lebel concernant la nécessité de conduire un examen exhaustif et séparé des deux éléments de la proportionnalité, c'est-à-dire la gravité de l'infraction et la culpabilité morale, il se dégage des propos de la Cour dans *R. c. Friesen* que la responsabilité morale a dorénavant une nature *prescriptive* car celle-ci s'« imputerait » au délinquant en fonction la nature de l'acte commis, des préjudices encourus, des caractéristiques de la victime et de son degré de vulnérabilité<sup>564</sup> : « L'emploi intentionnel d'une force de nature sexuelle à l'endroit d'un enfant est hautement blâmable sur le plan moral parce que le délinquant sait ou *devrait savoir* que cet acte peut faire beaucoup de mal à l'enfant. »<sup>565</sup> Afin de permettre à l'institution pénale de réaliser sa fonction ambitieuse de garantir aux personnes plus vulnérables des aires d'autonomie dénuées de toute interférence criminelle, on évacue du discours sur le prononcé de la peine toute forme de compassion pénale, de nuance, pourtant nécessaire face à ces enjeux complexes, et de compréhension face à la réalité vécue par le délinquant sexuel atteint de troubles mentaux. On tombe, finalement, dans un discours *absolutiste* permettant à l'institution pénale de se donner toute la latitude nécessaire pour intervenir extensivement auprès de ces délinquants particuliers<sup>566</sup>. En effet, la sévérité de la peine et la gravité de l'acte s'évaluent désormais non seulement en fonction des préjudices *subis*, mais également des préjudices qui *auraient pu survenir* : « *Même si un*

---

<sup>564</sup> *R. c. Friesen*, préc., note 11, par 129 : « L'abus de confiance est aussi un facteur aggravant parce qu'il accroît le degré de responsabilité du délinquant. Un délinquant en situation de confiance vis-à-vis un enfant a l'*obligation* de le protéger et d'en prendre soin, une obligation qu'un étranger n'a pas. Un manquement à l'*obligation* de protection et de soin accroît donc la culpabilité morale (...) L'abus de confiance exploite aussi la vulnérabilité particulière des enfants envers les adultes à qui ils font confiance, ce qui est particulièrement blâmable sur le plan moral...» (nos italiques)

<sup>565</sup> *Id.*, par. 88 (nos italiques). *Id.*, par. 75 : « Le caractère répréhensible et la nocivité ont une incidence sur la gravité de l'infraction et le degré de responsabilité du délinquant. »; *Id.*, par. 90 : « Le fait que la *victime* est un *enfant* a pour effet d'*accroître le degré de responsabilité* du délinquant. Bref, l'exploitation sexuelle et l'objectification des enfants sont *hautement blâmables* sur le plan moral, car *les enfants sont si vulnérables* (*R. c. Morrison*, 2019 CSC 15, [2019] 2 R.C.S. 3, par. 153). » (nos italiques)

<sup>566</sup> *Id.*, par. 78 : « Les tribunaux doivent toujours exprimer le caractère répréhensible de cette exploitation lors de la détermination de la peine même si le degré d'exploitation varie d'une affaire à l'autre (voir Hajar, par. 106 et 111). »; *Id.*, par. 84 : « Même si un délinquant commet un crime qui n'entraîne heureusement aucun préjudice réel, le tribunal doit tenir compte du préjudice raisonnablement prévisible au moment d'infliger la peine (A. Manson, *The Law of Sentencing* (2001), p. 90). »; *Id.*, 89 : « Toutes les formes de violence sexuelle, y compris la violence sexuelle faite aux adultes, sont moralement blâmables précisément parce qu'elles comportent l'exploitation illicite par le délinquant de la victime — le délinquant traite la victime comme un objet et fait fi de sa dignité humaine (voir *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584, par. 45 et 48). »; *Id.*, 90 : « Comme la juge L'Heureux-Dubé l'a reconnu dans l'arrêt *R. c. L.F.W.*, 2000 CSC 6, [2000] 1 R.C.S. 132, « [q]uant à la culpabilité morale, l'exploitation d'un enfant vulnérable par un adulte pour sa gratification sexuelle ne peut être considérée autrement que comme un crime témoignant des pires intentions » (par. 31, citant *R. c. L.F.W.* (1997), 155 Nfld. & P.E.I.R. 115 (C.A. T.-N.-L.), par. 117, la juge Cameron (« *L.F.W.* (C.A.) »)). »; *Id.*, 94 : « En termes clairs, le leurre d'enfants ne devrait jamais être considéré comme un crime sans victime »; *Id.*, 126 : « Tout abus de confiance est susceptible d'accroître le préjudice causé à la victime et, partant, la gravité de l'infraction. » (nos soulignements)

délinquant commet un crime qui n'entraîne heureusement *aucun* préjudice réel, le tribunal *doit* tenir compte du préjudice raisonnablement prévisible au moment d'infliger la peine. »<sup>567</sup>

Le principe fondamental de la proportionnalité existe toujours, mais nous constatons qu'une reconceptualisation de la fonction de l'institution pénale entraîne une conception différente de ce dernier par les tribunaux, plus particulièrement en matière de crimes sexuels. Nous nous intéresserons dans les prochaines sous-parties à la capacité de la notion traditionnelle de « responsabilité morale » de s'imposer ou de résister à cette reconceptualisation de la fonction de l'institution pénale et à l'emphase continuellement réitérée au cours des deux dernières décennies par le législateur sur la gravité du crime et les facteurs de risque qui y sont associés (le risque de récidive, le risque de préjudices, les préjudices subis ou évités et la vulnérabilité de la victime). Notre analyse de l'érosion de la conception limitative de la proportionnalité nous portera ensuite à étudier le traitement réservé à la « responsabilité morale » des accusés autistes. Nous analyserons le traitement par les tribunaux de la proportionnalité et de ses deux éléments constitutifs, leur interaction, leur poids respectif; nous verrons si la notion de « responsabilité morale » est encore capable de s'imposer comme une limite intrinsèque au pouvoir de punir lorsque la personne condamnée est atteinte d'un trouble mental.

---

<sup>567</sup> *Id.*, par. 84.

## **II. 3. Le cadre normatif sur la responsabilité morale des accusés atteints de troubles mentaux : avant tout une déclaration de principe sur ce qui est juste**

### **II. 3.1. La présentation générale d'un principe thématique potentiellement déterminant**

Nous chercherons dans cette sous-partie à rendre intelligible le lien conceptuel unissant les troubles mentaux d'un accusé avec la notion de « responsabilité morale » prévue par le principe fondamental de proportionnalité. Nous essaierons de faire ressortir le cadre analytique permettant de mieux prendre en compte les troubles mentaux lors de la détermination de la peine. Nous tenterons de faire ressortir la dimension principielle de cette reconnaissance de responsabilité atténuée dans la jurisprudence et l'importance de lui conférer un statut déterminant lors de la détermination de la peine.

En principe, les tribunaux s'entendent pour dire que lorsque les troubles mentaux de l'accusé ont pu causer l'acte délictuel ou contribuer, directement ou indirectement, à sa commission, sa responsabilité morale est diminuée. En raison du principe de proportionnalité, le degré de sévérité de la peine doit être limité<sup>568</sup>. Comme le reconnaissait la Cour d'appel de Terre-Neuve en 2000, il existe un lien conceptuel nécessaire entre les troubles de santé mentale, la responsabilité morale et le principe de proportionnalité :

« severe punishment is less appropriate in cases of persons with such mental illnesses since it would be disproportionate to the degree of responsibility of the offender. This decreased emphasis on punishment and deterrence in these circumstances is consistent with the proportionality principle in s. 718.1 of the Criminal Code. »<sup>569</sup>

La Cour d'appel soulignera à nouveau ce lien conceptuel douze ans plus tard et ce, même si l'accusé atteint de troubles mentaux n'était pas en perte de contact avec la réalité :

---

<sup>568</sup> *R. v. Newby*, 1991 ABCA 307; *R. v. Hiltermann*, préc., note 228, par. 5; *R. v. Peters*, préc., note 228; *R. v. Tremblay*, préc., note 228, par. 7 : « where an offender is found to be criminally responsible, but suffering from a serious mental illness, a more lenient disposition reflective of the offender's diminished responsibility is called for »; *R. v. Batisse*, préc., note 228; *R. v. Belcourt*, préc., note 228, par. 7-9 (contribuer suffit); *R. v. Resler*, préc., note 228, par. 5 et 8-10 (« close link »); *R. v. Edmunds*, préc., note 228, par. 22; *R. v. Ayorech*, préc., note 228, par. 10; *R. v. Adamo*, préc., note 160; *R. v. Dedeckere*, préc., note 228, par. 15-16; *R. v. Badhesa*, préc., note 228, par. 42-46; *R. v. Williams*, préc., note 228, par. 81-83; *R. v. Hagen*, 2021 BCCA 208, par. 42-43; *R. v. Sellars*, 2013 NSCA 129, par. 38; *R. v. Maier*, préc., note 228; *R. c. Bain*, préc., note 228, par. 72; *R. v. Morrison*, préc., note 353, par 183; *R. v. Cross*, 2012 CanLII 62515 (NL PC), par. 1 : « Imposing sentence upon an offender who suffers from a mental illness presents difficulties not found in other areas of sentencing and involves a careful judicial balancing of conflicting interests. The public must be protected, particularly from violent offenders, but an offender's mental illness must play an *important* role in assessing his or moral blameworthiness. » (notre italique)

<sup>569</sup> *R. v. Peters*, préc., note 228, par. 18.

« While Mr. Edmunds may not have been “out of touch with reality”, as was Mr. Peters, the evidence, which was not challenged by the Crown, showed that his mental illness contributed to his commission of the offence. Dr. Young, in his report, indicated that Mr. Edmunds’ mental illness, combined with his particular circumstances, resulted in behavior that was “quite out of character”. Where, as here, the offender has a *lesser moral blameworthiness*, the usefulness and appropriateness of specific deterrence is much reduced and the Court may properly place greater emphasis on rehabilitation. »<sup>570</sup>

La Cour d’appel de l’Alberta dans *R. v. Ayorech* reconnaîtra elle aussi ce lien conceptuel. Le principe qui en découle s’applique peu importe la nature du trouble mental et même en l’absence de preuve d’un lien causal direct et unique entre le crime et la maladie : « The gravity of the offence is not, of course, lessened by the personal circumstances of the offender. However, the mental disorder diminishes the degree of responsibility of the offender. »<sup>571</sup> La Cour d’appel de la Colombie-Britannique reconnaîtra également le lien conceptuel unissant les troubles mentaux et la responsabilité morale: « When mental illness causes or contributes to the commission of an offence, it is a mitigating factor and a sentence may be reduced because the offender’s moral culpability is attenuated. »<sup>572</sup> La Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse affirme que les troubles mentaux peuvent réduire la responsabilité morale<sup>573</sup>. La Cour d’appel de l’Ontario ne fait pas exception: « As well, severe punishment is less appropriate in cases of persons with mental illnesses since it would be disproportionate to the degree of responsibility of the offender. »<sup>574</sup> La Cour du Manitoba convient que certains troubles mentaux peuvent atténuer la responsabilité morale dépendamment de leur intensité, leur sévérité, leur étendue, leur nature et leur lien avec le crime commis<sup>575</sup>.

En reconnaissant que les troubles mentaux peuvent amoindrir la responsabilité morale de l’accusé, les tribunaux ont intégré un véritable « principe thématique » *déterminant* dans la jurisprudence, susceptible d’être évoqué au moment de punir un accusé atteint de troubles mentaux. Ce principe thématique est « déterminant », en ce sens qu’il est à même de *conditionner* l’exercice de la détermination de la peine en raison de son lien conceptuel privilégié avec le principe de proportionnalité, consacré à l’art 718.1 *C.cr.* comme étant le principe « fondamental » de la peine

---

<sup>570</sup> *R. v. Edmunds*, préc., note 228, par. 22 (nos italiques).

<sup>571</sup> *R. v. Ayorech*, préc., note 228, par. 12.

<sup>572</sup> *R. v. Badhesa*, préc., note 228, par. 42.

<sup>573</sup> *R. v. Sellars*, préc., note 568, par. 38.

<sup>574</sup> *R. v. Batisse*, préc., note 228, par. 38.

<sup>575</sup> *R. v. JMO*, 2017 MBCA 59.

et la mesure cardinale de son degré de sévérité. Tout en prenant en compte la gravité du crime, le juge ne peut prononcer une peine qui dépasse la responsabilité morale du contrevenant dans son acte précis, une fois celle-ci évaluée en fonction de ses capacités particulières. En raison du principe de proportionnalité, cette reconnaissance de responsabilité atténuée devrait avoir pour effet de limiter *significativement* le degré de sévérité de la peine. Nous l'avons déjà vu, le prononcé d'une peine proportionnée et modérée est la condition même d'une peine *juste*. C'est donc elle qui permet à l'institution pénale de réaliser sa fonction normative propre. La reconnaissance d'une responsabilité morale amoindrie en raison de la présence chez l'accusé de troubles mentaux devrait donc constituer le *thème déterminant* du jugement. Les prochains paragraphes visent à soulever quelques motifs juridiques justifiant le recours à ce principe thématique déterminant.

**Tempérament quant à l'existence d'un libre arbitre disjonctif.** En reconnaissant, à l'étape de l'imposition de la peine, que le sujet de droit criminellement responsable, « libre », capable de faire des « choix » et d'orienter ses actions par la seule force de sa « raison » et de sa « volonté », est aussi, dans les faits, un sujet prédisposé à commettre certains actes ou influencé dans son comportement par ses déterminismes mentaux, on concède que l'acte peut être davantage attribuable à un handicap qu'à une « volonté » ou une « raison » qui seraient « libres » de toutes contraintes<sup>576</sup>. Comme l'exprime la chercheuse Moira Aikenhead dans son mémoire de maîtrise : « Where an offender's mental disability may have *prevented her from exercising unfettered free will in deciding to commit a crime*, her responsibility for that action and degree of moral blameworthiness are necessarily reduced, and this finding should be reflected in a proportionate sentence. »<sup>577</sup> La légitimité d'intervention de l'institution pénale dépend de cette notion fondamentale; lorsqu'un *doute* légitime et raisonnable, pour une société respectueuse des découvertes scientifiques, est émis quant à la présence chez eux de capacités leur permettant de se disjoindre significativement de leurs déterminismes psychologiques, il convient alors de réduire le degré de blâme à leur imposer pour leur conduite. En effet, il convient d'exprimer ce tempérament

---

<sup>576</sup> *R. v. Badhesa*, préc., note 228, par. 46, et au par. 40 : « However, an offender's volitional and decision-making capacity in connection with self-induced intoxication and related violence may stem, at least in part, from mental illness or other cognitive disability. Depending on the circumstances, both the mental illness and related self-induced intoxication may reduce the offender's moral culpability. The criminal law views individuals as autonomous and rational beings and seeks to impose criminal liability solely on those who are responsible for the state they were in when an offence is committed: *R. v. Bouchard-Lebrun*, 2011 SCC 58 at paras. 48, 68. Similar concerns animate the determination of a fit sentence: *R. v. Friesen*, 2016 MBCA 50 at para. 18. »

<sup>577</sup> M. AIKENHEAD, préc., note 160, p. 66 (nos italiques).

à l'intérieur de la logique interne du droit pénal afin d'atténuer l'effet d'absurdité créé par les discours entourant la responsabilité criminelle de l'accusé atteint de troubles mentaux qui lui attribuent un « libre arbitre » pleinement disjonctif, une capacité de délibération et une intentionnalité criminelle, équivalente à celle des autres criminels.

**Tempérament quant aux intentions malicieuses.** On doit également reconnaître chez ce type d'accusé une part moindre de faute morale, de « malice », qui, au-delà de la définition technique de la *mens rea* des infractions particulières, constitue la réelle « matière punissable » justifiant le recours au « châtiment » et l'intervention de l'institution pénale. Pareille déclaration de principe agit alors comme un frein nécessaire au réflexe naturel et puissant, qui pousse tout un chacun, devant un acte odieux, à attribuer et à prêter des intentions malicieuses à celui qui l'a commis. Devant un accusé atteint de troubles mentaux, il nous apparaît plus *juste* et plus prudent que le juge fasse preuve d'une certaine réserve lorsqu'il se prononce sur les « véritables » intentions de ce contrevenant lors de la perpétuation de son crime. Par le passé, cet argument a permis de justifier des peines moins sévères aux personnes atteintes de troubles mentaux<sup>578</sup>. Nous avons pu observer plus clairement ce motif dans *R. v. Newby* de la Cour d'appel de l'Alberta en 1991<sup>579</sup>. Il s'agit de l'un des premiers arrêts à avoir affirmé ce lien conceptuel fort entre les troubles mentaux et la fonction limitative de la proportionnalité : « The respondent's pre-frontal lobes, responsible for judgment making, were and are seriously damaged. He has lost his ability to make intelligent judgment. *While planning was possible*, it was at best short-sighted and short-range. »<sup>580</sup> Le juge

---

<sup>578</sup> *Regina v. Taylor*, 1975 CanLII 1447 (ON CA) : « The circumstances of this particular case fall squarely within the ambit of a number of cases decided by this Court in which the Court has allowed appeals from a conviction and fine, and in particular where there is some indication before the trial Judge *that the offence is out of character for the particular accused*, and that that accused is in the midst of some kind of mental turmoil or some unusual disturbance in his life's routine. » Voir également dans *R. c. Moreau*, 1992 CanLII 3313 : « the accused was a 41 year old woman of *good character* and no criminal record who, on the face of things, had always been an asset to society. (...) The pre-sentencing report was *favourable*, indicating that the offence *had probably resulted from her emotional problems* and that there was little risk of recidivism. » On faisait alors preuve de retenue en ne lui prescrivant pas une peine aussi sévère que quelqu'un qui n'avait pas de troubles mentaux. *R. v. Edmunds*, préc., note 228, par. 22 reprend ce motif, mais pour une des premières fois le relie directement à la notion de responsabilité morale; La correction apportée par la Cour d'appel à l'analyse de tribunal de première instance dans *R. v. Dedeckere*, préc., note 228, par. 15 nous apparaît également comme une forme de retenue quant au fait d'attribuer une intention malicieuse à partir des actes de l'accusé atteint de troubles mentaux : « The sentencing judge *attached moral blameworthiness to the appellant's desire to take his own life* rather than considering the impact that the appellant's bipolar disorder and depression had on his judgment. »

<sup>579</sup> *R. v. Newby*, préc., note 568.

<sup>580</sup> *Id.*, par. 4 (nos italiques) où on explique également: « In short, the medical evidence shows that prior to and during the perpetration of the fraud, the accused was affected by chronic fatigue syndrome, had the judgmental working mind of a seven-year-old, can only be treated in California, is being treated with some success and would, if incarcerated,

n'écarte pas la possibilité que les accusés atteints de troubles mentaux puissent entretenir une délibération de nature criminelle – c'est d'ailleurs pour cette raison qu'ils sont tenus criminellement responsables. Il affirme toutefois qu'il convient de douter (du moins, qu'il est plus *juste* de douter) du caractère profondément « mauvais » et « malicieux » de ces derniers en raison de l'interférence probable des troubles mentaux dans leur jugement, leurs choix, leur intention et leur planification.

**Correction de l'inégalité créée par l'art. 16 C.cr.** La reconnaissance que le trouble mental peut avoir, d'une façon ou d'une autre, *contribué* au passage à l'acte devrait permettre à la notion de responsabilité morale de corriger l'effet extrêmement englobant de la responsabilité criminelle. La déclaration de principe permet d'atténuer, en partie du moins, l'iniquité créée par la loi criminelle entre les différents sujets responsables : tous ne sont pas égaux dans les faits face aux prescriptions et aux interdictions de la loi pénale<sup>581</sup>. On oppose alors à l'égalité *formelle* postulée par le droit de la responsabilité, une évaluation de l'égalité *réelle* qui, elle, peut être prise en compte au moment de la peine afin de réduire le blâme et la sévérité du châtement. C'est cette justification que nous entrevoyons dans les motifs de plusieurs arrêts, dont celui de la Cour d'appel de l'Alberta dans *R. v. Ayorech* où le juge reconnaît que la responsabilité morale d'un condamné atteint de troubles mentaux est atténuée, une fois sa situation *comparée* à celle d'un autre condamné sans troubles mentaux : « Impaired reasoning, delusional disorders, and like mental conditions *distinguish those afflicted from the ordinary offender* who is fully accountable for his or her conduct. »<sup>582</sup>

---

probably commit suicide. (...) The sentence is indeed unusual, but then, so are the facts. It is unlikely that these circumstances can be duplicated. Some cases are exceptional and merit an exceptional disposition. »;

<sup>581</sup> A.-M. BOISVERT et A. JODOUIN, préc., note 534, p. 775-776 : « La réponse que proposent les défenseurs du système de justice pénale à cette remise en question de la légitimité du droit répressif est d'invoquer le rôle que joue le pouvoir discrétionnaire du juge comme correctif du jugement de responsabilité. Les règles de responsabilité ne permettent pas de tenir pleinement compte des aspects subjectifs de l'infraction et partant, de fonder le jugement pénal sur des normes socialement admises? Qu'à cela ne tienne, le juge y verra au moment d'imposer la peine. C'est à cette étape du procès qu'il sera en mesure de nuancer la condamnation et de rajuster le jugement de responsabilité en prenant en considération une multitude d'éléments qui n'étaient pas pertinents au moment du verdict, d'autant plus que la loi lui commande expressément d'imposer une peine « proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité de l'accusé. (...) La sentence peut donc servir — et de fait, elle sert souvent — à nuancer le jugement de responsabilité posé par le verdict. »

<sup>582</sup> *R. v. Ayorech*, préc., note 228, par. 12. Nous retrouvons aussi cette justification dans *R. v. Adamo*, préc., note 160, par. 34 : « An offender impelled to commit a crime by mental illness is not a free actor; his or her moral blameworthiness is necessarily lesser *than* that of a person who freely chooses to commit a crime. » (notre italique) Nous la retrouvons récemment dans *R. v. Melrose*, 2021 ABQB 73, par 23 : « Cognitive difficulties or mental illness falling short of supporting an NCR finding may dispose an offender to make poor choices, choices made without sufficient assessment of the wrongfulness or harm that may flow from conduct. Those affected by such factors are, to that extent, less blameworthy than those not beset by such factors. Such offenders' responsibility is diminished. »; *R. v. Badhesa*, préc., note 228, par. 40 : « Impaired reasoning, delusional disorders and other compromised mental conditions distinguish those afflicted from ordinary, fully accountable offenders for sentencing purposes »; *R. v.*

**Tempérament quant à l’opportunité de maintenir un ordre public de justice par le châtement des condamnés atteints de troubles mentaux.** La condamnation de l’accusé atteint de troubles mentaux ayant déjà permis d’exprimer dans l’ordre symbolique la gravité du crime commis, reconnu la nécessité pour la collectivité de s’intéresser à l’interférence et à l’injustice vécue par la victime et affirmé l’importance que l’accusé atteint de troubles mentaux se responsabilise, il convient nécessairement d’utiliser le véhicule communicationnel du prononcé de la peine pour exprimer *autre chose* que ces éléments afin d’éviter de créer une *suremphase* sur ceux-ci. Une déclaration de responsabilité morale significativement atténuée apporte un tempérament à la logique interne du droit pénal quant à l’*opportunité*, relevée par le verdict de culpabilité, de maintenir un ordre collectif de valeurs par l’entremise du châtement de ces personnes socialement vulnérables. À ce sujet, il convient de rappeler qu’il existe une importante tradition dans la jurisprudence canadienne qui reconnaît que le châtement des personnes atteintes d’un trouble mental n’est pas un *bon véhicule* pour exprimer, dans l’ordre symbolique, la dénonciation du crime et susciter la dissuasion<sup>583</sup>.

**Répartition plus réaliste de la responsabilité morale entre l’accusé et l’État.** Finalement, reconnaître dans le droit de la peine que la responsabilité morale de l’accusé atteint de troubles

---

*Dedeckere*, préc., note 228, par. 15 : « Moreover, the sentencing judge failed to consider that the moral blameworthiness of the appellant was less than that of someone who had set out to do such harm to another. The sentencing judge attached moral blameworthiness to the appellant’s desire to take his own life rather than considering the impact that the appellant’s bipolar disorder and depression had on his judgment. » Au lieu de passer par la notion de responsabilité morale, les tribunaux par le passé ont pu passer directement par l’évaluation du degré réel de sévérité de la peine, plutôt que par la notion de responsabilité morale, puisque le degré réel de sévérité n’est pas le même dépendamment si l’accusé a un trouble mental ou non. En somme, on permet d’exprimer le même motif soit que les délinquants ne sont pas réellement égaux en face de la loi pénale et il convient de corriger cette inégalité factuelle et de l’exprimer, d’une manière ou d’une autre. Sans se référer à la notion de responsabilité morale, la Cour d’appel de l’Ontario en 1973, dans *Regina v. Wallace*, 1973 CanLII 1434 (ON CA), reconnaissait déjà que les troubles de santé mentale étaient pertinents pour évaluer la proportionnalité d’une peine. La sévérité de la peine doit être mesurée à la lumière de l’expérience carcérale plus difficile que vivront les personnes atteintes de troubles mentaux, des privations et des souffrances importantes qu’occasionnera son incarcération : « It is plain that a sentence the length of that imposed was very much more severe punishment for this man than for a normal person, because of the terror that he experiences, the danger of self-destruction and the loss of amenability to treatment as well as the fact it is unlikely he can achieve an early release because that treatment which he is in need of must be deferred because of the sentence he must serve. » (nos italiques). *R. v. Ayorech*, préc., note 228, par. 12, reconnaît également cet argument.

<sup>583</sup> *R. v. Tremblay*, préc., note 228, ; *R. v. Resler*, préc., note 228, par. 14; *R. c. Martin*, préc., note 228, par. 40; *R. c. Valiquette*, préc., note 228; *R. v. Edmunds*, préc., note 228, par. 22, 25-26; *R. v. Badhesa*, préc., note 228, par. 44; *R. v. Williams*, préc., note 228, par. 76; *R. v. Batisse*, préc., note 228, par. 38; *R. v. Robinson*, préc., note 228; *R. v. Hynes*, préc., note 228, par. 39-42; *R. v. Peters*, préc., note 228, par. 18; *R. v. Belcourt*, préc., note 228, par. 7-8; *R. v. Ayorech*, préc., note 228, par. 11; *R. v. Hiltermann*, préc., note 228, par. 4-8; *R. v. Maier*, préc., note 228, par. 54; *R. v. Dedeckere*, préc., note 228, par. 14; *R. c. Bain*, préc., note 228, par. 71.

mentaux est atténuée en raison de son impact sur leur fonctionnement social général peut simplement servir à exprimer que, en reconnaissant le parcours difficile de l'accusé et le manque de ressources fournies par les services publics, l'État peut, lui aussi, moralement, avoir une certaine part de responsabilité dans la commission du crime. En prenant une partie du « blâme » pour le traitement social réservé aux personnes atteintes de troubles mentaux, l'État exprime symboliquement, de la manière la plus claire, honorable et logique à notre avis, de la compassion envers les personnes atteintes de troubles mentaux (en latin *compassio*, « action de souffrir avec une autre personne »<sup>584</sup>, en l'occurrence, en prenant une partie du blâme). Quelques tribunaux ont d'ailleurs récemment évoqué ce motif afin de justifier la reconnaissance du trouble mental à titre de facteur atténuant<sup>585</sup>. Nous pensons que ce motif est tout autant, sinon plus, approprié quand vient le temps d'expliquer pourquoi il est nécessaire et *juste* de reconnaître, *en droit*, le trouble mental comme réduisant la responsabilité morale de celui qui en est atteint. En prenant au sérieux ses responsabilités sociales et providentielles, l'État se retrouve mieux placé pour exiger la responsabilisation de ses citoyens. Ce partage plus *juste*, réaliste et digne des responsabilités lui confère alors une autorité morale rehaussée aux yeux du public. Comme l'explique Benjamin Berger dans le contexte des abus d'autorité des représentants de l'État, le processus d'attribution du blâme a une dimension *relationnelle* qu'il convient de prendre en compte et d'ajuster lors de la détermination de la peine :

« If one understands blame as a relational or reciprocal process between society and an individual, it may be that systemic injustice or state misconduct can erode the authority that society has to blame an offender. By visiting serious disadvantage or inflicting social wrongs upon an individual, the state may share responsibility for the crime, making it unjust to blame the individual. In a sentencing context, in which a decision has already been made to blame the offender, it may be that the reduction in society's authority flowing from the misconduct of state actors reduces our sense of how much punishment the state, through the imposition of a sentence, can justly impose. »<sup>586</sup>

---

<sup>584</sup> Site web du *Centre national de ressources textuelles et lexicales* : <https://www.cnrtl.fr/etymologie/compassion>

<sup>585</sup> *R. v. Adamo*, préc., note 160, par. 63; *R v MNJ*, 2002 YKTC 15, par. 93-94; *R. v. Muldoon*, 2006 ABCA 321, par. 8-10 : « He had been led to believe that upon his discharge he would be directed to another residential treatment centre. Due to an oversight, the paperwork was not completed and treatment of the respondent's mental disorder was terminated at that time. The Crown argues that the breakdown in the health system, which left the respondent untreated at the relevant time, was not a mitigating circumstance and that the sentencing judge erred in holding it to be mitigating. The sentencing judge made it clear that he was not assigning "blame", but it is equally clear that he viewed the respondent as having a lesser moral responsibility or culpability in these circumstances. In our view, the sentencing judge was entitled to treat the respondent's mental illness as a mitigating circumstance, especially in light of his recent attempt to obtain treatment, which was not completed due to system failure. »

<sup>586</sup> Benjamin BERGER, « Sentencing and the Salience of Pain and Hope », (2015) 70 *Supreme Court Law Review* 337, p. 345 (nos italiques); *R. c. Nasogaluak*, préc., note 550, par. 3 : « Comme nous le verrons, ce régime accorde aux juges chargés de prononcer les peines la latitude de considérer non seulement les actes du délinquant, mais également ceux des représentants de l'État. Dans les cas où la conduite répréhensible de ces derniers se rapporte aux circonstances

### II. 3.2. La critique de certaines approches jurisprudentielles problématiques

Si ce principe thématique semble bien établi dans la tradition juridique canadienne, son application reste souvent inconstante et imprévisible<sup>587</sup>. À travers la jurisprudence, on remarque que les tribunaux n'adoptent pas tous le même cadre d'analyse pour déterminer si, et comment, le trouble mental peut être pris en compte lors de la détermination de la peine.

**Approche hyperindividualisée.** Tout d'abord, nous observons qu'il existe un conflit d'interprétation dans la manière de concilier et d'harmoniser le principe fondamental de proportionnalité avec le principe d'individualisation de la peine. D'un côté, certains interprètent, comme nous, le principe d'individualisation comme étant au service du principe fondamental de proportionnalité. Selon cette interprétation harmonieuse et conciliatrice, le principe d'individualisation permet de s'informer sur les circonstances entourant « la situation du délinquant »<sup>588</sup>, mais uniquement et strictement dans la mesure où ces informations sont pertinentes pour évaluer les deux éléments prévus au principe fondamental de la peine (la culpabilité morale et la gravité de l'infraction) ainsi que pour déterminer le degré de souffrance réel total, tel qu'il sera vécu par l'accusé, en tenant compte des souffrances déjà imposées par l'État<sup>589</sup>.

D'autres ont tendance à interpréter les principes d'individualisation et de proportionnalité comme deux principes à part entière, sans conférer de prédominance au principe pourtant fondamental de proportionnalité. Les deux principes ne sont pas vus de manière harmonisée, mais plutôt comme deux principes parallèles poursuivant des objectifs distincts. Préférer une telle interprétation amène à mesurer la peine à partir des éléments hyperpersonnalisés recueillis grâce au principe d'individualisation, les mêmes éléments permettant de constituer la liste des facteurs atténuants et

---

liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant, le juge qui prononce la peine peut tenir compte des faits pertinents lorsqu'il établit une sanction juste, sans devoir invoquer le par. 24(1) de la Charte. En effet, une conduite répréhensible des représentants de l'État qui ne viole pas la Charte, mais cause néanmoins préjudice au délinquant, peut constituer un facteur pertinent pour l'établissement de la peine appropriée. »

<sup>587</sup> M. AIKENHEAD, préc., note 160, p. 69 et ss.

<sup>588</sup> Art. 718.2(a) *C.cr.*

<sup>589</sup> Concept de « proportionnalité individualisée » de la peine qui permet de prendre en compte l'ensemble des souffrances déjà infligées par l'État à l'endroit de l'accusé, cf. Benjamin L. BERGER, « Sentencing and the Salience of Pain and Hope », préc., note 586, qui fonde son interprétation, notamment, sur l'arrêt *R. c. Ipeelee*, préc., note 546, par. 86 : « à qui le tribunal impose-t-il une peine si ce n'est au délinquant qui se trouve devant lui? Si le délinquant est un Autochtone, le tribunal doit tenir compte de sa situation dans son ensemble, y compris les circonstances particulières décrites dans l'arrêt Gladue. »

aggravants de la peine. Lorsque le juge pratique une individualisation de la peine granulaire et sans que des limites conceptuelles soient clairement définies, il est courant de voir le principe de proportionnalité et le principe d'individualisation entrer en concurrence, en friction, voire en contradiction. Par exemple, dans certains cas le principe thématique lié à la responsabilité morale atténuée des personnes atteintes de troubles mentaux se retrouve éclipsé par les impératifs de sécurité relevés lors du procès et par le risque de récidive perçu chez le condamné – le trouble mental est pris comme facteur de risque plutôt qu'un facteur diminuant la responsabilité morale<sup>590</sup>. Le principe d'individualisation permettant de prendre en compte des facteurs liés à « la situation du délinquant »<sup>591</sup> en tant que facteurs aggravants comme ceux se rapportant de près ou de loin aux facteurs de risque associés à la maladie mentale, insufflé, à l'intérieur de l'exercice de la détermination de la peine, d'importantes considérations liées la gestion du risque et à l'utilité de la peine. Selon Julian V. Roberts et Simon Verdun-Jones, cette approche pervertit la logique au fondement même du principe de proportionnalité qui assure que la peine ne pourra dépasser la responsabilité morale significativement réduite du délinquant atteint de troubles mentaux<sup>592</sup>.

Dans certains cas, les tribunaux nient même que les considérations liées aux troubles mentaux de l'accusé occupent une place *privilegiée* dans l'exercice de la détermination de la peine et les traitent ouvertement – à travers le principe d'individualisation – comme un simple facteur à considérer<sup>593</sup>. Le facteur atténuant lié au trouble mental se retrouve alors, dans son effet limitatif, noyé, contenu, voire annulé, relativisé par la liste de tous les facteurs aggravants. Dans ces cas, il peut être difficile,

---

<sup>590</sup> *R. v. Haly*, 2012 ONSC 2302, par. 34 : « Even where a link is established, if the offender's mental illness makes him or her a continuing danger "[the illness] is not necessarily a reason to reduce what would otherwise be an appropriate sentence »: *R. v. Corpus*, 2000 CanLII 1226 (ON CA), [2000] O.J. No. 549 (C.A.) at paragraph 8; see also *R. v. Worth* (1995), 1995 CanLII 366 (ON CA), 98 C.C.C. (3d) 133 (Ont. C.A.). »; *R. v. Virani*, 2012 ABCA 155, par. 16 : « This is not to say that evidence of mental illness or personality disorder will necessarily justify any particular disposition or lenience; it may indeed in some cases make protection of the public a priority objective. »; *R. c. Costello*, (2019) AJ No. 334 (C.A.); *R. c. Lockyer* (2000) NJ no. 306; *R. v. Ramsay*, 2012 ABCA 257, par. 21; *R. v. Bennight*, 2012 BCCA 461, 27-28 : « The appellant's mental disabilities were a feature of future dangerousness rather than of diminished moral culpability. »; *R. v. Taylor*, 2014 BCCA 304, par. 21.

<sup>591</sup> Art. 718.2 (a) *C.cr.*

<sup>592</sup> 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, p. 793, à la note de bas de page 16 : « Increasing the length of a determinate sentence of imprisonment in order to protect the public from the perceived dangerousness of a mentally disordered offender would clearly infringe the proportionality principle. »

<sup>593</sup> *R. v. Fraser*, 2007 SKCA 113, par. 45 : « Although mental illness is a recognized factor for consideration in the sentencing process, there is no suggestion in the case law that it is superior to any other mitigating or aggravating factors that may be present. »; *R. v. Peyachew*, 2016 SKCA 21, par. 44 : « Nevertheless, the presence of a mental illness will not override other mitigating or aggravating circumstances ».

voire impossible, d'établir quelle place les troubles mentaux ont réellement occupée une fois mis en rapport avec la somme des facteurs aggravants et atténuants pourtant moins fondamentaux que ceux nous informant sur les capacités mentales et sociales du délinquant<sup>594</sup>.

Le courant jurisprudentiel dominant actuellement semble être tributaire de cette tendance axée sur l'hyperindividualisation de la peine. Selon ce courant, il revient au juge de déterminer la responsabilité morale de l'accusé atteint de troubles mentaux à partir de son appréciation de la preuve de l'impact « réel » et précis des troubles mentaux dans la commission du crime. Le juge est appelé à porter une attention méticuleuse aux faits rapportés par les experts cliniques et aux manifestations particulières du trouble mental de l'accusé afin d'éviter les « généralisations » en fonction du diagnostic (« « fact-specific » case-by-case determination »)<sup>595</sup>.

Si cette approche a pour avantage de prendre au sérieux l'« évaluation » de la responsabilité morale de l'accusé atteint de troubles mentaux et l'individualisation de la peine, elle présente le désavantage de conférer un grand pouvoir au juge dans un domaine qui dépasse largement ses compétences<sup>596</sup>. En faisant reposer, à ce point, la prise en considération du trouble mental lors de

---

<sup>594</sup> Nous pensons à des facteurs atténuants comme la collaboration de l'accusé avec les policiers, le support de sa famille ou son degré de scolarité.

<sup>595</sup> *R. v. Badhesa*, préc., note 228, par. 43 : « Cases involving mental illness and intoxication in combination are, of course, intensely fact-driven. Detailed and specific medical evidence is essential to a proper understanding of their relationship in a particular case, if any, as well as their impact on the offender's moral culpability. Generalizations are insufficient : *Friesen* at para. 25. »; *R v Friesen*, 2016 MBCA 50, par. 25 : « In *R v Joamie*, 2013 NUCJ 19 (CanLII), Kilpatrick J noted that the impact of FASD on an accused's moral culpability is an evidentiary issue that must be assessed on a *case-by-case basis* (at paras 30, 34): A Court cannot decide how an offender's cognitive deficits may have impacted the offender's degree of responsibility for criminal behavior in the absence of expert medical evidence related to the offender's specific cognitive condition. No conclusions can be made on the strength of vague generalizations derived from medical and scientific literature alone without any understanding of the offender's individual cognitive deficits and their severity. The Court must first assess the moral blameworthiness of the offender in light of the impact that the cognitive deficits attributable to FASD had upon offender's behavior. *This assessment cannot be done in the abstract*. Forensic medical or psychiatric evidence is required to understand *how* the offender's cognitive deficits impacted his or her behaviour and so contributed to the commission of the offense [*sic*] before the Court. » (nos italiques); *R. v. JMO*, préc., note 575, par. 72 : « A reduction of moral blameworthiness for the purposes of sentencing, either for an adult or a young person, due to a recognized and properly diagnosed mental illness or other condition where the functioning of the human mind is impaired, is a "fact-specific" case-by-case determination as opposed to an automatic rule that the mental illness or cognitive limitation necessarily impacted the commission of the offence in question... »

<sup>596</sup> La tâche contemporaine du juge lors d'un procès de nature criminelle à notre époque s'est radicalement complexifiée et transformée. Si celui-ci est habilité pour prononcer la peine *juste*, il peut s'avérer périlleux pour lui d'effectuer des discriminations en fonction des différentes manifestations possibles d'un trouble mental. Les questions qu'on lui demande de trancher aujourd'hui lorsqu'il est en face d'une personne atteinte de troubles mentaux sont multiples, complexes et dépassent considérablement ses compétences, et ce, même s'il est assisté d'experts cliniques : « Whether to punish or to treat involves a number of linked inquiries. Establishing what mental disorder or disorders

la détermination de la peine sur un raisonnement et une démonstration de nature *scientifique et factuelle*, la détermination de la responsabilité *morale* finit par dépendre essentiellement de la qualité de la preuve, de l'acuité de l'esprit scientifique du juge et de l'accès à un témoin expert, ce qui peut entraîner une grande disparité à travers la jurisprudence<sup>597</sup>. En particulier, cette approche au cas par cas peut mener à une discrimination, plus ou moins justifiée, entre les différentes manifestations, dont certaines sont « plus complexes » et moins « apparentes » et « spectaculaires », d'un même trouble mental ou entre les différentes sous-catégories diagnostiques (par exemple, autisme de niveau 1 *versus* autisme de niveau 3). En rendant la protection que garantit le principe de proportionnalité à l'accusé atteint de troubles mentaux *conditionnelle* à l'accès à une expertise de qualité, la déclaration de responsabilité morale atténuée perd sa dimension symbolique et principielle. Dans ce courant, l'institution pénale perd également, aux mains des experts, le contrôle sur la représentation symbolique de l'accusé atteint de troubles mentaux (l'opportunité de le dépeindre comme étant également victime de sa propre condition); elle perd la marge de manœuvre qui lui permet d'intervenir, au gré de sa propre réflexion sur ce qui est *juste*, envers la perception sociale et les attentes du public à l'endroit des personnes atteintes de troubles mentaux.

À notre avis, le principe thématique que nous avons dégagé de la jurisprudence doit fonctionner, pour assurer son effet dans la logique interne du droit, comme une déclaration de principe susceptible de *conditionner le processus individualisé de la détermination de la peine*. Pour ne pas

---

the offender suffers from and with what degree of severity; establishing whether those disorders might be treatable, and if so over what time frame; ascertaining to what extent the criminal behaviour was attributable in whole or in part to the underlying disorder, or not at all; teasing out the effects of any alcohol or drugs on the offender, and/or the effects of prescription medication; estimating the likelihood of future offending in the context of past offending and the offender's uncertain treatability; ascertaining an offender's motivation where there may be little or no reliable understanding given his or her mental state; addressing issues of risk, and doing so in the context of what may be exceptionally grave and emotive index offences; thinking about methods of release many years in the future by different bodies with different thresholds and criteria for release; 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 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. Not all of them are equally legally relevant to the task at hand. And, of course, the relative rarity of these decisions about convicted mentally disordered offenders at the high end of the spectrum of seriousness and risk means there are only a limited number of precedents to guide a judge; and that those there are, are unlikely, given the numerous criteria above, to be sufficiently relevant to give the judge confidence », Jill PEAY, « Sentencing mentally disordered offenders: conflicting objectives, perilous decisions and cognitive insights », (2015) *LSE Law, Society and Economy Working Paper Series*, p. 3.

<sup>597</sup> M. AIKENHEAD, préc., note 160, p. 69-84.

tomber dans une granularité excessive qui priverait l'institution pénale de son élévation symbolique, il doit exister une certaine limite à l'individualisation méticuleuse de la peine. Comme l'expliquait le juge dans *Cross*, une approche trop individualisée axée sur la preuve scientifique, comme l'est par exemple l'exigence de prouver que le trouble mental a factuellement causé le crime, finit par limiter l'effet souhaité de ce principe thématique dans la logique interne du droit : « the *direct link approach* is contrary to the spirit and much more *encompassing approach* adopted by the Court of Appeal of this Province to the sentencing of offenders with a mental illness »<sup>598</sup>.

**Approche causale.** Cette tendance vers l'hyperindividualisation de la peine trouve son expression la plus extrême dans un autre courant jurisprudentiel, encore plus critiquable, qui ne reconnaît l'impact d'un trouble mental sur le comportement de l'accusé que s'il est, selon une preuve factuelle et scientifique, la cause directe de l'acte criminel<sup>599</sup>. Celui qui adopte un tel cadre d'analyse tend à chercher à isoler le trouble mental et à évacuer les autres causes possibles de l'agir criminalisé pour établir une relation de cause à effet à sens unique, c'est-à-dire un lien fort, direct et principal, entre le trouble mental et le crime commis. Nous sommes pourtant d'avis que l'exigence d'un lien de causalité ne répond ni à la réalité factuelle ou scientifique décrite par la doctrine clinique, ni à l'épistémologie propre au droit, qui poursuit un idéal de justice, et à laquelle répond, nécessairement, la notion de responsabilité morale.

Le lien entre les troubles mentaux et la conduite de l'accusé est souvent « complexe », intriqué et profond, ceux-ci s'enracinant dans sa personnalité même. Le trouble mental du contrevenant, et c'est d'autant plus vrai pour le TSA, n'agit généralement pas en vase clos. Il touche l'entièreté de son développement et de sa personnalité et, par le fait même, ses comportements, son mode de vie, ses choix, son jugement, ses valeurs et ses intérêts. Les troubles mentaux fonctionnent souvent

---

<sup>598</sup> *R. v. Cross*, préc., note 568, par. 3. Le juge se réfère à *R. v. Edmunds*, préc., note 228, par. 26 et *R. v. Lundrigan*, 2012 NLCA 43, par. 21.

<sup>599</sup> *R. v. Milne*, 2021 BCCA 166, par. 45-48, par. 46 : « Although Mr. Milne's acute depression and misuse of prescription medication were undoubtedly relevant contextual factors, the only evidence that they played a contributing role in his depraved conduct in sexually assaulting A.D. and later transmitting the pornographic images was his own assertion to that effect and the temporal coincidence of his mental health crisis and the offences. However, Mr. Milne's assertion that his mental health and medication played a part in his offending was unsupported by any medical evidence to explain the nature and extent of the causal link or contribution, if any »; *R. v. Ellis*, 2013 ONCA 739, par. 111 : « While the appellant's bipolar disorder may have affected his judgment at the time of the offence, it did not reduce his culpability to the point that a focus on his rehabilitation outweighed the need for a sentence consistent with denunciation and deterrence that would normally result from the abuse of his position of trust. »

également en comorbidité avec d'autres troubles de nature mentale ou physique, comme l'anxiété et la dépression sévère, le trouble de déficit d'attention ou la toxicomanie. L'impact des troubles mentaux peut donc être à la fois direct et indirect, il s'enchevêtre souvent avec d'autres déterminismes sociaux, comme la pauvreté et l'isolement social. Il serait alors « vain » et « absurde » de chercher une preuve de la relation de cause à effet entre un trouble particulier et un acte criminel, comme l'exprime si bien la Cour provinciale de Terre-Neuve dans l'affaire *Cross* :

« It has been suggested that a mental illness is only a mitigating factor in sentencing when the offence results from or there is a direct link or causal connection between the illness and the offence. In my view, this is too simple. (...) Mr. Cross has suffered from mental illness for a considerable period of time, but there is no direct link between the offences he committed and his mental illness. These offences arose out of anger and frustration. Having said this, the offences which Mr. Cross committed arose out of circumstances intimately connected to the impact his mental illness has had upon his life. *In many ways this case illustrates the futility of searching for a direct link and the absurdity of ignoring an offender's real circumstances when that link is missing.* »<sup>600</sup>

Le même juge dans *R. v. Patey* exprime bien comment une approche trop individualisée, par exemple en voulant distinguer les délinquants dont le trouble a *causé* le crime de ceux où la maladie a seulement *contribué* au crime, nuit ironiquement à la visée même du principe d'individualisation, car elle finit par nier la réalité vécue par les délinquants atteints de certains troubles mentaux plus diffus et complexes : « [to] ignore an offender's psychiatric disorder because a connection has not been established is to ignore the reality of the offender's life and the requirement for an individualized approach to sentencing. »<sup>601</sup> La cour d'appel de l'Alberta a confirmé en 2012 qu'un lien direct de cause à effet n'est pas nécessaire pour réduire significativement la peine des accusés atteints de troubles mentaux. Il suffit que le trouble ait probablement contribué à la commission du crime, d'une manière ou d'une autre, et ce, peu importe la nature de la maladie<sup>602</sup>.

À notre avis, même si un lien causal pouvait être scientifiquement établi, l'institution pénale n'est pas la mieux placée pour s'aventurer dans l'identification d'un lien de causalité unique, principal et direct entre un trouble mental et le crime commis. Ce n'est pas son rôle de déterminer si le trouble mental est réellement la cause exacte et précise du crime. Il est périlleux pour cette institution, compte tenu que les troubles mentaux affectent l'entièreté de la personnalité du

---

<sup>600</sup> *R. v. Cross*, préc., note 568, par. 2 et 3. Le juge reconnaît que le trouble mental diminue significativement la responsabilité morale, *Id.*, par. 1.

<sup>601</sup> *R. v. Patey*, [2012] N.J. No. 113 (P.C.).

<sup>602</sup> *R. v. Ayorech*, préc., note 228, par. 10 se référant notamment à *R. v. Belcourt*, préc., note 228; Réitéré dans *R. v. Elliott*, 2017 ABCA 395, par. 12.

délinquant, de chercher à déterminer *exactement* où commence et où finit l'implication du trouble mental dans l'agir du coupable au moment de la détermination de la peine. Cette approche hyperindividualisée crée une grande disparité à travers la jurisprudence puisqu'elle laisse le soin au juge d'évaluer la qualité du lien causal entre le trouble mental et le crime et du raisonnement scientifique le soutenant. Comme l'explique le professeur Simon Verdun-Jones :

« Since most neurocognitively impaired offenders present with co-occurring diagnoses and multiple problems, the task of establishing causality is fraught with many pitfalls and will inevitably be perceived as inherently subjective. As Buchanan and Zonana (2009) have suggested, offering a causal explanation is not necessarily the best way of explaining why human beings behave in a certain manner. In their view, case law has failed to generate a "consistent and useful definition of causation" with respect to mental disorder and crime (143). Instead of trying to establish a clear chain of causation, Buchanan and Zonana (2009) recommend that sentencing judges employ a "possibility" framework, whereby impairments will be acknowledged to contribute to a person's vulnerability to acting a certain way. This approach would leave open the possibility that the offender could have acted differently, while nevertheless acknowledging a reduced degree of blameworthiness based on the offender's mental impairment. »<sup>603</sup>

Il convient dès lors de faire preuve de retenue et d'adopter une approche analytique large et généreuse, sans faire reposer sur l'accusé le fardeau lourd et inusité de prouver un lien de causalité direct, factuel et scientifique, entre ses troubles mentaux et son comportement. Dans *R. v. Badhesa*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique rappelait justement récemment que le juge doit adopter une méthode d'analyse « extensive » (qu'on doit ici interpréter au sens de « large et contextuelle ») pour s'assurer que l'acte criminel *soit replacé* dans le contexte du trouble mental et ce, même quand son incidence est « indirecte » : « When assessing a fit sentence, the judge should attribute a degree of moral culpability to the offender commensurate with the magnitude of the mental illness —and its overall role in the commission of the offence »<sup>604</sup> (souligné du juge). Dans cet arrêt, plusieurs

---

<sup>603</sup> Simon N. VERDUN-JONES et Amanda BUTLER, « Sentencing Neurocognitively Impaired Offenders in Canada », (2013) 55-4 *Canadian J Criminology & Crim Just* 495, p. 505.

<sup>604</sup> *R. v. Badhesa*, préc., note 228, par. 44. Dans cet arrêt, la cour d'appel affirme que les comportements de l'accusé, y compris le fait qu'il se soit intoxiqué à l'alcool et à l'opium et que son intoxication ait mené au crime, doivent être replacés dans le contexte global offert par ses troubles mentaux. Même si la cour fait référence dans l'arrêt à la nécessité de prendre en considération la « magnitude » de la maladie mentale, qu'une preuve médicale extensive et détaillée est nécessaire et qu'il faut évaluer l'« étendue » (*extent*) de l'impact de la maladie sur la conduite (ce qui mériterait d'être nuancé afin d'éviter de tomber dans une investigation d'une granularité excessive qui dépasserait les compétences des tribunaux), le fait que la cour ait souligné l'expression « overall », le fait que la cour reconnaisse que le trouble peut réduire la responsabilité morale lorsqu'il ne fait que « contribuer » à l'acte ainsi que la *ratio* du jugement qui permet de prendre en compte l'impact indirect du trouble mental sur la conduite globale de l'accusé pour évaluer la responsabilité morale nous permettent de citer avec approbation ce jugement. Elle fait clairement preuve d'une approche se voulant plus généreuse, plus « extensive », plus large, plus contextuelle que celle adoptée par la cour de première instance. Elle permet à l'institution pénale d'exprimer une certaine forme de compassion pénale envers l'accusé atteint de troubles mentaux en réduisant significativement sa peine. *R. v. Forner*, 2020 BCCA 103, par. 28 : « Thus, in *Badhesa*, this Court recognized that mental illness in the form of depression may reduce moral culpability where it *indirectly contributed* to the commission of the offence. This is in contrast to the statement by the sentencing

facteurs indirects, qui autrement auraient pu être vus comme aggravants, telle la consommation d'une substance intoxicante avant le crime, ont été *replacés* dans le contexte du trouble mental pour s'assurer que la peine ne dépasse pas la responsabilité morale du contrevenant. Pareille approche permet au juge de conclure, *plus souvent qu'autrement*, que le trouble mental commande la réduction de la sévérité de la peine. Elle permet de prendre en compte les ressources limitées de l'accusé et la grande difficulté de faire la preuve d'un lien causal; elle permet donc d'en arriver à une déclaration de responsabilité morale amoindrie, même si la preuve « n'est pas aussi extensive que certains auraient pu le souhaiter »<sup>605</sup>.

Il n'est évidemment pas possible de prescrire une peine unique fondée sur le seul fait d'un rapport diagnostic<sup>606</sup>. Il est clair toutefois, compte tenu des intrications insidieuses, complexes et profondes des troubles mentaux sur l'ensemble de la personnalité du délinquant, de sa vie, et de son fonctionnement social, que la présence d'un trouble mental devrait *très rarement* être reconnue comme n'entretenant aucun lien significatif avec l'agir criminalisé. C'est ce qu'affirme la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *Shevchenko*: « Rarely do the offence and the mental illness stand entirely apart. The offence *must* be viewed in the context of the mental illness. »<sup>607</sup> L'utilisation de l'expression « *must be viewed* » nous apparaît appropriée puisque le juge, comme dans l'affaire *Badhesa*, doit faire un effort pour remettre le crime et ses facteurs aggravants dans le contexte du trouble mental. Lorsque le juge punit un accusé atteint de troubles mentaux, sa fonction est avant tout pédagogique; il doit pouvoir offrir au public, au moins, une explication rationnelle au crime

---

judge under para 17 that “the offender must *show a causal link* between the illness and the criminal conduct”. If the judge was referring to a *direct causal link*, I am respectfully of the view that he erred. *The link here is indirect but real: depression contributing to alcohol abuse and addiction, together contributing to the offence.* In para 16 of his reasons, the judge recognized that a mental health issue was at play “that was exacerbated by her consumption of alcohol and prescription medication”, without considering the causal link between them. »

<sup>605</sup> *Id.*, par. 43 : « In my view, *while the evidentiary record was less extensive than one might wish (one must bear in mind the resources available to the offender)*, when taken together with the positions of counsel, it clearly established, on a balance of probabilities, a nexus between the appellant's long history of depression and her long history of alcohol addiction, and the contribution of both to her behaviour at the time of the offence. In these circumstances, I am satisfied that the judge erred in principle in treating the offender's mental illness as both mitigating and aggravating, and in treating her addiction as a significantly aggravating factor. In doing so, he failed to grapple with the extent to which her moral culpability was diminished by the relationship between the mental illness and the alcohol abuse. »

<sup>606</sup> *R. v. Ellis*, préc., note 599, par. 116.

<sup>607</sup> *R. v. Shevchenko*, 2018 ABCA 31, par. 28 (notre italique).

afin de susciter la compréhension et de faciliter l'apaisement des attentes vindicatives et le développement de la compassion<sup>608</sup>.

Afin de soutenir ce point, il convient de rappeler que le droit a une épistémologie qui lui est propre; elle ne vise pas à établir des décisions scientifiquement valides, mais plutôt à établir ce qui est *juste*. La responsabilité morale, en tant que concept *juridique*, n'a pas à répondre à une stricte relation de cause à effet factuellement et scientifiquement vérifiable. La Cour suprême a déjà expliqué, dans un contexte différent, mais qui n'altère en rien le recours à la notion de causalité légale, dans l'arrêt *R. c. Nette*, la différence qui peut exister entre la nature d'un lien de causalité clinique et factuelle et celle d'un lien de causalité légale :

« Pour établir la causalité factuelle, il faut examiner, comme le laisse entendre cette expression, comment la victime est morte sur le plan médical, technique ou physique, et comment l'accusé a contribué à ce résultat. Une fois la causalité factuelle établie, il reste à examiner la causalité juridique. Pour établir la causalité juridique, également connue sous le nom de causalité imputable (« imputable causation »), il faut se demander si l'accusé *devrait* être tenu responsable en droit du décès qui est survenu. Ce type de causalité repose sur des considérations juridiques telles que le libellé de l'article créant l'infraction et les principes d'interprétation. Ces considérations juridiques reflètent par ailleurs les principes fondamentaux de la justice criminelle, comme celui voulant que les personnes moralement innocentes ne soient pas punies »<sup>609</sup>

En somme, même s'il peut exister, dans les faits, plusieurs causes à la commission du crime, il revient à l'institution pénale d'exprimer – selon des critères plus ou moins stricts – la nature du lien qui *devrait* exister avant de permettre aux tribunaux de prendre en considération l'impact des troubles mentaux sur l'agir d'une personne au moment de la détermination de la peine :

« La difficulté d'établir l'existence d'une seule cause médicale déterminante du décès n'amène pas à conclure en droit que le décès est attribuable à des causes multiples. Le fait que d'autres personnes ou facteurs peuvent avoir contribué au résultat peut être important sur le plan juridique lors du procès de la personne accusée de l'infraction. »<sup>610</sup>

Considérant que le verdict de culpabilité permet déjà d'exprimer la nécessité sociale d'imputer la plupart du temps les crimes commis à une personne sans trop d'exceptionnalisme, la notion de

---

<sup>608</sup> L'explication rationnelle offerte par la doctrine clinique se veut un moyen rhétorique faisant appel à la logique, ce qui permet de détruire l'opposition de l'accusé atteint de trouble mental à la société et de faire naître la compassion chez cette dernière, M. DELMAS-MARTY, préc., note 182, p. 12 citant François Tricaud : « Comprendre ne serait-il pas un moyen de « se rassurer », mais un moyen qui implique le risque de « digérer », c'est-à-dire de détruire l'altérité comme altérité, la dissoudre dans le suc de la compréhension tolérante, et par là occulter, en dépit d'assurances contraires, l'irréductible comme tel et le scandaleux comme tel, en vertu du principe que ce qui est compris cesse d'être troublant [?] »

<sup>609</sup> *R. c. Nette*, 2001 CSC 78, par. 44-45 (notre italique).

<sup>610</sup> *Id.*, par. 77.

responsabilité morale à l'étape de la détermination de la peine devrait pouvoir servir à exprimer *autre chose* que la culpabilité déjà établie. Si l'institution pénale n'est pas outillée pour établir un lien de causalité direct entre le trouble mental et le crime, elle peut par contre faire une *déclaration de principe* qui reflète simplement que, dans une société ayant foi en la dignité humaine et soucieuse du sort des personnes vulnérables, les troubles mentaux *peuvent avoir eu* une incidence sur l'agir de l'accusé et qu'il serait *injuste*, voire excessif, de rajouter à la souffrance déjà vécue par ce dernier, la souffrance institutionnelle et le stigmatisme collectif qui découlent de la punition. C'est l'expression, à travers cette déclaration de principe, d'une causalité légale que les tribunaux doivent se réapproprier pour ne pas se perdre dans les dédales des discours des experts sur les causes multiples ou concurrentes pouvant avoir mené à la commission du crime. Encore une fois, la fonction propre de l'institution pénale commande une certaine retenue dans son degré d'investigation et d'explication scientifique. Si nous reprenions la formule de la Cour suprême dans l'arrêt *Nette* afin d'expliquer la nature du lien causal pour l'appliquer au contexte de l'évaluation de l'implication des troubles mentaux au moment de la détermination de la peine, nous dirions que la seule question pertinente pour reconnaître une responsabilité morale amoindrie devrait être : Est-ce que les troubles mentaux de l'accusé ont *contribué* de façon appréciable, c'est-à-dire de manière non négligeable, à la commission du crime? Si oui, l'accusé devrait se voir reconnaître une responsabilité morale atténuée sans ambiguïté, pour ne pas miner l'apport symbolique de cette déclaration de principe, et le juge devrait en conséquence faire preuve d'une retenue significative quant au degré de sévérité de la peine<sup>611</sup>.

Pareille approche, avant tout axée sur une déclaration de principe, a été préconisée par la Cour suprême dans l'arrêt *Ipeelee* pour analyser l'influence des facteurs systémiques et historiques sur la conduite d'un délinquant autochtone<sup>612</sup>. Dans cet arrêt, la Cour a affirmé qu'une preuve de causalité directe entre les facteurs systémiques et historiques et la conduite des délinquants n'est pas nécessaire, puisque cette exigence ne prend pas en compte certains désavantages indirects,

---

<sup>611</sup> *Id.*, par. 28 : « Même lorsqu'une partie prétend qu'un acte intermédiaire a rompu le lien de causalité juridique, le critère de causalité formulé dans *Smithers* et confirmé dans *Nette* demeure le même : les actes dangereux et illégaux de l'accusé ont-ils contribué de façon appréciable à la mort de la victime? »

<sup>612</sup> *R. c. Ipeelee*, préc., note 546, par. 81-83; 718.2e) *C.cr.* exige que l'on porte une attention plus particulière aux sanctions substitutives à l'incarcération lorsque l'accusé est autochtone. Cette prescription est justifiée par le taux élevé d'incarcération au sein de cette population, *Cf. R. c. Gladue*, [1999] 1 RCS 688. Puisqu'il existe également un phénomène de surcriminalisation et de surincarcération des personnes atteintes de troubles mentaux, nous pensons que cette prescription devrait pouvoir s'appliquer aux personnes atteintes de troubles mentaux.

comme les « effets intergénérationnels dévastateurs des expériences collectives vécues par les peuples autochtones », que celle-ci impose à l'accusé un fardeau de preuve excessivement difficile et qu'elle constitue un obstacle supplémentaire inutile à la détermination d'une peine *juste* et proportionnelle. La Cour présente également l'approche axée sur une déclaration de principe comme étant mieux à même d'assurer une application cohérente à travers la jurisprudence du principe thématique, concernant les facteurs systémiques subis par les autochtones, tel que dégagé dans l'arrêt *Gladue*. Ces arguments font écho à ceux que nous avons évoqués précédemment pour justifier une telle déclaration de principe pour les accusés atteints de troubles mentaux.

**Approche axée sur la nature et l'intensité du trouble mental.** L'approche problématique consistant à exiger la preuve d'un lien causal direct entre le trouble mental et le crime que nous venons d'analyser est généralement complétée par une autre approche tout aussi problématique qui consiste à ne reconnaître l'impact des troubles mentaux lors de la détermination de la peine que si ceux-ci sont de *nature* cognitive et atteignent un certain degré d'*intensité*. Ces deux approches, une fois combinées, reproduisent, à l'étape de la détermination de la peine, un cadre d'analyse sensiblement similaire à celui de l'art. 16 *C.cr.*

La reprise d'exigences calquées sur celles applicables à la détermination de la responsabilité criminelle à l'étape de la détermination de la peine est sujette à critique puisque cette méthode d'analyse est trop stricte et ne répond pas à la fonction propre de la notion de responsabilité morale. Pour la chercheuse Moira Aikenhead, mettre l'emphase sur une exigence d'*intensité* et de *nature* (cognitive) du trouble mental est problématique : « this approach focuses far too much attention on how the disability impacted the offender at the time of the specific offence, and does not explore the broader systemic barriers faced by those with mental disabilities that have bearing on their criminal behaviour »<sup>613</sup>. Pour Benjamin Berger, les troubles mentaux susceptibles de réduire la responsabilité morale au moment de la détermination de la peine ne doivent pas se limiter aux troubles dissociatifs, psychotiques ou cognitifs et doivent inclure les troubles de nature neurodéveloppementale et sociale ainsi que ceux qui touchent à l'empathie :

« Le terme « maladie mentale » s'entend ici au sens large. Il inclut non seulement les types de troubles mentaux qui sont admissibles à une défense fondée sur la non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux

---

<sup>613</sup> M. AIKENHEAD, préc., note 160, p. 75.

(NRCTM), mais également des états comme l'ensemble des troubles causés par l'alcoolisation fœtale, les troubles du spectre de l'autisme et les troubles de la personnalité. »<sup>614</sup>

Sur ce point, nous remarquons d'ailleurs que le choix du législateur et de la magistrature en droit pénal canadien a toujours été de définir la notion de « maladie mentale » de la manière la plus large et généreuse possible afin que le concept de nature juridique demeure « suffisamment flexible » et qu'il « permet[te] une adaptation continue aux progrès de la science médicale »<sup>615</sup> et, nous ajouterions, à notre « imaginaire social » évoluant à ses côtés. Comme nous l'avons vu dans la Partie I, les critères restrictifs de l'art. 16 du *C.cr.* – qui ne considèrent que les effets cognitifs ou dissociatifs de la maladie mentale – servent une fonction bien précise au sein de la logique interne du droit pénal qui n'a rien à voir avec la fonction que poursuit la notion de responsabilité morale lors de la détermination de la peine. Rien n'empêche donc les tribunaux de prendre en considération une panoplie de troubles mentaux, sans se limiter à leur nature particulière, à l'étape de la détermination de la peine<sup>616</sup>. D'ailleurs, plusieurs tribunaux ont également exprimé leurs directives de manière à écarter les arguments qui permettraient de répliquer, à l'étape de la peine, un cadre d'analyse s'apparentant à celui de l'art. 16 *C.cr.*<sup>617</sup>.

Malgré le rejet de cette approche par plusieurs tribunaux, nous nous inquiétons d'un éventuel retour en force de ce courant problématique suite à la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Friesen*. Cet arrêt ne laisse pratiquement aucune place – une seule phrase sur un jugement de 134 pages – à l'analyse de l'impact potentiel des troubles mentaux dans la commission de crimes de nature sexuelle et à leur relation avec la notion de responsabilité morale : « la situation personnelle des délinquants *peut* avoir un effet atténuant. Par exemple, les délinquants ayant des *déficiences* mentales qui comportent de *grandes limites cognitives* auront *probablement* une culpabilité morale

---

<sup>614</sup> B. BERGER, préc., note 160, p. 17.

<sup>615</sup> *R. c. Bouchard-Lebrun*, préc., note 113, par. 60.

<sup>616</sup> Par exemple, dans *R. v. Williams*, préc., note 228, par. 79 et par. 83 : « Mr. Williams does not suffer from psychosis or a substance abuse problem, nor does he have impaired cognitive or intellectual functioning. However, his mental health issues are significant and are linked to many of the aggravating factors associated with his offending. His psychiatric disorders, which arose from a childhood of deprivation, abuse and neglect, are linked to the immature, exploitive, manipulative, and controlling aspects of his relationships. When he was unable to maintain that control, he became severely depressed, resorted to acts of self-harm, and attempted suicide, which led to involuntary admissions under the *Mental Health Act*. In assessing Mr. Williams's moral culpability as "very high", in my respectful view, the judge erred in failing to give any weight to the mitigating effect of Mr. Williams's personal circumstances on his moral blameworthiness, which resulted in a disproportionate sentence. »; *R. v. Valiquette*, préc., note 228; *R. v. Peters*, préc., note 228, par. 19; *R. v. Elliott*, préc., note 602, par. 12

<sup>617</sup> *R. c. Antonelli*, 2008 QCCA 1573; *R. c. Ayorech*, préc., note 228, par. 10; *R. v. Resler*, préc., note 228; *R. v. Peters*, préc., note 228; *R. v. L. (J.H.Q.)*, [1995] B.C.J. No. 1447, 61 B.C.A.C. 150 (B.C.C.A.); *R. c. Martin*, préc., note 228.

réduite »<sup>618</sup>. L'ambiguïté créée par la Cour en recourant à des expressions comme « déficiences mentales » ou « grandes limites cognitives » pourrait renforcer, à tort, un certain courant jurisprudentiel minoritaire qui exige la preuve d'un certain degré d'intensité ou d'une certaine nature du trouble mental pour le reconnaître de nature à réduire la responsabilité morale<sup>619</sup>. Remarquons également qu'au lieu de réitérer et de renforcer le principe thématique sans ambiguïté, la Cour fait preuve d'un excès de prudence concernant la place que devra occuper ce principe thématique au sein de la nouvelle pénologie, en utilisant notamment des expressions comme « peut avoir un effet atténuant », sans même spécifier le degré de cet effet atténuant (significatif ou léger), ou en affirmant qu'ils « auront *probablement* une culpabilité morale réduite », laissant alors une pleine discrétion aux tribunaux quant à leur cadre d'analyse.

**Approche graduelle.** Nous remarquons également qu'une autre approche problématique, relevant aussi d'une interprétation hyperindividualisante de la peine, consiste à *grader* la responsabilité morale en fonction de l'intensité (« *magnitude* ») de la maladie, de l'importance ou du degré de déficit cognitif du trouble mental de l'accusé, sans pour autant rejeter complètement les troubles qui seront jugés de faible intensité : « All other things being equal, the greater the magnitude of cognitive deficits, the lower the degree of responsibility ». <sup>620</sup> Nous pouvons aussi observer la même approche, dite *graduelle*, par rapport aux troubles mentaux qui ont un impact sur le comportement de l'accusé, mais dont l'étendue de l'impact (« *extent* ») n'est pas suffisante pour justifier une réduction *significative* de la sévérité de la peine<sup>621</sup>. Ces approches ont toutes pour effet de

---

<sup>618</sup> R. c. *Friesen*, préc., note 11, par. 91 (nos italiques).

<sup>619</sup> On semble effectivement avoir interprété l'expression utilisée par la Cour suprême comme ayant créé une distinction entre les « grandes limites cognitives » et les « petites ». Dans *K.F. c. R.*, 2021 QCCA 67, par. 25 on qualifiera de « généreuse » l'interprétation de la juge de première instance qui permettait de prendre en compte, avec plus ou moins de force, les petites limites cognitives malgré la directive de l'arrêt R. c. *Friesen*, préc., note 11 : « L'approche de la juge est une interprétation généreuse de la jurisprudence, laquelle établit que les délinquants ayant des déficiences mentales qui comportent de grandes limites cognitives auront probablement une culpabilité morale réduite permettant d'imposer une peine moins sévère qu'autrement dans leur cas [ici la Cour se réfère en note de bas de page au par. 91 de l'arrêt *Friesen*]. Cela étant, même si les déficiences de l'appelant ne comportent pas de grandes limites cognitives, mais sont plutôt légères, la juge de première instance en a néanmoins tenu compte dans l'évaluation de la culpabilité morale aux fins de la détermination de la peine. » (soulignement du juge et nos italiques)

<sup>620</sup> *R v Melrose*, préc., note 582, par. 23. *R. v. Ramsay*, préc., note 590, par. 25 : « The degree of moral blameworthiness must therefore be commensurate with the *magnitude* of the cognitive deficits attributable to FASD. *The more acute these are shown to be, the greater their importance as mitigating factors and the less weight is to be accorded to deterrence and denunciation.* » Dans cet arrêt, le juge s'engage clairement dans une hyperindividualisation de la peine en fonction du degré de déficit cognitif engendré par le Syndrome d'alcoolisme foetal, *Id.*, par. 20.

<sup>621</sup> *R. v. Ellis*, préc., note 599, par. 116, 122-123 : « The authorities, some of which were referred to by the trial judge, indicate that it is not enough to determine that the offender had a mental illness at the time of the offence. The trial judge must also determine the extent to which that illness contributed to the conduct in question and the impact of that

reconnaitre une classe de responsabilité « mitoyenne » sans pour autant octroyer les effets *significativement* limitatifs, que nous pouvions observer autrefois dans la jurisprudence, et qui permettaient de prononcer des peines en dehors de la prison. Sans vouloir nous répéter, les critiques précédentes, notamment celles liées aux excès entraînés par l'hyperindividualisation de la peine et à la méprise quant à la fonction propre de la notion de responsabilité morale, s'appliquent également ici puisqu'il s'agit en réalité d'une manière *détournée et indirecte* de répliquer, au niveau de la détermination de la peine, les considérations propres à l'art. 16 *C.cr.* (intensité, nature et lien causal). Cette approche est particulièrement problématique lorsque les troubles mentaux sont présentés dans la doctrine clinique sous une forme « spectrale », comme le Syndrome de l'alcoolisme fœtal ou le TSA. Dans ces cas, même si les symptômes peuvent être gradués dans la doctrine clinique en fonction de l'incidence sur la cognition ou sur le fonctionnement *apparent* de la personne atteinte de la maladie (leur degré relatif d'autonomie), il demeure que toutes ces personnes, contrairement au sujet typique et idéalisé du droit pénal, doivent composer avec des souffrances quotidiennes dues à leur état de santé, ont besoin de soutien clinique pour fonctionner de manière autonome, vivent avec des déficits mentaux non négligeables susceptibles de se répercuter sur toutes les sphères de leur vie sociale, et plus important encore, sur leur capacité de se conformer à la loi pénale.

Même si le DSM-V organise sa présentation formelle du *diagnostic* du TSA de cette manière, cela ne veut pas dire que le droit pénal doit répliquer ce modèle au sein de la logique interne du droit – surtout lorsque la doctrine clinique expose de manière très claire et cohérente les déficits qui affligent communément toutes les personnes autistes. Même si un sujet de droit pénal, comme l'autiste Asperger, se retrouve « à l'autre bout du spectre » diagnostique, en raison de son autonomie *relative* ou de son intelligence globale supérieure, rien n'indique, *en droit*, que cette personne ne devrait pas bénéficier d'une forme de compassion institutionnelle et d'un châtement

---

finding on the appropriate sentence. The trial judge will consider whether there a causal connection between the offender's mental illness and the commission of the offence and, if so, whether it diminished the offender's culpability. (...) In contrast to these cases, in my view, the sentence here was fit and the trial judge made no error to warrant this court's intervention. The trial judge took a balanced, insightful and fair approach to the appellant's mental illness. She found it mitigated the sentence that he would otherwise receive, but that it did not result in such a reduced culpability to displace the need for a denunciatory and deterrent sentence. This balanced approach was entirely within her domain. In applying this approach, she understood the evidence and gave appropriate consideration to the relevant sentencing principles. Absent significantly reduced culpability, the circumstances required a denunciatory and deterrent sentence. »

dont la sévérité serait limitée et strictement contrôlée. Cette méthode est condamnable parce qu'elle permet, au gré de l'évaluation par le juge de la preuve clinique sur la sévérité de la maladie, d'annuler et de contourner l'aspect *significativement* limitatif de ce qui devrait être une déclaration de principe lors de la détermination de la peine.

**Approche prescriptive.** Finalement, et cela est encore plus grave, si la reconnaissance de responsabilité diminuée chez les personnes atteintes de troubles mentaux n'est pas plus systématique et cohérente à travers la jurisprudence, c'est aussi que la responsabilité morale est parfois injustement déterminée à partir des indices liés à la gravité du *crime* et au haut niveau de blâme attribuable à la *conduite* du condamné.

Dans ce dernier courant, la responsabilité morale n'est pas évaluée en fonction des capacités réduites et de la vulnérabilité du condamné atteint de troubles mentaux ainsi que du contexte explicatif offert par ceux-ci, mais se voit plutôt *prescrite* en fonction du degré de blâme à attribuer à sa *conduite*. Cette approche rappelle encore une fois celle adoptée par l'institution pénale afin d'« évaluer » (*de décider de*) la responsabilité criminelle des accusés atteints de troubles mentaux. Les deux notions se chevauchent et poursuivent la même fonction, soit celle de souligner, par une déclaration de responsabilité, la gravité du crime et la nécessité pour l'accusé de se responsabiliser. On observe alors une suremphase autour de la gravité du crime. La gravité de la conduite se retrouve à jouer un rôle prépondérant à toutes les étapes du processus judiciaire (de la déclaration de responsabilité criminelle jusqu'aux *deux* éléments de la proportionnalité, autant dans la responsabilité morale que dans la gravité de l'infraction), ce qui entraîne inévitablement une inflation de la sévérité de la peine.

Une telle approche constitue à notre avis une erreur dans la compréhension du principe fondamental de la proportionnalité en ce qu'elle ne conçoit pas ses deux éléments comme devant faire l'objet d'une évaluation indépendante<sup>622</sup>. Le juge Gascon de la Cour suprême, dissident dans l'arrêt

---

<sup>622</sup> *R. c. Lacasse*, préc., note 557, par. 129 et 131 (dissidence) : « À mon sens, le degré de responsabilité du délinquant ne découle pas inévitablement et seulement de la gravité de l'infraction. En effet, la gravité de l'infraction et la culpabilité morale du délinquant sont deux facteurs distincts, et le principe de la proportionnalité commande un examen exhaustif de chacun de ces facteurs : Proulx, par. 83 (...) Ainsi, l'application du principe de proportionnalité peut créer une tension entre les deux facteurs, notamment lorsque la gravité de l'infraction milite fortement en faveur d'une peine à un extrême de la gamme, tandis que la culpabilité morale du délinquant en question pointe dans l'autre direction : R.

Lacasse, met en garde contre la tentation d'inférer la responsabilité morale principalement à partir des éléments liés à la *mens rea* du crime (il « savait », il « percevait », il « voulait ») :

« Le législateur a manifestement eu l'intention que le « degré de responsabilité du délinquant » inclut d'autres facteurs ayant une incidence sur la culpabilité [que ceux propres à la *mens rea*]. Ceux-ci peuvent avoir trait, par exemple, *aux circonstances personnelles du délinquant, à ses capacités mentales* ou au mobile à l'origine de la perpétration du crime. Où d'autre le Code prévoit-il qu'il faut prendre en considération le degré de responsabilité du délinquant *au sens large?* »<sup>623</sup>

Dans les arrêts qui appartiennent à ce courant, la gravité et les circonstances du crime sont *mises en rapport* avec la responsabilité morale et permettent de reconditionner son usage. Cette approche annihile l'effet significativement modérateur de la notion de responsabilité morale transforme la fonction du principe de proportionnalité, et incidemment, la fonction normative propre à l'institution pénale. Afin de conserver l'effet significativement limitatif de la notion de responsabilité morale dans le cas des contrevenants atteints de troubles mentaux et, partant, la fonction limitative du principe de proportionnalité, il faut concevoir les deux éléments de ce principe fondamental comme étant indépendants, *comme n'entretenant un rapport qu'avec le degré de sévérité de la peine*. Au même titre que « [t]he gravity of the offence is not, of course, lessened by the personal circumstances of the offender », la responsabilité morale ne doit pas être augmentée en fonction des circonstances liées à la gravité du crime<sup>624</sup>. C'est uniquement cet ordonnancement qui permet d'assurer que la peine sera significativement réduite dans sa sévérité lorsque l'accusé est atteint de troubles mentaux, et ce, même lorsque l'acte commis est hautement condamnable.

À la lumière de l'arrêt *Friesen* de la Cour suprême, nous nous inquiétons de la perte de force éventuelle de ce principe thématique au sein d'une nouvelle conception de la proportionnalité qui viserait à refléter « fidèlement » la gravité du crime par la compensation symbolique des préjudices, ou même des éventuels préjudices, subis par des personnes jugées vulnérables<sup>625</sup>. Apparaissant

---

c. Hamilton (2004), 72 O.R. (3d) 1 (C.A.), par. 93, cité dans C. C. Ruby, G. J. Chan et N. R. Hasan, *Sentencing* (8e éd. 2012), p. 26-27. En somme, s'il est vrai que la gravité du crime constitue un facteur pertinent, elle doit toutefois être considérée de façon concomitante avec le degré de responsabilité du délinquant, un facteur indépendant de la gravité de l'infraction. »; *R. c. Nasogaluak*, préc., note 550, par. 42; *R. c. Scofield*, 2019 BCCA 3, par. 65 : « Personal circumstances of the offender are considered separately from the seriousness of the offence; they do not lessen its seriousness. Personal circumstances, where applicable, are considered independently to determine a proportionate sentence in light of the seriousness of the offence. »

<sup>623</sup> *R. c. Lacasse*, préc., note 557, par. 130 (dissidence) citant les par. 58-59 de l'arrêt *R. v. J.L.M.A.*, 2010 ABCA 363 (nos italiques)

<sup>624</sup> *R. v. Ayorech*, préc., note 228, par. 12.

<sup>625</sup> *R. c. Friesen*, préc., note 11, par. 1, 5, 43 et 74.

comme une conséquence directe de l'attitude ambiguë et réservée de la Cour suprême sur la question des troubles mentaux dans cette affaire, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. v. Williams*<sup>626</sup> a récemment affirmé que si les « mental health issues may reduce a sentence because the offender's moral culpability is attenuated », ce principe devait être considéré à la lumière du cadre analytique de l'arrêt *Friesen* et de son paragraphe 75 qui reconnaît au délinquant sexuel une responsabilité morale *accrue* en raison de la nocivité des crimes sexuels envers les enfants et du tort qui en découle. Le principe thématique entourant le traitement réservé aux accusés atteints de troubles mentaux instauré en jurisprudence au cours des dernières décennies semble donc finalement avoir perdu son caractère « déterminant » face aux préoccupations entourant la protection des membres plus vulnérables de la société.

### II. 3.3. Conclusion : une comparaison de l'apport symbolique des différentes approches

Nous nous interrogeons sur le message, l'ordre public qui peut bien émaner d'un système de justice qui ne reconnaît pas la responsabilité *significativement* atténuée de l'accusé atteint de troubles mentaux, autant au moment du verdict qu'au moment du prononcé de la peine. Le fait de reconnaître que la responsabilité d'un condamné atteint de troubles mentaux n'est *réduite que légèrement* par son trouble, comme dans l'approche graduelle, ou qu'elle est *entière*, comme dans l'approche prescriptive, l'approche causale ou l'approche axée sur la nature du trouble mental, remet l'emphase et insiste encore, à l'étape de la détermination de la peine, sur la gravité du crime, la reconnaissance du préjudice subi par la victime et l'impératif d'autoresponsabilisation du condamné alors que ces éléments ont été soulignés et pris en compte pour déterminer sa responsabilité pénale.

L'institution pénale prend alors le « pari » qu'en mettant à *nouveau* l'emphase sur la culpabilité de l'accusé atteint de trouble mental au moment de la peine, elle éveillera davantage son sens des responsabilités. Or, cette déclaration de responsabilité morale, contrairement au verdict de culpabilité, vient inévitablement avec l'application d'une technologie punitive et extensive

---

<sup>626</sup> *R. v. Williams*, 2020 BCCA 286, par. 33. Face à cette nouvelle directive, le juge dans l'arrêt *R. v. Vaux*, 2021 BCSC 1773, par. 59, lui oppose les propos du Juge Wagner dans *R. c. Lacasse*, préc., note 557, par. 58 : « The determination of a just and appropriate sentence is a highly individualized exercise that goes beyond a purely mathematical calculation ». Ce paragraphe est même repris dans l'arrêt *R. c. Friesen*, préc., note 11, par. 38 et 163, ce qui laisse entendre que l'interprétation de l'arrêt *Friesen* proposée dans l'arrêt *Williams* ne serait pas assez nuancée, car elle occulterait l'effet pleinement limitatif de la responsabilité morale, *R. v. Vaux*, préc., note 626, par. 54-55.

concrète. En effet, la déclaration de responsabilité morale accrue n'est pas sans conséquence matérielle pour la santé, l'intégrité physique et psychologique de l'accusé atteint de troubles mentaux. Prendre le pari que l'accusé atteint de troubles mentaux se sentira davantage responsabilisé, après le verdict de culpabilité, par l'ajout d'un châtement nous apparaît « ambitieux » et vain compte tenu de la réalité du sujet atteint de troubles mentaux. Ce dernier doit déjà vivre et composer au quotidien avec des capacités limitées, des désavantages systématiques, une souffrance physique et psychologique et une stigmatisation sociale en raison de son trouble mental. Il serait surprenant que, par la force du châtement, l'accusé puisse, à la fin de son supplice, se concevoir finalement comme étant « pleinement responsable » des difficultés qui, en réalité, peuvent avoir découlé de sa condition mentale. Cela est d'autant plus vrai lorsque celui-ci se voit imposer dans ses conditions de probation ou d'emprisonnement dans la collectivité de suivre un traitement médical ou psychologique puisque l'approche clinique mise sur la reconnaissance par le sujet de la force des déterminismes dont il est victime et préconise une conception du sujet qui est antinomique avec celle du droit pénal (c'est-à-dire un sujet libre, sain d'esprit, capable de s'auto-déterminer et de se conformer aux standards sociaux sans aide extérieure et qui est responsable de sa victime et non pas victime de sa condition).

La composition et la configuration de l'ordre qui émane d'une déclaration de responsabilité morale mitoyenne, entière ou accrue participent plutôt à la stigmatisation de la personne atteinte de troubles mentaux, au renforcement de la perception de l'accusé atteint de troubles mentaux qui peut se concevoir avant tout comme une victime de sa condition et de la société. Ceci légitime en outre des attentes irréalistes du public en matière de conformité sociocomportementale des personnes atteintes de troubles mentaux. Rien dans ce type de prononcé de peine ne permet de tempérer et décélérer les attentes vindicatives du public par une explication *rationnelle* du « mal » commis. En reconnaissant la responsabilité morale de l'accusé atteint de troubles mentaux, l'institution pénale favorise plutôt l'hypothèse de la malice pour expliquer le crime – du mal « incarné » et « *inexplicable* ». Les attentes du public se retrouvent alors renforcées et alimentées par la réponse *irrationnelle* de l'institution pénale, l'infliction de souffrances pour répondre aux souffrances causées par l'accusé.

En somme, le fait de chercher à graduer ou discriminer les troubles mentaux en fonction de leur nature, de leur implication causale ou de leur intensité, s'avère un exercice périlleux qui ne sert pas la mission de justice et de pacification des attentes vindicatives que doit poursuivre l'institution pénale. Concevoir la responsabilité morale comme informée par la gravité du crime, amène le même résultat.

Le juge qui prononce la peine doit faire preuve d'exemplarité en démontrant de la compassion à l'égard des personnes souffrant de troubles mentaux et appeler le public à préférer la compréhension à l'intransigeance face au phénomène complexe de la criminalité des personnes atteintes de troubles mentaux. Cette approche axée sur une déclaration de principe permet également d'exprimer, de manière *cohérente, systématique et inconditionnelle* à travers la jurisprudence, l'inopportunité de maintenir un ordre de justice par l'infliction supplémentaire de souffrance à une population socialement vulnérable.

Nous chercherons, dans la prochaine sous-partie, à démontrer comment les différents courants que nous venons de présenter rendent intelligible la disparité actuelle des circuits de contrôle imposés aux personnes autistes. Certaines se voient imposer une peine à aire ouverte alors que d'autres sont envoyées dans un établissement carcéral fédéral.

## II. 4. L'état des discours sur la responsabilité morale du délinquant autiste

Si les juges reconnaissent généralement que la détermination de la peine est « difficile » par nature<sup>627</sup>, le juge à qui il incombe, au nom de la société, de punir un délinquant aussi « vulnérable socialement »<sup>628</sup> que le délinquant autiste se retrouve devant une tâche qu'il décrira lui-même comme représentant un « défi unique »<sup>629</sup>, « exceptionnel »<sup>630</sup> et « difficile »<sup>631</sup>. Il existe donc au Canada un véritable inconfort et une réticence à infliger aux personnes autistes une souffrance et une stigmatisation sociale additionnelles dans le but de réaffirmer certaines valeurs communes à la collectivité ayant été atteintes par le crime.

La difficulté d'établir la peine juste est encore plus grande lorsque la nature du crime et la vulnérabilité de la victime, considérées isolément, commandent une dénonciation emphatique du comportement. Ainsi, le juge dans *R. v. JB* trouvera la tâche de punir l'accusé devant lui « particulièrement difficile »<sup>632</sup>. En l'espèce, il s'agissait de punir un accusé, respectueux des lois et décrit comme un père aimant, atteint d'un syndrome d'Asperger et d'un trouble de déficit de l'attention et d'hyperactivité. Ce dernier avait commis un crime décrit comme « horrible »<sup>633</sup>. Il avait agrippé violemment son fils par le bras après l'avoir surpris jouant avec le maquillage de sa mère, lui causant des lésions corporelles. Le dilemme du juge venait du fait que l'accusé avait commis ce crime grave dans des circonstances qui « justifiably attract understanding and empathy » puisque l'accusé n'était pas conscient de sa force, s'était emporté émotionnellement et était plus vulnérable à ses impulsions en raison de ses troubles mentaux : « Both children are “high needs” children who could easily stress out any parent. This fact is exacerbated by the fact that J.B. is not just any parent. He too could be described as “high needs”. »<sup>634</sup>

---

<sup>627</sup> *R. v. Kagan*, 2008 NSSC 26, par. 27; *R. v. Hartman*, 2019 ONCJ 148, par. 35 citant *R. c. Proulx*, préc., note 547, par. 116.

<sup>628</sup> *R. v. NMN*, 2019 ABPC 16, par. 40; *R. v. JB*, 2016 ONCJ 312, par. 82; *R. v. Nepon*, 2020 MBPC 48, par. 107 et 151; *R. v. Thompson*, 2013 ONCA 202, par. 18; *R. v. BT*, 2021 BCSC 948, par. 6.

<sup>629</sup> *R. v. JM*, 2016 ONSC 2769, par. 34.

<sup>630</sup> *Id.*, par. 32; *R. v. Vaux*, préc., note 626, par. 3; *R. v. Nepon*, préc., note 628, par. 107-109.

<sup>631</sup> *R. v. Somogyi*, 2011 ONSC 483, par. 26 et 58; *R. v. JED*, 2018 MBCA 123, par. 154.

<sup>632</sup> *R. v. JB*, préc., note 628, par. 70.

<sup>633</sup> *Id.*, par. 71.

<sup>634</sup> *Id.*, par. 82.

La plupart des décisions canadiennes qui traitent de la peine des accusés autistes que nous étudierons composent avec ce dilemme particulier: « the gravity of the offence points strongly in one sentencing direction and the culpability of the individual offender points strongly in a very different sentencing direction »<sup>635</sup>. Les cas que nous avons identifiés reprennent généralement la même trame narrative. Révélatrice, au fond, de leur propre vulnérabilité sociale, les personnes autistes qui ont été condamnés dans ces jugements portent atteinte, dans la quasi-totalité des cas, aux aires d'autonomie de personnes reconnues comme étant hautement vulnérables. Dans la trentaine de décisions qui composent notre échantillon, nous avons pu identifier trois cas qui concernent une agression sexuelle envers une femme<sup>636</sup> et au moins 20 cas qui concernent des victimes d'âge mineur. Parmi ces 20 cas, 18 concernent des crimes de nature sexuelle<sup>637</sup> et deux des voies de fait<sup>638</sup>. La tendance des personnes autistes à rentrer en relation ou à entretenir des relations avec d'autres personnes aussi vulnérables qu'elles pourrait n'être qu'un autre révélateur de leur propre vulnérabilité, révélant leur isolement social, leur incapacité de se concevoir comme étant en situation d'autorité ou de confiance et de leur incapacité à développer des relations égalitaires avec des personnes de leur âge. En somme, comme l'expriment les juges de la Cour d'appel de l'Ontario, dans une affaire où l'un des co-accusés était atteint du syndrome d'Asperger, bien souvent il s'agit « not a case of the strong preying on the weak, but one of the weak preying on the weak. »<sup>639</sup> On voit que les juges sont donc souvent confrontés à un exercice d'harmonisation entre les deux composantes du principe de la proportionnalité, celui de la responsabilité morale du délinquant et celui de la gravité de l'infraction.

Ce que permet la notion de la « responsabilité morale », lorsqu'appliquée aux accusés atteints de troubles mentaux, c'est justement cet apport symbolique substantiel permettant de corriger et

---

<sup>635</sup> *Id.*, par. 15.

<sup>636</sup> *R. v. Hartman*, 2018 BCPC 240; *R. c. Rousseau*, 2018 QCCQ 3861; *R. v. Hartman (ON)*, préc., note 627.

<sup>637</sup> *R. c. Grenier*, 2019 QCCQ 6622; *R. c. Duclos*, préc., note 525 ; *R. v. Nepon*, préc., note 628, par. 48; *R. v. Vaux*, préc., note 626 ; *R. v. Somogyi*, préc., note 631 ; *R. v. NMN*, préc., note 628 ; *R. v. Berman*, 2010 ABPC 371; *R. v. Brunton*, 2011 ONSC 285; *R. v. ERDR*, 2016 BCSC 1758; *R. v. Razon*, 2021 ONCJ 616; *R. v. JED*, préc., note 631 ; *R. v. JM*, préc., note 629; *R. v. Osadchuk*, 2020 QCCQ 2166; *R. v. Wolff*, 2020 BCPC 174; *R. v. Collier*, 2021 ONSC 6827; *R. c. Martel*, 2019 QCCQ 2883; *R. v. Finestone*, 2017 ONCJ 22; *R. v. BT*, préc., note 628

<sup>638</sup> *R. v. Berg*, 2017 SKPC 11; *R. v. JB*, préc., note 628.

<sup>639</sup> *R. v. Thompson*, préc., note 628. Les juges devaient imposer une peine à deux co-accusés, l'un, atteint du Syndrome d'autisme Asperger, du Syndrome d'alcoolisme fœtal et d'une intelligence « limite », et, l'autre, sa copine, suicidaire et toxicomane. Tous deux ont séquestré et commis des voies de fait contre une jeune personne souffrant de retards mentaux et vivant de l'assistance sociale. Les juges de la Cour d'appel ont réduit de près de moitié la sentence imposée en première instance à l'accusé Asperger et à sa copine toxicomane.

d'apaiser cette « opposition ». Elle permet alors d'exprimer en des termes symboliques, une forme de compassion pénale, une reconnaissance que l'effet englobant de la déclaration de culpabilité crée une séparation manichéenne, quasi caricaturale, entre la victime et l'assaillant qui peut parfois contraster exagérément avec la réalité vécue par les sujets de droit pénal. L'effet pédagogique et symbolique du prononcé de la peine et l'évaluation généreuse, large et contextuelle de la responsabilité morale peuvent venir relativiser cette dichotomie. Ceci permet d'exprimer, finalement, qu'en droit pénal il y a une certaine contradiction, une irritation, un malaise, dans la quête de la décision *juste* lorsque nous cherchons à hiérarchiser des vulnérabilités et à valoriser positivement l'autonomie de personnes considérées comme vulnérables *en infligeant une souffrance* à d'autres personnes vulnérables. Si jamais les conditions du *juste* devaient changer et la fonction de l'institution pénale se réorienter résolument vers la protection effective des personnes jugées plus vulnérables par un contrôle prolongé du délinquant, comme le laisse présager l'arrêt *Friesen*<sup>640</sup>, nous assisterions alors certainement à une hausse de la répression envers ces accusés inadaptés et socialement vulnérables. Le dilemme éthique suivant surgira donc : est-il *juste* de chercher à protéger des personnes vulnérables par la répression, la stigmatisation et l'infliction de souffrances à d'autres personnes socialement vulnérables ? Peut-on hiérarchiser, aux fins de la détermination de la peine, les différentes vulnérabilités ? Est-ce que du seul fait de l'acte commis, la personne autiste perd, aux yeux de l'État, sa vulnérabilité sociale et son besoin de protection ?

Dans les prochaines rubriques de cette sous-section, nous étudierons donc maintenant si les considérations liées à la responsabilité morale des accusés atteints d'un TSA sont à même de s'imposer de manière *déterminante* pour leur éviter la prison ou un contrôle extensif. Dans l'objectif de rendre compte des différentes pratiques discursives en matière de responsabilité morale, nous illustrerons, tout d'abord, le « courant jurisprudentiel majoritaire » dans lequel on a effectivement reconnu une responsabilité atténuée à des accusés autistes. Nous présenterons ensuite, les « compléments » à ce courant jurisprudentiel majoritaire dans lesquels on a reconnu que le TSA peut constituer un facteur atténuant, mais sans faire mention expressément de leur degré de responsabilité morale. Ensuite, nous présenterons d'« autres arrêts » problématiques dans lesquels le TSA est simplement mentionné dans l'arrêt, sans qu'il soit possible de déterminer précisément son impact dans la détermination de la peine. Finalement, nous présenterons les

---

<sup>640</sup> R. c. *Friesen*, préc., note 11.

décisions les plus problématiques (les « courants jurisprudentiels minoritaires ») où la reconnaissance d'une responsabilité morale significativement atténuée du délinquant autiste a ouvertement été rejetée par le juge. Nous tenterons d'en dégager les motifs.

#### II. 4.1. Le courant jurisprudentiel majoritaire : quand le TSA réduit la responsabilité morale

Par le passé, la majorité des tribunaux ont reconnu que les déficits neurodéveloppementaux du délinquant autiste ont pu, à tout le moins, *contribuer* à la commission de son acte criminel. Une fois reconnue, cette contribution des troubles mentaux a été plus souvent inscrite à titre de facteur atténuant de la peine. Généralement, les juges reconnaîtront également, de manière *incidente*, que la responsabilité morale de l'accusé autiste s'en retrouve de ce fait réduite. Pour mieux faire jaillir les points concordants de ce courant jurisprudentiel majoritaire, nous avons choisi de présenter les décisions sous forme de portraits descriptifs. Nous nous inspirons ici de l'approche descriptive préconisée par Foucault, notamment dans *La vie des hommes infâmes*, où l'auteur a recours à la citation directe à partir de documents de première source pour témoigner au mieux de la production d'écrits de type savoir/pouvoir<sup>641</sup>. Ces discours se révèlent être le récit – un témoignage partial et stratégique – de la *rencontre* entre l'homme infâme mis sous enquête et les différents représentants du pouvoir clinique et pénal qui cherchent à dire sa « vérité » :

« Pour que quelque chose d'elles [, de « ces vies infâmes »,] parvienne jusqu'à nous, il a fallu pourtant *qu'un faisceau de lumière, un instant au moins, vienne les éclairer. Lumière qui vient d'ailleurs. Ce qui les arrache à la nuit où elles auraient pu, et peut-être toujours dû, rester, c'est la rencontre avec le pouvoir : sans ce heurt, aucun mot sans doute ne serait plus là pour rappeler leur fugitif trajet.* »<sup>642</sup>

En dressant ces portraits nous chercherons à rendre compte du centre de gravité réel autour duquel tourne, traditionnellement, la pratique de la détermination de la peine : le délinquant. L'institution

---

<sup>641</sup> Pour mieux définir la manière dont fonctionne le pouvoir disciplinaire permettant la production de discours de type savoir/pouvoir nous vous référons à cette définition, David KIMMEL et Daniel ROBINSON, « Sex, Crime, Pathology: Homosexuality and Criminal Code Reform in Canada, 1949-1969 », (2001) 16-1 *Canadian Journal of Law and Society* 147, p. 148 : « disciplinary power - the *power-knowledge* nexus - points to the indeterminacy, indeed reciprocity, of power relations, and focuses attention on the techniques, strategies, and discourses used to create "truths" about "targets" of inquiry. *The more known about an object or a "type" like the "homosexual" the more potentially controllable it becomes.* » (nos italiques); G. DELEUZE, préc., note 266, p. 46 : « Il n'y a pas de relation de pouvoir sans constitution corrélatrice d'un champ de savoir, ni de savoir qui ne suppose et ne constitue en même temps des relations de pouvoir. »; M. FOUCAULT, préc., note 265, p. 128-129 : « dans tel type de discours sur le sexe (...) quelles sont les relations de pouvoir, les plus immédiates, les plus locales, qui sont à l'œuvre? Comment rendent-elles possibles ces sortes de discours, et inversement comment ces discours leur servent-ils de support? » La capacité de contrôle d'une institution envers ses sujets est rendue possible spécifiquement par la nature savoir/pouvoir des discours qu'elle porte sur ses sujets.

<sup>642</sup> M. FOUCAULT, préc., note 341, p. 240. *Id.*, p. 237-253.

pénale braque son projecteur sur la personnalité et la vie du délinquant, sur les risques qu'il présente, ses angoisses et ses souffrances, son passé et ses projets d'avenir<sup>643</sup>. Cette approche descriptive permettra également de relever l'absence de cadre juridique et théorique qui serait autonome de l'avis des experts, et mettra en évidence la relation actuelle de dépendance des acteurs judiciaires, qui cherchent à rendre « justice », à une expertise de qualité.

\* \* \* \* \*

Après avoir plaidé coupable à des chefs d'accusation de voies de fait pour avoir craché au visage de son intervenante sociale, de bris de condition pour ne pas s'être présenté à la demande de son agent de probation pour préparer son rapport pré-sentenciel et d'agression sexuelle pour avoir pressé deux fois « très fort » les seins de sa voisine de palier âgée de 56 ans, tout en lui passant des remarques « vulgaires et obscènes »<sup>644</sup>, un jeune accusé autiste s'est vu reconnaître une responsabilité morale « atténuée » pour ses actes. Le juge reconnaît, une fois éclairé par les interventions des experts cliniques, que ses actes sont « liés »<sup>645</sup> à son syndrome d'Asperger et à sa médication désinhibitrice. En raison de son trouble neurodéveloppemental, la personne autiste peine à partager une « réalité interpersonnelle » à cause de sa difficulté à interpréter les « signaux interpersonnels » et, de manière plus importante, les « signaux non-verbaux »<sup>646</sup>. On dit également de l'accusé qu'il présente des « déficits cognitifs », malgré qu'il ait « un fonctionnement cognitif moyen, voire au-dessus de la moyenne »<sup>647</sup>. Ses déficits cognitifs atteignent sa cognition sociale, sans toucher à son intelligence globale. Ces déficits ne sont pas pour autant négligeables, l'accusé apparaît devant le tribunal comme étant « socialement inadéquat » (« socially awkward »)<sup>648</sup>, il vit avec une « difficulté à réguler ses émotions » et une telle « capacité réduite à fonctionner de

---

<sup>643</sup> H. PARENT et J. DESROSIERS, préc., note 520, p. 56-57 : « Bien qu'importante, l'analyse du degré de responsabilité du contrevenant ne s'arrête pas à la recherche de son « état d'esprit coupable », car derrière l'infraction commise, derrière sa manifestation physique et psychologique, se cache la véritable personnalité du délinquant. [R. c. *Lacasse*, (2015) 3 R. C. S. 1089, par. 130] D'un examen fondé sur la culpabilité pénale de l'individu, nous passons alors à une analyse centrée sur sa culpabilité morale ou générale. Désormais, tout un ensemble de facteurs et de considérations juridiques et extrajuridiques pénètrent dans la mécanique judiciaire. Derrière la prise en compte des circonstances particulières de l'infraction et des facteurs propres à l'accusé, c'est toute la personnalité du criminel qui se déplie, qui s'ouvre à l'analyse judiciaire. »

<sup>644</sup> R. v. *Hartman* (BC), préc., note 636, par. 12.

<sup>645</sup> *Id.*, préc. note, on y utilise également les expressions suivantes pour décrire le lien de causalité entre le crime et ses troubles mentaux : « related, to some extent » (par. 39), « related » (par. 39-40), « caused » (par. 41), « is a feature of » (par. 55), « impacted, to some extent » (par. 60).

<sup>646</sup> *Id.*, par. 27

<sup>647</sup> *Id.*, par. 28 et 36

<sup>648</sup> *Id.*, par. 28

manière autonome »<sup>649</sup> qu'il requiert une assistance quotidienne pour arriver à fonctionner socialement. Par exemple, il bénéficie de l'aide d'une intervenante sociale pour faire l'épicerie, aller à la banque, faire son lavage, sortir en communauté, se présenter à ses rendez-vous, postuler pour un logement et compléter de la documentation<sup>650</sup>. Le tribunal conclut également que le défaut de l'accusé de se présenter à son agent de probation était *lié* à sa « condition médicale »<sup>651</sup>, car les procédures judiciaires ont exacerbé son anxiété et son isolement social.

Un jeune accusé autiste de 22 ans plaide coupable à deux chefs d'accusation de leurre d'enfants. La juge reconnaît que la preuve établit que la « culpabilité morale » de l'accusé est « diminuée »<sup>652</sup>. Les rapports déposés en preuve font état d'un « cheminement social et scolaire (...) marqué par l'intimidation et le rejet entraînant des difficultés d'intégration sociale qui favorisent son isolement »<sup>653</sup>. Selon un expert, le TSA « est venu nuire significativement à la socialisation du sujet et lui a engendré nombre de vécus d'ostracisme qui ont miné son estime de soi et ont accentué son isolement »<sup>654</sup>. Pour un deuxième expert, le développement tardif d'un intérêt sexuel chez l'accusé – « [c]e n'est qu'à l'âge de 20 ans qu'il a ressenti l'intérêt d'avoir une relation » – et sa facilité à s'identifier à ses deux jeunes victimes âgées de 13 ans s'expliquent aussi par ce trouble neurodéveloppemental : « Ce délai de maturité sociale et affective est typique aux jeunes adultes avec un TSA. Il s'identifie plus aux adolescents qu'aux jeunes adultes de son âge, car son niveau de maturité affective et sociale est en décalage avec son âge chronologique. »<sup>655</sup> Au terme des observations sur la peine, la juge conclut que les rapports pré-sentenciels et d'évaluation psychosexuelle établissent « abondamment » que les « difficultés personnelles et relationnelles » qui ont mené aux discussions en ligne prohibées par le *Code* sont *liées* à ses diagnostics de Trouble d'invasion du développement et de TSA<sup>656</sup>. Cette décision relève clairement la stigmatisation et l'isolement social que vivent bien souvent les accusés autistes avant même leur accusation et leur condamnation.

---

<sup>649</sup> *Id.*, par. 35

<sup>650</sup> *Id.*, par. 30 et 39

<sup>651</sup> *Id.*, par. 55

<sup>652</sup> *R. c. Grenier*, préc., note 637, par. 54.

<sup>653</sup> *Id.*, par. 16. Comme le témoigne sa mère, *Id.*, par. 26. : « Enfant, il écrit le nom des nuages sur les murs de sa chambre et écoute les lampadaires de sa rue. Il est victime de moqueries par les autres enfants et adolescents. »

<sup>654</sup> *Id.*, par. 18.

<sup>655</sup> *Id.*, par. 22.

<sup>656</sup> *Id.*, par. 53.

Arrêté tout d'abord pour avoir proféré des menaces de mort sur Internet à l'endroit de Justin Trudeau, Philippe Couillard et des enfants qu'il estimait « privilégiés »<sup>657</sup>, un accusé âgé d'une trentaine d'années attirera quelques mois plus tard l'attention de l'institution pénale pour avoir tenté « de recruter des garçons âgés entre 5 et 17 ans sur Internet, à deux reprises, dans le but éventuel de les abuser sexuellement »<sup>658</sup>. Les policiers découvrent ensuite dans l'ordinateur de l'accusé 103 fichiers constituant de la pornographie juvénile<sup>659</sup>. En plus de son dossier concernant les menaces de mort, il est accusé d'entente par un moyen de télécommunication en vue de perpétrer une infraction d'ordre sexuel à l'égard d'un enfant et de possession de pornographie juvénile. La juge ici aussi conclut que la preuve, fortement étayée et corroborée par quatre experts, permet de déclarer que l'accusé avait une culpabilité morale « diminuée » en raison de son syndrome d'Asperger et des autres troubles qui fonctionnent en comorbidité avec celui-ci<sup>660</sup>. En effet, pour le juge, il existe « clairement une *connexion* entre les problèmes de santé de l'accusé et la commission des crimes » et, en mettant l'emphase sur cette affirmation de la sexologue, il reconnaît qu'« il est important de se rappeler que Monsieur a un diagnostic qui a un impact dans sa façon de gérer l'information, dans l'apprentissage des comportements acceptables et des normes socio-sexuelles »<sup>661</sup>. Les experts font ressortir sa stigmatisation sociale, son état pathologique précaire, son état démuni et « isolé » au moment des infractions<sup>662</sup>. Les experts font état des retards dans le développement social et sexuel de l'accusé. À ce sujet, une experte établit plusieurs éléments ayant « contribué à la manifestation et au maintien de comportements sexuels inadéquats et illégaux », dont « [s]on isolement social marqué (pas d'amis, pas d'amoureuse, pas d'occasion de rencontrer des personnes de son âge pour développer un lien d'amitié ou un lien amoureux) et son mode de vie solitaire amenant l'absence d'opportunités de rencontrer des personnes et de développer des relations égalitaires »<sup>663</sup>. Plus important encore, l'arrêt offre un historique détaillé

---

<sup>657</sup> *R. c. Duclos*, préc., note 525, par. 12

<sup>658</sup> *Id.*, par. 15.

<sup>659</sup> *Id.*, par. 12 et 14.

<sup>660</sup> *Id.*, par. 91. L'accusé avait également des « troubles anxieux généralisés avec éléments obsessionnels, du syndrome de Gilles de la Tourette, de déficience intellectuelle légère en raison de sa capacité non verbale très faible, de ses capacités lacunaires d'adaptation et de dyspraxie développementale de nature visuospatiale », « un trouble déficitaire de l'attention et la présence de signes et symptômes d'un trouble obsessionnel-compulsif, surajoutés à son Syndrome d'Asperger », *Id.*, par. 24 et 43

<sup>661</sup> *Id.*, par. 89 (notre italique).

<sup>662</sup> *Id.*, par. 38.

<sup>663</sup> *Id.*, par. 19-25.

de la stigmatisation sociale vécue par l'accusé depuis l'enfance, tout d'abord, aux mains de ses pairs, « l'intimidation répétée, le harcèlement et les rejets vécus en milieu scolaire amenant des séquelles psychologiques à court et à long terme », et ensuite, en raison d'un certain désengagement de l'État envers les personnes autistes. On mentionne en effet les nombreuses difficultés rencontrées par l'accusé pour obtenir de l'aide pour ses troubles neurodéveloppementaux auprès des services sociaux, de santé et d'éducation<sup>664</sup>. C'est uniquement un peu avant le dépôt des accusations, alors que son état mental se dégrade considérablement et qu'il développe des idées suicidaires, qu'il est finalement pris en charge par le système public de santé<sup>665</sup>. La réalité décrite dans cet arrêt fait ressortir, à notre avis, la part de responsabilité de l'État lors de la commission d'un crime par une personne atteinte de troubles mentaux.

Dans une autre affaire, un accusé de 35 ans atteint d'un TSA et partiellement aveugle plaide coupable à une accusation de possession de pornographie juvénile. 626 images de niveau 1 (« erotic posing with no sexual activity ») sont retrouvées dans son ordinateur. Ici encore, le juge reconnaît la responsabilité « réduite » de l'accusé autiste, la « preuve détaillée et extensive » permettant de conclure qu'une « constellation de facteurs sous-jacents à sa cécité et à son TSA *ont contribué* à la commission du crime »<sup>666</sup>. Le tribunal reconnaît que le TSA est « enraciné » dans les pensées et les comportements délictuels de l'accusé : son mode de vie « dépendant, isolé et restreint » dénué de liens affectifs normaux, son isolement social et physique ainsi que son immaturité émotionnelle et sexuelle sont et sa cécité ont tous *contribué* à la commission du crime<sup>667</sup>. La preuve établit clairement que le TSA a « significativement impacté » le développement et le niveau de fonctionnement de l'accusé, et ce malgré une intelligence et des connaissances normales<sup>668</sup>. Le tribunal reconnaît également en quoi un accusé atteint d'un TSA peut être désavantagé par rapport aux autres sujets de droit criminel en raison de l'effet englobant de la loi criminelle et de sa

---

<sup>664</sup> *Id.*, par. 43. On fait état ici de l'« l'obtention tardive d'un diagnostic clinique pour son Syndrome d'Asperger », « l'absence de services scolaires adaptés et surtout l'absence de services de réadaptation durant la petite enfance, l'enfance, l'adolescence et l'âge adulte », « L'absence d'un suivi psychiatrique spécialisé (clientèle TSA et troubles concomitants) depuis le début de l'âge adulte, 19 ans, à aujourd'hui », « L'absence d'un travail ou d'activités occupationnelles adaptées à sa condition neurodéveloppementale », « Le manque de connaissances socio-sexuelles et l'absence d'une éducation sociosexuelle ».

<sup>665</sup> *Id.*, par. 27-34.

<sup>666</sup> *R. v. Nepon*, préc., note 628, par. 71 (notre italique).

<sup>667</sup> *Id.*, par. 64.

<sup>668</sup> *Id.*, par. 72-73.

présomption que tous sont en mesure de conformer leur agir à ses prescriptions par la seule force de la raison :

« While another person may have stopped using child pornography if they learned that it was harmful to the children in the photographs, Mr. Nepon's ASD interferes with his ability to empathize and understand the emotional and psychological harm to others. (...) This is not something that Mr. Nepon inherently knew, he had to be taught, which is a symptom of his ASD. »<sup>669</sup>

L'avertissement et l'effet dissuasif que l'on dit découler de la loi criminelle ne sont pas reçus de la même manière par tous. Les faits de l'affaire corroborent les affirmations de la doctrine clinique à l'effet que la personne autiste est incapable de comprendre la gravité exacte de ses actes en raison de son sens social appauvri et que ses actes criminels ne font généralement pas l'objet d'une grande délibération: ici, l'accusé n'a ni crypté ces images, ni même tenté de les déguiser<sup>670</sup>. Alors qu'un autre accusé aurait été en mesure d'être dissuadé par la connaissance que la possession de pornographie juvénile est dommageable pour les enfants, le TSA vient « interférer avec sa capacité de faire preuve d'empathie et de comprendre les dommages émotionnels et psychologiques » qui découlent de ses actes<sup>671</sup>. L'expert dans cette affaire réfère alors aux déficits dans la *Theory of mind* des personnes autistes :

« Theory of mind is an essential capacity for human social interaction as it allows a person to understand how another might perceive an interaction, it allows the individual to put oneself "in another[']s shoes." Mr. Nepon demonstrates an inability to appreciate other's perspectives as a result of his ASD, and as such presents as having an impaired ability to demonstrate empathy. »<sup>672</sup>

Un peu plus loin, le tribunal renchérit avec une formulation qui se rapproche étrangement du seuil de la NRCTM : « His ASD prevented him from *appreciating* that what he was doing was harmful to children. Only through intense and targeted non-contact sex offender therapy has he come to *appreciate* the wrongfulness of his conduct. »<sup>673</sup> Cet arrêt relève parfaitement la différence existant entre le délinquant autiste et les autres délinquants sexuels ainsi que l'injustice et l'inégalité qui sont créées par leur inclusion dans le système pénal suite à notre conception quantitative de la responsabilité criminelle.

---

<sup>669</sup> *Id.*, par. 66.

<sup>670</sup> *Id.*, par. 68.

<sup>671</sup> *Id.*, par. 66.

<sup>672</sup> *Id.*, par. 67.

<sup>673</sup> *Id.*, par. 76.

À l'âge de 23 ans, un accusé autiste plaide coupable à deux chefs de contacts sexuels sur des mineures. Au moment des faits, il était âgé de 19 ou 20 ans, sa première victime était âgée de 14 ans et l'autre de 15 ans. Devant la preuve apportée par les experts cliniques, le juge reconnaît que la culpabilité morale du contrevenant est « significativement atténuée en raison de ses déficits cognitifs et sociaux ». La présence chez l'accusé TSA d'une « cognition sociale affectée », d'un « jugement social appauvri », de « compétences sociales limitées » et de déficits sociaux dans la communication, l'interaction et la maturité sociale pourraient avoir *contribué* en partie à ses comportements délictuels<sup>674</sup>. Là encore, l'historique personnel de l'accusé recense les problématiques vues précédemment : manque de support de la part des services sociaux, notamment à l'école, difficulté à entretenir des amitiés avec des enfants du même âge, intimidation psychologique et physique et isolement social<sup>675</sup>. Selon le tribunal, même si « chronologiquement » il doit être considéré comme étant un adulte, en ce qui a trait à son développement social et à sa maturité sexuelle, l'âge de l'accusé se rapproche plutôt en réalité de celui des victimes<sup>676</sup>. Lors de l'analyse des facteurs aggravants, la couronne argumentera pourtant que le TSA ne peut expliquer le comportement de l'accusé puisque les deux victimes avaient exprimé leur absence de consentement *expressément*. Malgré ce fait, l'analyse contextuelle, permise grâce à l'éclairage apporté par les experts cliniques, relève toutes les conséquences insidieuses que peut avoir ce trouble neurodéveloppemental dans le rapport à la réalité sociale de celui qui en est atteint lors d'un rapport interpersonnel. Même si la personne autiste a plus de difficulté à déchiffrer l'implicite que l'explicite, le tribunal retient que la preuve démontre bel et bien que l'accusé vit avec des déficits dans la communication et l'interaction sociale qui sont « sévères et persistants » et qui peuvent évidemment avoir un impact général sur la compréhension et l'appréciation de la notion de consentement. Ces déficits ont donc certainement eu un impact non négligeable dans la « réciprocité socio-émotionnelle » et peuvent expliquer cet aspect « coercitif » du comportement de l'accusé. Le tribunal reconnaît donc que la sévérité des déficits décrits par l'expert est telle que le TSA « may also impact Mr. Vaux's understanding and appreciation with respect to sexual consent »<sup>677</sup> et ce, même quand le non-consentement est communiqué *expressément*.

---

<sup>674</sup> *R. v. Vaux*, préc., note 626, par. 68.

<sup>675</sup> *Id.*, par. 6 et 12.

<sup>676</sup> *Id.*, par. 68.

<sup>677</sup> *Id.*, par. 76.

Un jeune père de famille, âgé de 30 ans, plaide coupable d'agression sexuelle causant des lésions corporelles sur sa nièce de 77 jours pour avoir inséré un thermomètre à 4 pouces dans son vagin durant 30 secondes. Avant l'incident, l'accusé se masturbait aux toilettes quand, soudainement, sa nièce s'est mise à pleurer. Lors du retrait de sa couche, il finit par éjaculer dans la couche à la vue des parties génitales de l'enfant. L'incident est « spontaneous and relatively brief » et n'a pas fait l'objet d'une préméditation<sup>678</sup>. L'accusé est atteint du syndrome d'Asperger que l'on décrit dans l'arrêt comme étant « characterized by difficulties socializing, recognizing cues and controlling impulsivity. »<sup>679</sup>. Le Dr Gojer établira que l'« âge émotionnel » de l'accusé est « significativement moindre » que son âge chronologique et, qu'en raison du syndrome, son fonctionnement psychosocial est « significantly compromised »<sup>680</sup>. Les problématiques liées à ses troubles de santé mentale sont abordées par le juge dans la section sur les facteurs atténuants de la peine, il reconnaît que ces problématiques, sans être « a direct cause », « may have contributed to their commission » et, qu'en ce sens, ils sont « relevant to his level of moral blameworthiness. » L'expertise retenue par le tribunal démontre que les comportements de l'accusé « *may be linked to difficulties in sexual expression and it is associated with a lack of appropriate impulse control.* »<sup>681</sup>

Ces *portraits* s'inscrivent tous dans ce que nous avons appelé le « courant jurisprudentiel majoritaire ». Celui-ci comprend d'ailleurs plusieurs autres arrêts dont nous n'avons pas fait le *portrait* des accusés et dans lesquels on reconnaît explicitement que les déficits du TSA peuvent être pris en compte pour diminuer la responsabilité morale<sup>682</sup>. Nous avons choisi le portrait de ces accusés en particulier puisque les jugements les concernant sont plus étoffés en ce qui a trait au lien conceptuel entre le TSA et la responsabilité morale. Nous avons tenté de faire ressortir certains points concordants qui expliquent *pourquoi* et *comment* les juges arrivent à reconnaître une responsabilité morale amoindrie chez les personnes autistes.

---

<sup>678</sup> *R. v. JM*, préc., note 629, par. 30.

<sup>679</sup> *Id.*, par. 13.

<sup>680</sup> *Id.*, par. 15 et 17.

<sup>681</sup> *Id.*, par. 32.

<sup>682</sup> En plus des arrêts développés précédemment dans notre série de portraits, on pourrait inclure également les arrêts suivants dans le « courant jurisprudentiel majoritaire » puisqu'on y reconnaît expressément la responsabilité morale atténuée de l'accusé autiste : *R. v. Kunzig*, 2011 MBPC 81; *R. v. Cantwell*, 2016 BCSC 837, par. 48; *R. v. Krywonizka*, 2021 MBPC 49, par. 31 et 34; *R. v. NMN*, préc., note 628, par. 67; *R. v. ERDR*, 2016 BCSC 684 et *R. v. ERDR* (1758), préc., note 637 ; *R. v. Razon*, préc., note 637; *R. v. Cornish*, 2016 ONCA 578; *R. v. Zhu*, 2021 ABPC 252; *R. v. Chaignon*, 2021 BCPC 312; *R. c. Osadchuk*, préc., note 637.

Ce courant majoritaire confirme qu'un lien conceptuel particulier relie *en droit* ce trouble neurodéveloppemental et le degré de responsabilité morale de l'accusé qui en est atteint. Lorsque les troubles neurodéveloppementaux ont, au moins, *pu contribuer* au crime, les juges conviennent que l'accusé porte une responsabilité moindre dans ses actes. Comme nous l'avons vu, les juges *s'efforcent*, une fois informés par les témoignages d'experts, de replacer les différents comportements de l'accusé autiste dans le *contexte* de son trouble mental et de ses problématiques incidentes. En dressant un *historique biographique détaillé*, les juges évaluent la conduite globale de l'accusé autiste à la lumière de l'impact de ce trouble neurodéveloppemental sur son développement sexuel, social et moral.

Le cadre analytique adopté par ces juges pour aborder les liens subtils et complexes qui relie le TSA et l'agir criminel est plutôt *extensif, généreux, large, contextuel* dans la mesure où il permet de les prendre en considération et qu'il décrit bien l'influence générale, parfois indirecte, que peuvent avoir les troubles neurodéveloppementaux sur le comportement social et les choix du délinquant autiste. Deux juges dans les arrêts mentionnés précédemment ont même ouvertement rejeté la proposition du procureur de la couronne d'adopter un cadre d'analyse strict, centré sur la causalité factuelle, pour adopter un cadre qui, tout en demeurant fondé sur les faits relevés dans les expertises, est plus extensif et mieux à même de prendre en considération la « constellation de facteurs »<sup>683</sup> liés au TSA et à leur comorbidité ayant pu contribuer à la commission du crime<sup>684</sup>. Dans un autre jugement issu du courant majoritaire, le juge est également particulièrement critique de l'approche consistant à exiger une certaine *nature* et une certaine *intensité* du trouble mental avant de le prendre en considération. Celui-ci rappelle par le fait même que sous le fonctionnement intellectuel et cognitif normal de l'accusé autiste Asperger peuvent se trouver des déficits de nature sociale et émotionnelle qu'il convient de prendre en compte dans l'évaluation de la responsabilité morale<sup>685</sup>. Le cadre d'analyse plutôt large, contextuel et extensif adopté par la plupart de ces arrêts nous semble conforme à l'idée que la déclaration de responsabilité morale atténuée doit avant tout jouer le rôle d'une *déclaration de principe*.

---

<sup>683</sup> *R. v. Nepon*, préc., note 628, par. 71

<sup>684</sup> *Id.*, par. 70-71, 74-76; *R. c. Duclos*, note de bas de page 66 où la juge se réfère à l'arrêt *R. v. Adamo*, préc., note 160, par. 37.

<sup>685</sup> *R. v. Hartman* (BC), préc., note 636, par. 36 et 39.

Or, même si, dans ce courant majoritaire, les juges ont souvent pu bénéficier d'une preuve d'expertise solide et extensive, pouvant même parfois suggérer que le TSA avait « causé » le crime, il n'en demeure pas moins que cette déclaration de principe, à notre avis, ne devrait pas dépendre d'une preuve établissant scientifiquement que le TSA l'a factuellement *causé*. Considérant ceci, nous déplorons, dans ces décisions, le peu de développement et d'explications sur la nature *juridique* du lien conceptuel qui unit les troubles mentaux à la responsabilité morale et sur les motifs *juridiques* justifiant cette reconnaissance de responsabilité morale atténuée. Lorsque ces explications sont données, elles semblent subordonnées à la preuve des experts. Un exposé clair des motifs juridiques, qui seraient indépendants des explications psychiatriques, permettrait pourtant de renforcer l'effet limitatif de la notion de responsabilité morale lors de la détermination de la peine des personnes atteintes de troubles mentaux et de retrouver une cohérence au sein de la jurisprudence. Même si l'expert clinique est en mesure de démontrer comment le schème de pensée propre à l'accusé TSA peut avoir « contribué » ou même « causé » la commission du crime, le juge de première instance devrait tout de même expliquer ce qui fait qu'*en droit* sa responsabilité « morale » – alors que sa responsabilité criminelle demeure engagée – devrait être considérée comme étant significativement amoindrie.

Certains des arrêts du courant majoritaire laissent toutefois entrevoir quelques explications sur la nature de ce lien conceptuel. Dans l'arrêt *R. v. Krywonizka*, le juge explique la raison de la réduction de responsabilité morale, mais le fait en rapportant les propos de l'expert – supportant notre observation à l'effet que les explications judiciaires sont trop souvent subordonnées à la preuve des experts. Pour le juge et pour l'expert dans cette affaire, c'est le fait que le diagnostic d'autisme offre un meilleur *cadre contextuel* (« frame ») susceptible d'expliquer les actes de l'accusé, d'une manière plus *rationnelle* que la simple hypothèse de la malice, qui permet de réduire sa responsabilité morale :

« [l'expert clinique] opined that the current charges “related to his extensive collection of firearms and firearm accessories (which) is *best understood* within the *context* of his diagnosis of ASD, as well as his developmental experiences *in contrast to this behavior being motivated by anti-social functioning and criminal intent*” »<sup>686</sup>.

Nous retrouvons, dans un autre arrêt du courant majoritaire, un autre motif permettant d'expliquer pourquoi la responsabilité morale du contrevenant autiste devrait être reconnue *en droit* comme

---

<sup>686</sup> *R. v. Krywonizka*, préc., note 682, par. 31 et 34 (nos italiques).

étant atténuée. Dans *R. v. E.R.D.R.*, la justification de cette réduction repose sur la base de l'inégalité factuelle découlant de la déclaration de responsabilité criminelle et de sa conception extrêmement englobante. Le juge appuie en effet son explication d'une comparaison entre le condamné autiste et le délinquant ordinaire : « I accept that it lessens his moral blameworthiness *as compared to someone* committing the same offence who did not suffer from the mental health disorder that he has »<sup>687</sup>. Nous retrouvons également cet argument comparatif, visant la correction de l'inégalité factuelle créée par le verdict de culpabilité, dans l'arrêt récent *R. v. Razon* :

« I agree with the Crown that it would be wrong to simply infer from the fact that Mr. *Razon* suffers from ASD that he is incapable of fully appreciating the wrongfulness of his conduct [la responsabilité criminelle]. However, that is not what I am being asked to infer. Rather, the argument is that the diagnoses of pedophilia and ASD together *explain* why Mr. *Razon* offended in these manners. *His conduct is not excused for this reason, as he still appreciated that his actions were wrong* [la responsabilité criminelle]; *but on a scale, he bears less responsibility than someone who commits the same offences without suffering from the same diagnoses*. On the whole of the evidence before me, therefore, I find that Mr. *Razon's* level of moral responsibility for his conduct is *significantly reduced* owing to his particular psychological deficits. »<sup>688</sup>

En plus de déplorer le peu d'explications de nature juridique sur les raisons justifiant la reconnaissance de responsabilité morale atténuée, nous nous désolons de constater dans ces arrêts que la place conférée au principe de proportionnalité et à l'analyse de sa composante « responsabilité morale » varie grandement d'un arrêt à l'autre. La décision la plus frappante à cet égard est *R. v. Chaignon*, une décision toute récente dans laquelle le juge adopte une approche inusitée : le TSA est reconnu comme réduisant la responsabilité morale, mais pas comme un facteur atténuant de la peine<sup>689</sup>. Il explique également que seuls des facteurs atténuants d'un « poids important » (« significant heft ») peuvent atténuer la peine au point de justifier une peine en dehors de la prison<sup>690</sup>. Comme le TSA ne peut être qualifié de facteur atténuant d'un poids important, le juge refuse de prononcer une peine non carcérale<sup>691</sup>. Dans ce cadre d'analyse, la responsabilité morale, un des deux éléments du principe « fondamental » de la peine, occupe une place moins déterminante dans la mesure de la peine que l'identification des facteurs atténuants et aggravants (donc que le principe d'individualisation). Pire encore, le fait que l'analyse soit centrée principalement sur des facteurs atténuants et aggravants permet au juge de rehausser la peine en raison des risques associés au trouble mental du contrevenant. En effet, au milieu de son analyse

---

<sup>687</sup> *R. v. ERDR* (1758), préc., note 637, par. 17 (nos italiques).

<sup>688</sup> *R. v. Razon*, préc., note 637, par. 26 (nos italiques).

<sup>689</sup> *R. v. Chaignon*, préc., note 682, par. 47.

<sup>690</sup> *Id.*, par. 41.

<sup>691</sup> *Id.*, par. 56.

sur l'impact du trouble mental dans la détermination de la peine, le juge fait référence au niveau de risque élevé que représente cet accusé Asperger, qui est également atteint d'un trouble de la personnalité limite. Ceci explique pourquoi le juge conclut que ses troubles de santé mentale ne peuvent constituer un facteur atténuant significatif, important et suffisant pour prononcer une peine en dehors de la prison. L'analyse du lien conceptuel entre la maladie mentale et la responsabilité morale étant reléguée au second plan, cette dernière ne peut s'imposer comme facteur déterminant de la peine face aux indicateurs de risque révélés par l'exercice d'individualisation.

Toujours concernant la variation de la place occupée par le principe de proportionnalité et l'impact relatif et non déterminant de la déclaration de responsabilité morale atténuée pour arrêter la peine, nous avons remarqué que même lorsque les juges reconnaissent que l'accusé autiste a une responsabilité morale atténuée, ils imposent quand même une peine visant principalement la *punition* de l'accusé autiste. Ceci semble suggérer que, même si l'acte peut être replacé dans le contexte explicatif du trouble mental, les juges ressentent quand même le besoin de *rajouter* une souffrance institutionnelle additionnelle. Dans plusieurs jugements que nous avons répertoriés plus haut, le tribunal prononce quand même une peine avant tout afflictive, comme l'emprisonnement en milieu carcéral ou dans la collectivité, ou des conditions de nature punitive au sein d'une probation, telle l'imposition de travaux communautaires<sup>692</sup>.

Nous ne pouvons dire, dans ces cas, que la responsabilité morale atténuée a un effet *significativement* limitatif puisqu'elle n'arrive même pas à empêcher le prononcé d'une peine d'emprisonnement qui se révèle être extrêmement souffrante pour cette population particulière en raison de leurs troubles neurodéveloppementaux<sup>693</sup>. De plus, en prononçant une peine carcérale,

---

<sup>692</sup> **Peine d'emprisonnement carcérale** : *R. v. NMN*, préc., note 628 (peine intermittente); *R. v. ERDR* (1784), préc. note; *R. v. JM*, préc., note 629 ; *R. v. Cornish*, préc., note 682; *R. v. Thompson*, préc., note 628 (nous le plaçons ici, même si la réduction de la responsabilité morale n'est pas expressément mentionnée à la suite d'une analyse contextuelle; on peut toutefois le déduire des motifs du juge); *R. v. BT*, préc., note 628 (nous le plaçons ici, même si la responsabilité morale n'est que légèrement diminuée et que les juges utilisent un cadre d'analyse graduel); *R. v. Razon*, préc., note 637; *R v Zhu*, préc., note 682; *R. v. Chaignon*, préc., note 682; *R. v. Osadchuk*, préc., note 637. **Peine d'emprisonnement dans la collectivité** : *R. v. Krywonizka*, préc., note 682, par. 31 et 34; *R. v. Nepon*, préc., note 628; *R. v. Vaux*, préc., note 626. Rappelons que l'ordonnance d'emprisonnement dans la collectivité a une nature principalement « punitive », c'est ce qui la distingue de la probation, *R. c. Proulx*, préc., note 547, par. 22. **Clause punitive de travaux communautaires** : *R. c. Rousseau*, préc., note 636 (240h en 18 mois); *R. c. Grenier*, préc., note 637 (200h); *R. c. Duclos*, préc., note 525 (100h en 18 mois); *R. v. Cantwell*, préc., note 682 (25h).

<sup>693</sup> Les juges, même ceux qui prononcent une peine d'incarcération, partagent pourtant ces inquiétudes comme nous le verrons dans la sous-partie II.6.

même si parfois elle est moins longue dans le cas des accusés autistes, le tribunal n'arrive pas à distinguer *autrement* la peine réservée aux personnes autistes de celles réservées pour le même crime aux délinquants avec une grande culpabilité morale. Un système de peine rationnel, *juste* et efficace doit pourtant être en mesure de distinguer le type de peine infligé (faculté fondamentale du *distinguishing* propre au système de common law), non seulement en fonction du type de crime commis, mais également en fonction du « type de délinquant »<sup>694</sup>. Mais, plus important encore, l'incarcération, qu'elle soit dans un établissement provincial ou fédéral, est loin de représenter une réponse « modérée » de la part de l'État. Face à l'urgence et à la réalité du danger que représente l'incarcération pour les personnes autistes, la doctrine clinique a commencé dans la dernière décennie à mieux documenter cette réalité<sup>695</sup> :

« Communication difficulties of individuals with ASD may make them susceptible to conflict with and victimisation by other inmates. They may overlook or misinterpret social rules and cues, misconstrue others' intentions as threatening and seek to defend themselves unnecessarily, and/or offend others inadvertently. A review of four studies of prisoners with ASD found they had an increased risk of being exploited, bullied, anxious and socially isolated due to their obsessions, social naivety and impaired empathy (though prison may be less burdensome in some respects for inmates with ASD who benefit from its predictable routines). Prison staff may not help inmates with ASD, and even isolate them for their own or others' protection, if they lack knowledge about ASD and/or do not notice their difficulties in coping with social interactions and prison conditions (perhaps because the prisoners' problems manifest in subtle ways or they use compensatory strategies). If they are segregated, prisoners with ASD may be unable to complete rehabilitation programs (though they may, in any event, not be adapted for their needs). (...) Incarceration could have an adverse impact on the mental health and impairments of offenders with ASD if the unfamiliar social situation augments their communication problems and/or provokes their aggression, inmates bully them, and/or prison staff have difficulty managing their behaviour. »<sup>696</sup>

---

<sup>694</sup> Art. 718.2(b) *C.cr.* La version anglaise de l'article est plus révélatrice sur ce point : « (b) a sentence should be similar to sentences imposed on *similar offenders* for similar offences committed in *similar circumstances* » (nos italiques).

<sup>695</sup> Clare S. ALLELY, « Autism Spectrum Disorders in the Criminal Justice System: Police Interviewing, the Courtroom and the Prison Environment », dans *Recent Advances in Autism*, SM Group Open Access eBooks, 2015; Clare S. ALLELY, « Experiences of prison inmates with Autism Spectrum Disorders and the knowledge and understanding of the spectrum amongst prison staff: A review », (2015) 6-2 *Journal of Intellectual Disabilities and Offending Behavior* 55; David MURPHY et Clare S. ALLELY, « Autism Spectrum Disorders in High Secure Psychiatric Care: A Review of Literature, Future Research and Clinical Directions », (2019) 6-1 *Advances in Autism*; Caitlin ROBERTSON et Jane MCGILLIVRAY, « Autism Behind Bars: A Review of the Research Literature and Discussion of Key Issues », (2015) 26(6) *Journal of Forensic Psychiatry and Psychology* 719 ; Peter HESS, « autism behind bars », (2020) Blogue sur *Spectrum*, en ligne : <https://www.spectrumnews.org/features/deep-dive/autism-behind-bars/> ; M. MAHONEY, préc., note 35, p. 50-51 ; Luke P. VINTER , Gayle DILLON et Belinda WINDER, « 'People don't like you when you're different': exploring the prison experiences of autistic individuals », (2020) *Psychology, Crime & Law*; T. ATTWOOD, I. HÉNAULT ET et N. DUBIN, préc., note 384, p. 169; C. S. ALLELY, *Autism Spectrum Disorder in the Criminal Justice System: A Guide to Understanding Suspects, Defendants and Offenders with Autism*, préc., note 31, p. 252-267 citant A. Morris, *Offenders with Asperger's syndrome: Experiences from within prison*, Thèse doctorale, Pacific University, 2009, disponible sur <http://commons.pacificu.edu/spp/525> et D. ALLEN et al., « Offending behaviour in adults with Asperger syndrome », (2008) 38-4 *Journal of Autism and Developmental Disorders* 748.

<sup>696</sup> G. WOLF, préc., note 30, p. 1724 et 1726.

La peine d’incarcération met concrètement en danger, physiquement et psychologiquement, la personne autiste, et ce, *spécifiquement* en raison de son trouble neurodéveloppemental :

« Judges should also consider the potential impact of a prison or jail sentence on a defendant with ASD. Prison or jail settings can cause anxiety, acting out, and reactive aggression in response to stressors, while social naïveté may increase defendants’ likelihood to be victimized, exploited, or manipulated by other prisoners. Misinterpretation of unwritten social cues and rules may cause conflict between defendants with ASD and other prisoners, and potentially result in physical injuries. Further, communication deficits associated with ASD may hinder interactions with prison staff, security staff, and other inmates. »<sup>697</sup>

Les autistes incarcérés, en raison de leurs déficits sociocommunicationnels, sont plus susceptibles que la population carcérale générale d’être victimes d’intimidation, d’isolement social, de manipulation, de victimisation sexuelle, d’exploitation par les autres détenus et d’entrer en conflit avec eux<sup>698</sup>. Des études démontrent que les personnes autistes passent plus de temps isolées lorsqu’elles sont incarcérées, notamment en raison de leur peur d’interagir socialement<sup>699</sup>. Les nombreux changements apportés à la routine dans la prison ainsi que les nombreux incidents pouvant y survenir (souvent comportant des éléments de violence) se révèlent être une source « significative » d’anxiété chez les autistes incarcérés<sup>700</sup>. En raison de leur hypersensibilité sensorielle, les personnes autistes sont plus particulièrement affectées par l’environnement carcéral – sa luminosité, son bruit ambiant, ses odeurs – que la population carcérale générale. Il s’agit d’une « grande » source de détresse, de souffrance et d’accablement pour elles<sup>701</sup>. Contrairement à la population carcérale générale, les personnes autistes n’auraient pas la faculté de s’habituer sensoriellement à ces éléments, ce qui perpétue leur souffrance tout au long de leur peine<sup>702</sup>. Leur interaction avec les membres du personnel de la prison est également plus difficile ce qui mener à

---

<sup>697</sup> C.M. BERRYESSA, préc., note 63, p. 861-862.

<sup>698</sup> C. S. ALLELY, *Autism Spectrum Disorder in the Criminal Justice System: A Guide to Understanding Suspects, Defendants and Offenders with Autism*, préc., note 31, p. 255 se référant au recensement des études sur le sujet réalisé par C. NEWMAN, A. CASHIN et I. GRAHAM, « Identification of service development needs for incarcerated adults with autism spectrum disorders in an Australian prison system », (2019) 15-1 *International Journal of Prisoner Health* 24

<sup>699</sup> C. S. ALLELY, *Autism Spectrum Disorder in the Criminal Justice System: A Guide to Understanding Suspects, Defendants and Offenders with Autism*, préc., note 31, p. 256.

<sup>700</sup> *Id.*, p. 256-257 citant C. NEWMAN, *A hermeneutic phenomenological examination of the lived experience of incarceration for those with autism*, Maitrise en Soins infirmiers avancés, University of Technology Sydney, Sydney, 2013, disponible en ligne : <http://hdl.handle.net/10453/21787>

<sup>701</sup> C. S. ALLELY, *Autism Spectrum Disorder in the Criminal Justice System: A Guide to Understanding Suspects, Defendants and Offenders with Autism*, préc., note 31, p. 256-257 : « Rain on a window can sound like gunfire to some individuals, for instance. Loud noises such as an ambulance siren can be perceived as painful. For many individuals with ASD with a sensory sensitivity to sound, the prison environment can be overwhelming (within the contained environment, sounds of banging doors and multiple people talking and shouting are amplified). »

<sup>702</sup> *Id.*, p. 257.

un traitement défavorable et plus sévère de leur part<sup>703</sup>. Dans une étude, des chercheurs ont remarqué que les autistes incarcérés ou possédant des traits autistiques étaient « significativement plus susceptibles » que les prisonniers neurotypiques de développer des pensées suicidaires ou d'automutilation<sup>704</sup>.

L'effet de justice qui découle de ce traitement exagérément souffrant est difficilement appréciable. Même si le cadre explicatif offert par les troubles mentaux permet d'expliquer et de *rationnaliser* l'horreur de l'acte criminel, ce qui devrait pouvoir écarter l'hypothèse bête et simpliste que l'acte a été guidé par la malice pure; le juge, au final, fera tout de même appel à l'instrument de dernier ressort, la réponse institutionnelle la plus « illogique » et « irrationnelle » qu'il possède pour purger le mal et l'« horreur » issus du crime : l'infliction de souffrances<sup>705</sup>. Punir l'accusé autiste, malgré l'explication logique offerte par ses troubles mentaux, c'est soutenir présomptueusement qu'il pourrait exister quelque part, au tréfonds de cette personne, *un fond de malice* que les mesures punitives doivent, après la déclaration de responsabilité, encore purger. L'État n'est alors plus en train de faire preuve de *retenue* et de *modération* dans son intervention auprès de l'accusé, tel que lui commande le principe de proportionnalité.

Dans ces cas où les tribunaux prononcent une peine principalement afflictive malgré la reconnaissance d'une responsabilité morale atténuée, la punition adressée aux personnes atteintes de troubles mentaux semble alors se justifier principalement par des motifs qui échappent à la situation de l'accusé et à sa responsabilité morale, comme pour satisfaire les attentes du public quant à l'issue du prononcé de la peine. Si la peine prend généralement le « pari » de responsabiliser le contrevenant, lui rappelant la nécessité de se « prendre en main » et d'autogérer ses propres risques, faire ce pari à l'endroit des personnes atteintes d'un trouble mental nous semble trop ambitieux. La punition nie le besoin d'accompagnement, les capacités limitées et la vulnérabilité sociale du délinquant atteint de troubles mentaux. À plus forte raison, le message envoyé par

---

<sup>703</sup> *Id.*, p. 258.

<sup>704</sup> *Id.*, p. 254 citant E. CHAPLIN et al., *Self-harm and mental health characteristics of prisoners with elevated rates of autistic traits*, (2021) 114 *Research in Developmental Disabilities*

<sup>705</sup> Nous nous appuyons sur l'idée que la fonction symbolique, ou « magique », propre à l'institution pénale exprimée à travers la peine « juste », modérée et mesurée *existe en dehors du domaine de la logique pure ou de la raison* comme le soutient brillamment M. DELMAS-MARTY, préc., note 182, notamment p. 78 : « cette incertitude même [qui provient, selon elle, de la notion même du *juste*] [peut] bien corriger, tout compte fait, ce qu'il y a de trop logique ailleurs ».

l'institution pénale renforce plutôt la perception de l'accusé qui en ressort encore une fois comme la victime d'un système social qui l'a toujours désavantagé et stigmatisé, comme le témoignent les *portraits* que nous avons dressés<sup>706</sup>.

Punir l'autiste qui ne peut se réformer par le simple pouvoir de son intellect, revient à le sacrifier sur l'autel de la vindicte populaire, de la dénonciation du comportement et de l'horreur et du dégoût suscités par celui-ci. Le meilleur exemple de ce phénomène se trouve à notre avis dans l'arrêt récent *R. v. Razon* où le juge n'a pu éviter, en raison de l'arrêt *Friesen* et des indicateurs législatifs de gravité du crime commis, d'infliger à l'autiste condamné une peine de prison malgré sa responsabilité morale « significativement réduite » et l'impact fortement préjudiciable de l'incarcération :

*« Despite Mr. Razon's sympathetic circumstances and the rehabilitative efforts he has undertaken, I must not lose sight of the fact that denunciation and deterrence are the predominant objectives of the sentence I must impose. It is necessary in this case to impose a harsh sentence that adequately denounces Mr. Razon's serious unlawful conduct, and that sends the appropriate deterrent message to him and others. I accept Dr. Gojer's opinion that Mr. Razon would be a vulnerable inmate, and that a sentence of imprisonment would be detrimental to his rehabilitation. I also find that Mr. Razon would not pose an undue risk to the community if permitted to serve his sentence in the community. Although this case does call for the application of both punitive and rehabilitative sentencing principles, it is the punitive objectives that are dominant due to the serious harm wrought by child sexual abuse. Therefore, in my view, this is one of the rare cases where a conditional sentence of imprisonment would simply be inadequate. A conditional sentence would not properly convey society's abhorrence of the sexual offences against children committed by Mr. Razon, nor would it properly reflect the harm done to the many victims of the child pornography offence. Despite his significantly reduced level of responsibility for committing these offences, I nevertheless find that a period of incarceration is required. However, Mr. Razon's diminished level of responsibility, his personal circumstances and the application of the principle of restraint persuade me that a global sentence of 18 months imprisonment is fit. »<sup>707</sup>*

#### **II. 4.2. Les compléments : le TSA comme un des facteurs atténuants de la peine**

Le courant jurisprudentiel majoritaire que nous venons de voir est complété par plusieurs autres décisions où, sans mentionner expressément que la responsabilité morale de l'accusé autiste est amoindrie, les motifs du juge font état d'une analyse contextuelle, plutôt détaillée, dans le but de replacer l'agir criminel de l'accusé autiste dans le cadre de son schème particulier de pensée et où on reconnaît le TSA comme un des facteurs atténuants de la peine<sup>708</sup>. Les juges dans ces décisions,

---

<sup>706</sup> M. DELMAS-MARTY, préc., note 182, p. 251 : « le sentiment de culpabilité risque d'être exclu parce que la condamnation pénale vient frapper toujours les mêmes, les faibles et les « dévians » »

<sup>707</sup> *R. v. Razon*, préc., note 637, par. 35 (nos italiques)

<sup>708</sup> **Les compléments** : *R. v. Leong*, 2011 ABPC 151, par. 8 et 18; *R. c. Rousseau*, préc., note 636, par. 19; *R. v. Berg*, préc., note 638, par. 4; *R. v. Berman*, préc., note 637, par. 12-13; *R. v. Finestone*, préc., note 637, par. 57-58. Voir

même s'ils n'en font pas mention, sont peut-être plus enclins à reconnaître que l'accusé autiste porte une responsabilité morale amoindrie. Une différence notable avec le courant jurisprudentiel majoritaire réside en effet dans l'omission de spécifier l'impact du TSA sur le degré de responsabilité morale de l'accusé. Le TSA semble principalement traité à travers le principe d'individualisation de la peine, plutôt qu'à travers le principe de proportionnalité. Il importe de présenter quelques spécimens de cette approche complémentaire avant de réfléchir sur les impacts potentiels de ce traitement particulier.

Dans *R. c. Rousseau*, le tribunal reconnaît que, globalement, « [l]e schème de pensée de l'accusé, qui émane du syndrome d'Asperger, reste indubitablement lié au scénario de l'agression ce soir-là »<sup>709</sup>. Les voies de fait causant des lésions corporelles et la tentative d'agression sexuelle commises par l'accusé pourraient s'expliquer ici par « une dépression, une désorganisation psychologique et comportementale, des pulsions sexuelles mal gérées et une surconsommation de pornographie sadomasochiste » qui l'ont amené à agir « par mimétisme » des comportements sociaux, comme c'est souvent le cas chez les personnes autistes<sup>710</sup>. Sans faire mention de l'état de sa responsabilité morale, le juge reconnaît les éléments suivants comme étant un seul et même facteur atténuant : « le jeune âge de l'accusé et le syndrome d'Asperger »<sup>711</sup>.

Dans *R. v. Berg*, considérant que le cadre d'analyse permettant de prendre en compte les troubles mentaux dans la détermination de la peine n'en est pas un qui exige la preuve scientifique d'une incidence causale sur la commission du crime, le tribunal conclut que le TSA est un facteur atténuant de la peine même s'il n'a pas été en mesure de bénéficier de l'éclairage de la part d'un expert clinique sur la condition du TSA. L'accusé n'a pas pu être pris en charge et être évalué par un expert clinique en raison de l'absence de ressources offertes par le système de santé de la province<sup>712</sup>. Cette situation révèle le manque criant de ressources en santé mentale auquel font face les accusés atteints de troubles mentaux. Le tribunal, malgré l'absence de preuve d'expert, conclut

---

également, *R. v. Kagan* préc., note et *R. v. Somogyi*, préc., note 631, malgré leur analyse contextuelle légèrement déficiente, donnant des résultats contradictoires.

<sup>709</sup> *R. c. Rousseau*, préc., note 636, par. 19.

<sup>710</sup> *Id.*, par. 13.

<sup>711</sup> *Id.*, par. 102.

<sup>712</sup> *R. v. Berg*, préc., note 638, par. 4 : « The court was advised that there was no one within the existing health or mental health system that could see Mr. Berg and provide such a report. Further, the Government of Saskatchewan has absolutely no funding to obtain such a report from a private health practitioner for an adult person. »

tout de même sur la base de la preuve présentée dans le rapport pré-sentenciel « that Mr. Berg had some poor parenting skills and a poor ability to cope with the stressful situation brought about by his daughter crying. This was directly *connected* to his *suffering* from Asperger's Syndrome and ADHD. »<sup>713</sup> Encore une fois, ici, on ne cherche pas à établir un lien causal direct et unique entre le crime et la maladie, mais c'est plutôt la *connexion* plus large entre les souffrances personnelles (« *suffering* »), les difficultés sociales et interpersonnelles liées au TSA et le contexte ayant mené au crime qui justifient de restreindre le degré de sévérité de la peine à titre de facteur atténuant. La reconnaissance d'une responsabilité morale amoindrie est toutefois, ici aussi, laissée en suspens<sup>714</sup>.

Dans *R. v. Finestone*, le lien causal recherché en est un qui offre un « contexte » à la conduite de l'accusé ou qui permet d'expliquer en quoi il était « prédisposé » à commettre les actes reprochés. Selon le juge, ce lien causal ne nécessite pas une preuve que le trouble mental est la « seule » ni même la « principale » cause de la commission du crime<sup>715</sup>. Cette analyse contextuelle permet au juge de reconnaître le TSA à titre de facteur atténuant de la peine, sans toutefois faire mention du degré de responsabilité morale de l'accusé. Malgré l'approche contextuelle et relativement généreuse du tribunal, l'accusé sera tout de même condamné à purger une peine de prison fédérale, laissant voir que le facteur lié à sa maladie mentale n'a pas eu l'effet limitatif qu'il aurait dû avoir.

Si on peut se réjouir de l'effort de ces juges pour replacer les crimes des accusés dans le contexte de leur TSA, nous nous désolons de leur tendance à reconnaître le TSA uniquement à travers le principe d'individualisation de la peine et sans étayer son rapport conceptuel privilégié avec la responsabilité morale et le principe fondamental de proportionnalité. Cette pratique contribue à reléguer l'analyse de l'impact des troubles mentaux sur le comportement criminel et la responsabilité morale au second plan, en ne les considérant que comme un facteur atténuant parmi d'autres. Plus important encore, ce facteur atténuant se retrouve noyé face à la multitude de facteurs

---

<sup>713</sup> *Ibid* (nos italiques).

<sup>714</sup> *Id.*, par. 12-13. Dans cet arrêt, on se réfère à un cadre d'analyse où l'on reconnaît trois grandes catégories d'infacteur. La 3<sup>e</sup> catégorie concernerait les accusés ayant une « diminished responsibility through mental disorder ». Malgré ce qui précède, le juge considérera que le cas de l'accusé correspond à la 2<sup>e</sup> catégorie – « where a parent or other custodian of a child is immature and is unskilled in matters of child care, and, acting out of emotional upset, frustration or impatience, does not fully appreciate the serious injuries which might result » – mais sans pour autant rejeter la classification de l'accusé dans la 3<sup>e</sup> catégorie, laissant sans réponse la question à savoir si le tribunal reconnaîtrait une responsabilité morale amoindrie chez l'accusé en raison de ses troubles mentaux.

<sup>715</sup> *R. c. Finestone*, préc., note 637, par. 52, 57 et 58.

aggravants listés par le juge alors que les considérations liées à l'impact des troubles mentaux, comme le garantit le principe de proportionnalité, devraient être « fondamentales » dans la détermination de la peine<sup>716</sup>. Ces omissions entraînent deux effets problématiques concrets.

En premier lieu, le fait d'intégrer le trouble mental uniquement en tant que facteur atténuant au même titre que d'autres facteurs atténuants, et dont le poids peut également être relativisé par une longue liste des facteurs aggravants, minimise le lien conceptuel privilégié qui unit les troubles mentaux avec la responsabilité morale et le degré de sévérité de la peine. Par exemple, dans *R. v. Finestone*, le juge reconnaît, à la suite d'une analyse contextuelle, que le TSA est un facteur atténuant de la peine sans toutefois mentionner que celui-ci devrait réduire la responsabilité morale du contrevenant. Ce dernier sera alors condamné à une peine d'emprisonnement dans un pénitencier fédéral, à une ordonnance d'interdiction obligatoire liée aux armes durant 10 ans<sup>717</sup> et à une inscription au registre des délinquants sexuels et aux obligations en découlant durant 20 ans. Cette peine est particulièrement sévère par rapport à celles généralement imposées à cette époque aux délinquants autistes – avant l'arrêt *Friesen*.

En deuxième lieu, la prise en considération des troubles mentaux uniquement à travers le prisme du principe de l'individualisation présente le désavantage de permettre l'inscription des troubles mentaux et leurs différentes manifestations, à la fois à titre de facteur atténuant et à titre de facteur aggravant. En effet, le principe d'individualisation permet d'inscrire à titre de facteur atténuant ou aggravant des facteurs liés à la « situation du délinquant »<sup>718</sup>. Cette approche permise par une certaine interprétation décontextualisée et dysharmonique du principe d'individualisation peut complètement annuler l'effet *restrictif déterminant* sur le degré de la sévérité de la peine que permet, en théorie, la responsabilité morale au sein du principe de proportionnalité. Dans *R. v. Kagan*, le juge ne fait pas mention de la responsabilité morale diminuée de l'accusé autiste, et choisit plutôt de traiter le TSA de ce dernier à travers le prisme du principe d'individualisation. Le syndrome d'Asperger de l'accusé est donc à la fois traité comme un facteur atténuant de la peine et comme un facteur aggravant de cette dernière. À titre de facteur atténuant, le juge admet que la « condition, however, does affect the way the offender interprets the words and actions of those he

---

<sup>716</sup> *R. c. Ipeelee*, préc., note 546.

<sup>717</sup> Art. 109 *C.cr.*

<sup>718</sup> Art. 718.2 (a) *C.cr.*

might encounter »<sup>719</sup>. Cela ne l'a toutefois pas empêché un peu plus tôt de reconnaître une autre facette du syndrome d'Asperger comme étant un facteur aggravant : « Mr. Kagan although regretting what he did seems to have difficulty in expressing remorse. This, based on Dr. Glancy's diagnosis of his condition, is likely due to his inability to properly express his emotions »<sup>720</sup>. Une réflexion sur l'importance de limiter la peine au degré de responsabilité morale du délinquant autiste, sur le lien conceptuel privilégié entre les troubles de santé mentale et la responsabilité morale aurait permis de relativiser l'importance à accorder à ce facteur de risque inscrit à titre de facteur aggravant de la peine.

Dans *R. v. Somogyi*, le diagnostic de syndrome d'Asperger et le faible risque de récidive qui y est associé sont traités comme étant *un seul et même* facteur atténuant au sein du principe d'individualisation. En traitant les deux facteurs sous la même rubrique, le juge raisonne comme si la maladie n'avait de poids et d'intérêt pour la détermination de la peine qu'en raison du faible niveau de risque associé. Nous pouvons par contre identifier dans cette décision un autre facteur atténuant, intitulé « background and context », qui semble également se rapporter à la symptomatologie particulière de l'accusé autiste, mais *sans être nommé comme tel* : « This was a fantasy world for Mr. Somogyi, where he could communicate with children that were perhaps closer to his own emotional age (...) In this communication, Mr. Somogyi could be the knowledgeable outgoing leader, not the shy awkward adult ».<sup>721</sup> En l'absence d'une véritable analyse contextuelle et d'une analyse plus large de l'impact de la maladie sur sa responsabilité morale, le juge semble perdre de vue les facteurs se rapportant au trouble de santé mentale du délinquant. En conséquence, le manque d'« insight » de l'accusé concernant les dommages causés aux enfants est considéré comme un facteur aggravant de la peine, car il augmente son niveau de risque de récidive, alors que celui-ci peut être lié à son TSA<sup>722</sup>. Encore une fois, le risque semble occulter une réflexion sur l'impact de la maladie mentale sur la responsabilité morale.

---

<sup>719</sup> *R. v. Kagan*, préc., note 627, par. 22.

<sup>720</sup> *Id.*, par. 21.

<sup>721</sup> *R. v. Somogyi*, préc., note 631, par. 36 : « « This was a fantasy world for Mr. *Somogyi*, where he could communicate with children that were perhaps closer to his own emotional age (...) In this communication, Mr. *Somogyi* could be the knowledgeable outgoing leader, not the shy awkward adult ».

<sup>722</sup> *Id.*, par. 40.

Comme dans les arrêts où on reconnaît une responsabilité morale atténuée des personnes autistes, l'inscription du TSA à titre de simple facteur atténuant n'a pas l'impact significativement déterminant qui permet de leur éviter systématiquement l'imposition d'une peine principalement afflictive, comme l'emprisonnement<sup>723</sup>. Pourtant, si les juges s'étaient attardés au lien conceptuel privilégié existant entre les troubles de santé mentale et le principe de responsabilité morale, et surtout aux motifs juridiques le supportant, ceci leur aurait permis d'élargir leur analyse contextuelle ce qui aurait, au moins, pu éviter l'inscription de certains comportements, pouvant être liés au TSA, à titre de facteur aggravant de la peine. Nous pensons qu'en recentrant le jugement autour de cette déclaration de principe, autant les décisions du courant majoritaire que celles des compléments auraient conféré un effet limitatif plus significatif au trouble mental.

Nous avons identifié d'autres décisions qui méritent d'être distinguées de celles que nous avons qualifiées de « compléments » que nous venons tout juste d'analyser. Ces décisions partagent tout de même avec les « compléments » la particularité de traiter le TSA comme un facteur atténuant sans faire mention de la responsabilité morale. Dans celles-ci, contrairement aux « compléments », on reconnaît le TSA comme un facteur atténuant, mais sans que les motifs du juge fassent état d'une quelconque analyse contextuelle, large et détaillée permettant d'expliquer le lien entre le TSA et le crime. Ainsi, les juges ne fournissent pas d'explication sur ce qui permettrait de lui accorder un effet limitatif dans l'exercice de la détermination de la peine. Le TSA est traité d'une manière plutôt expéditive, triviale, voire contradictoire<sup>724</sup>. Le lecteur comprendra que dans ces arrêts, le TSA est loin d'être la thématique *déterminante* du jugement. Par exemple dans *R. v. Hartman* de la Cour de justice de l'Ontario, le syndrome d'Asperger est considéré uniquement à travers le prisme du principe d'individualisation; celui-ci est mentionné dans la rubrique des

---

<sup>723</sup> **Emprisonnement dans la collectivité** : *R. v. Berg*, préc., note 638 ; *R. v. Kagan*, préc., note 627 et *R. v. Somogyi*, préc., note 631; *R. v. Engel*, 2013 SKPC 215; **Incarcération discontinuë** : *R. v. Berman*, préc., note 637. **Incarcération** : *R. v. Finestone*, préc., note 637, par. 57-58; *R. v. Fraser* (2014), préc., note; *R. v. Hartman*, préc., note 627. **Clause ouvertement punitive de travaux communautaires dans la probation** : *R. c. Rousseau*, préc., note 636, par. 118-119.

<sup>724</sup> **Arrêts reconnaissant le TSA comme facteur atténuant, mais sans analyse contextuelle significative** : Nous avons refusé de considérer les arrêts suivants comme étant « complémentaires » au courant jurisprudentiel majoritaire dans la sous-partie II.4.2. pour diverses raisons, notamment en raison de l'absence de mention de la responsabilité morale, de l'absence d'une analyse contextuelle significative ou tout simplement de l'absence de repère nous permettant d'évaluer le poids accordé au TSA : *R. v. Engel*, préc., note 723 (simple facteur atténuant sans mention de la responsabilité morale et sans analyse contextuelle significative); *R. v. Fraser*, préc., note 281 (simple facteur atténuant sans mention de la responsabilité morale et sans analyse contextuelle significative); *R. v. Hartman* (ON), préc., note 627 (simple facteur atténuant, sans analyse et mention d'une responsabilité morale accrue à cause de l'approche prescriptive du juge; cet arrêt fait donc aussi partie du courant minoritaire).

« facteurs atténuants ». Or, le juge affirme simplement l'avoir « considéré »<sup>725</sup>, sans même témoigner d'une analyse conceptuelle explicative quelconque entre ce syndrome, les comportements sexuels criminels et l'effet limitatif concret qu'il lui a attribué dans la détermination de la peine. L'absence d'une analyse contextuelle plus approfondie a pour conséquence de reléguer le trouble mental à un simple facteur « considéré » par le juge parmi plusieurs autres facteurs. Dans cet arrêt, le « support de sa famille » sera même mentionné comme étant le facteur atténuant « le plus significatif » aux yeux du juge<sup>726</sup> ce qui vient clairement relativiser l'importance accordée au trouble mental. De plus, comme nous le verrons dans notre analyse des courants jurisprudentiels minoritaires, dans cet arrêt, la responsabilité morale de l'accusé est même considérée comme étant *élevée* en raison de l'approche prescriptive du juge qui a déterminé la responsabilité morale en fonction de la gravité du crime et de la vulnérabilité de la victime. Ceci témoigne aussi de la conception restreinte que se fait le juge de la responsabilité morale et de la fonction du principe de proportionnalité au sein de la détermination de la peine.

#### **II. 4.3. Les autres arrêts : le TSA comme un détail du portrait global de l'accusé : ni comme facteur atténuant de la peine, ni comme facteur réduisant la responsabilité morale**

Nous avons également identifié quelques arrêts où le TSA est simplement mentionné dans les motifs, parfois dans une section générale nommée « Background », sans être classé clairement et distinctement comme facteur atténuant et, évidemment, sans analyse contextuelle sur le lien qui le relie à la responsabilité morale. Les décisions sont aussi muettes sur l'effet limitatif concret spécifiquement attribuable au TSA dans la décision finale du juge<sup>727</sup>. Ce traitement superficiel et expéditif du TSA peut avoir eu un impact sur le degré de sévérité de la peine et expliquer pourquoi ces décisions ont toutes finalement favorisé une peine d'emprisonnement. Par exemple, dans *R. v.*

---

<sup>725</sup> *Id.*, par. 38.

<sup>726</sup> *Id.*, par. 46.

<sup>727</sup> **Autres arrêts** : *R. v. Brunton*, préc., note 637 (TSA simplement mentionné dans section « background » et difficile de déterminer le poids exact attribué au TSA); *R. v. JB*, préc., note 628, par 55 (TSA simplement mentionnée dans section « background » et difficile de déterminer le poids exact attribué au TSA, mais *Id.*, par. 13 reconnaît que « background » peut réduire la responsabilité morale et *Id.*, par. 82 mentionne le fait que ses enfants autistes sont exigeants en raison de leurs besoins particuliers d'une manière qui laisse croire qu'il s'agit d'un facteur atténuant, puis, mentionne ensuite, d'une manière subsidiaire pour appuyer ce premier « facteurs », les « high needs » de l'accusé ce qui laisse croire que le TSA est une forme de facteur atténuant ou, du moins, vient appuyer un autre facteur atténuant principal sans en constituer un à part entière); *R. v. Ayotte*, 2014 YKTC 21 (le TSA est simplement mentionné dans la section « moral responsibility » sans autre précision sur son effet atténuant ou aggravant et sans qu'il fasse l'objet d'une analyse conceptuelle significative); *R. v. Ingram-Piruzevski*, 2019 ONSC 4470 (simplement mentionné dans l'arrêt sans qu'on lui ait attribué un poids quelconque).

*Brunton*, le juge ne fait pas mention de la responsabilité morale diminuée de l'accusé autiste. Le *possible* syndrome d'Asperger détecté par l'expert<sup>728</sup> est plutôt considéré avec plusieurs autres éléments pour brosser le portrait global de l'accusé (« background »). Ce portrait global permet tout de même au juge de réduire de 6 mois la peine de prison; mais sans qu'on puisse identifier le rôle précis du syndrome d'Asperger dans cette réduction. En outre, les motifs du juge ne font pas état du lien qui pourrait exister entre l'agir criminel et les déterminismes propres aux troubles mentaux. Évidemment, il n'est pas fait mention des raisons pour lesquelles il faudrait reconnaître *en droit* une responsabilité morale atténuée dans les actes posés. Si le juge reste vague quant à l'effet atténuant particulier du TSA sur le degré de sévérité de la peine, il reconnaît toutefois expressément le facteur suivant comme facteur aggravant de la peine : « Although intellectually Mr. Brunton knows that viewing child pornography is wrong, from an emotional point of view he has very little insight as to the harm that it is doing to the children who are portrayed in these pictures and these videos. »<sup>729</sup> Si le juge avait mené une analyse contextuelle, il n'aurait pas reconnu cet élément propre à la symptomatologie particulière du syndrome d'Asperger comme étant un facteur aggravant puisqu'il aurait pu facilement le replacer dans le contexte propre au trouble mental. Cette analyse aurait également permis de relativiser l'importance à accorder à ce facteur aggravant, axé sur le risque et la réhabilitation, en réitérant que la peine doit avant tout être mesurée à la hauteur de la responsabilité morale du délinquant.

En conclusion, après avoir dépeint les différentes manières de traiter le TSA lors de la détermination de la peine, nous pouvons observer comment le fait de perdre de vue le principe fondamental de proportionnalité peut conduire à un traitement différentiel appréciable. La disparité de traitement à travers la jurisprudence en ce qui a trait à la responsabilité morale des accusés autistes nous amène à conclure que le caractère *déterminant* et « fondamental » de la proportionnalité et de l'évaluation de la responsabilité morale de l'accusé atteint de troubles mentaux est souvent mis à mal lors de la détermination de la peine. Même lorsqu'une analyse plus poussée est effectuée, nous ne pouvons pas dire que la contribution du TSA dans l'agir de l'accusé est évaluée par les tribunaux de manière cohérente, systématique, large, contextuelle et généreuse de manière à donner un effet véritablement limitatif aux déterminismes particuliers du TSA. Dans

---

<sup>728</sup> R. v. *Brunton*, préc., note 637, par. 17.

<sup>729</sup> *Id.*, par. 16.

la prochaine sous-partie nous présenterons quelques jugements où on a refusé expressément de reconnaître que le TSA pouvait réduire significativement la responsabilité morale d'un accusé autiste. Nous avons remarqué que les arguments axés sur la *nature* et la *sévérité* du trouble mental et sur la *gravité* du crime ont été avancés pour refuser de reconnaître le TSA comme réduisant significativement la responsabilité morale de l'accusé.

## **II. 4.4. Les courants jurisprudentiels minoritaires : quand le TSA ne réduit pas significativement la responsabilité morale**

### **II. 4.4.1. La nature du trouble mental et de son degré d'intensité ainsi que la nécessité d'un lien de cause à effet, direct et principal**

Dans *R. c. Martel*, le juge détermine que l'accusé atteint du syndrome d'Asperger a une responsabilité morale « entière » et refuse même de reconnaître l'« état de santé mentale » de ce dernier comme facteur atténuant de la peine puisqu'« aucune preuve n'[a] été faite que son trouble de déficit de l'attention avec hyperactivité, son syndrome de Gilles de la Tourette et son trouble du spectre de l'autisme *diminuaient ses capacités mentales.* » Selon le juge, « cette question a été posée à l'expert mandaté par [l'accusé] et la réponse ne va nullement en ce sens. »<sup>730</sup> Pourtant, un premier rapport pré-sentenciel, qui comprend un volet sexologique, reconnaît que l'accusé « présente depuis longtemps des difficultés importantes ayant influé sur son développement personnel et fonctionnel » et que « l'agir criminel de M. Martel est dû à ses lacunes sur le plan de l'intimité, soit des difficultés à entretenir une relation stable, le rejet social et la solitude, le manque d'intérêt à l'égard d'autrui et le recours à la sexualité comme mécanisme d'adaptation » ainsi qu'à « sa faible maturité affective et relationnelle de même que son jugement défaillant. »<sup>731</sup> Ce rapport pré-sentenciel est complété par un autre rapport, celui d'un neuropsychologue, dans lequel on reconnaît que le TSA est le trouble, parmi ses autres comorbidités, qui a le plus « interféré » avec le développement du contrevenant, que « les gens atteints du trouble du spectre de l'autisme possèdent un très faible développement de l'empathie et c'est ce qui explique pourquoi M. Martel n'a pas reconnu immédiatement que ses gestes étaient mal » et que « l'application [des concepts du bien et du mal] était plus difficile quand vient le temps de les appliquer à une autre personne » en raison du TSA<sup>732</sup>. De ces témoignages, le juge ne semble avoir retenu, pour déterminer la

---

<sup>730</sup> *R. c. Martel*, préc., note 637, par. 144 (nos italiques).

<sup>731</sup> *Id.*, par. 60, 65-66.

<sup>732</sup> *Id.*, par. 77-78.

responsabilité morale de l'accusé, que les affirmations du neuropsychologue entourant le fait que « ce trouble n'est pas associé à une déficience intellectuelle chez M. Martel puisque son *intelligence globale* est normale »<sup>733</sup> et que « M. Martel est tout à fait en mesure de *comprendre* les notions du bien et du mal de manière générale »<sup>734</sup>. En affirmant que le TSA ne réduit pas la responsabilité morale, car il n'a pas « diminu[é] ses capacités mentales », le juge crée une distinction entre les troubles de nature cognitive qui sont d'une grande intensité, atteignent le rapport à la réalité physique, l'« intelligence globale » et les « capacités mentales », et les troubles neurodéveloppementaux qui impactent de manière plus subtile le rapport de l'accusé à la réalité sociale, interpersonnelle et émotionnelle. En ne prenant pas en compte les troubles mentaux qui interfèrent avec le développement social ou le sens de l'empathie du délinquant, le juge ne fait que reprendre le cadre d'analyse propre à l'imputation de la responsabilité criminelle pour analyser la responsabilité morale. Comme en témoigne sa conclusion, son angle d'analyse semble en réalité n'être qu'un calque des considérations de l'art. 16 *C.cr.* Le juge amalgame d'ailleurs la responsabilité pénale et la responsabilité morale : « En l'espèce, la responsabilité *pénale* de Daniel Martel est entière. Il *sait* ce qu'il fait. Il *sait* à qui il s'adresse. Il obtient les faveurs sexuelles qu'il demande et il va même jusqu'à faire des menaces s'il ne reçoit pas de photos. »<sup>735</sup>

L'arrêt *R. v. B.T.*, un cas postérieur à l'arrêt *Friesen*, a ceci de particulier qu'il avalise l'argumentaire du lien causal et direct<sup>736</sup> et celui de la nature du trouble mental<sup>737</sup> en les intégrant

---

<sup>733</sup> *Id.*, par. 76 (nos italiques).

<sup>734</sup> *Id.*, par. 78.

<sup>735</sup> *Id.*, par. 146 (nos italiques).

<sup>736</sup> Dans ses motifs, le juge distinguera le cas devant lui de celui de l'arrêt *R. v. Scofield* dans lequel on avait reconnu que l'accusé avait une responsabilité morale significativement atténuée : « Mr. Scofield's mental deficits were far more pronounced and significant than B.T.'s and there was evidentiary support for a finding that they were causally linked to his offending (...) I am unable to conclude there is any causal relationship between his offending against A. and his mental disabilities. », *R. v. BT*, préc., note 628, par. 125 (nos italiques). En raison de l'absence d'un lien causal direct entre le crime et le trouble neurodéveloppemental, le juge refusera de lui donner pleinement effet : « While he does suffer from ASD and ADHD which, as Dr. Ferguson opined, *likely impacts* his thinking, impulsivity, and judgment and *causes* him to struggle with empathy and understanding the impact sexual violence has on victims, I am unable to conclude there is *any causal relationship between his offending against A. and his mental disabilities.* », *Id.*, par. 126 (nos italiques). Le juge répétera à quelques reprises par la suite que « *although there is no causal relationship between his offences and his disabilities, I am satisfied that his disabilities are a mitigating factor that slightly reduce his moral blameworthiness* », *Id.*, par. 128; *Id.*, voir aussi par. 130 et 133.

<sup>737</sup> En effet, le juge refuse d'appliquer par analogie les arrêts *R. v. Cole*, 2021 BCSC 293 et *R. v. Swaby* 2018 BCCA 416 dans lesquels on avait reconnu une responsabilité morale significativement amoindrie, précisément en raison de la différence de « mental disabilities at play ». Dans ces deux arrêts, les accusés avaient des troubles sévères et apparents qui s'attaquaient à la cognition et l'intelligence globale : dans l'arrêt *R. v. Cole*, préc., note 737 l'accusé autiste de 33 ans souffrait également de lésions au lobe frontal et de paralysie cérébrale; il avait alors un « fonctionnement mental » équivalent à celui d'un enfant de 10 à 14 ans et dans l'arrêt *R. v. Swaby*, préc., note 737

à l'intérieur d'une approche graduelle de la responsabilité morale. Au lieu de reconnaître sans ambiguïté que la responsabilité morale de l'accusé autiste est atténuée, le juge créera plutôt une catégorie « mitoyenne » de responsabilité morale : compte tenu que le TSA n'a pas causé le crime, mais seulement *contribué* à sa commission, et que celui-ci n'est pas aussi sévère et intense que les troubles qui s'attaquent au fonctionnement cognitif, il ne peut réduire que *légèrement* (« slightly reduce ») sa responsabilité morale<sup>738</sup>. Évidemment, le fait de reconnaître une responsabilité *légèrement* diminuée ne sera pas à même d'empêcher le juge de prononcer une peine d'incarcération fédérale de cinq ans; l'une des peines les plus sévères de notre échantillon.

L'arrêt *R. v. J.E.D.* de la Cour d'appel du Manitoba apporte une autre démonstration intéressante de ce courant qui vise à réduire l'importance à accorder à l'impact des troubles mentaux au moment de la détermination de la peine en raison à la fois de l'absence de *lien de cause à effet*, de la *nature* du trouble mental et de son degré d'*intensité*. La majorité de la Cour d'appel dans cette affaire a infirmé une décision de première instance où le juge avait reconnu que le TSA avait *conduit* (« impelled ») l'accusé à la commission du crime<sup>739</sup>, en concluant que l'analyse de la preuve empêche de conclure que le TSA a bel et bien *causé* le crime. Les juges d'appel adoptent un cadre

---

l'accusé était atteint de retards intellectuels « sévères et importants ». En somme, en distinguant ces arrêts de la situation de B.T., le juge crée une distinction entre les troubles mentaux avec et sans déficience intellectuelle. Fait étrange, dans l'arrêt *R. v. Nepon*, préc., note 628, par. 107, le juge qui devait déterminer la responsabilité morale d'un accusé autiste Asperger et aveugle n'avait pas vu, lui, de problème au fait d'appliquer par analogie l'arrêt *Swaby* ce qui lui a permis de reconnaître que le TSA réduisait « significativement » sa responsabilité morale. Ailleurs, toujours dans l'arrêt *B.T.*, le juge refusera également d'appliquer l'arrêt *Scofield* par analogie, puisque ce dernier était atteint d'un retard mental; le fait que *Scofield* était atteint d'un retard mental fera dire au juge que ses troubles mentaux sont « far more pronounced and significant » que ceux de B.T. et qu'il n'y a donc pas lieu de réduire la responsabilité morale de l'accusé autiste de la même manière, *R. v. BT*, préc., note 628, par. 125. Pourtant, au cours du procès de B.T., le juge avait été mis au fait de l'arrêt *R. v. ERDR* (684), préc., note 682, par. 8, dans lequel la cour reconnaissait que le TSA de niveau 1 (le syndrome d'Asperger) – qui y était même décrit comme étant « the least impaired of the three possible levels » – pouvait quand même réduire, sans ambiguïté, la responsabilité morale de l'accusé et pouvait même être considéré comme un « strong mitigating factor », *R. v. ERDR* (1758), préc., note 637, par. 14 et 17. Dans l'arrêt *E.R.D.R.*, l'expert avait exposé avec justesse que, même si le TSA de niveau 1 était moins envahissant, car il ne s'attaquait pas à l'intelligence globale de l'accusé, ce trouble devait tout de même être considéré comme un « major mental illness » en raison de ses impacts sur le fonctionnement social. En effet, l'intervenant expliquera que le TSA de niveau 1 a un impact non négligeable sur la capacité à ressentir de l'empathie, sur la capacité à développer son autonomie et ses habiletés sociales, ce qui peut avoir contribué à la commission d'un crime de contacts sexuels, *R. v. ERDR* (684), préc., note 682, par. 8-9; *R. v. ERDR* (1758), préc., note 637, par. 14 et 17. Au lieu de réduire la responsabilité morale de l'accusé Asperger sans ambiguïté comme le juge dans *E.R.D.R.*, le juge dans *R. v. B.T.* a plutôt choisi de ne réduire que « légèrement » sa responsabilité morale.

<sup>738</sup> L'expression « slightly » est répétée à plusieurs occasions, *R. v. BT*, préc., note 628, par. 128, 130 et 133. En mettant l'emphasis à plusieurs reprises sur le fait que sa responsabilité n'est que *légèrement* diminuée, le juge transmet au lecteur l'idée contraire à celle qui est généralement exprimée par une déclaration de responsabilité diminuée; ici, cette déclaration a pour effet de renforcer l'idée que l'accusé était « tout de même » responsable de ses actes.

<sup>739</sup> *R. v. JED*, 2017 MBPC 33.

d'analyse – inspiré de celui dans *R. v. J.M.O.*<sup>740</sup> – qui prend en considération la « nature » et l'« intensité » du trouble mental ainsi que le « degré » d'implication de ce dernier dans la commission du crime<sup>741</sup>. À la lecture de leurs motifs, nous entrevoyons que les juges recherchent essentiellement un lien causal, direct et fort entre le crime et un trouble mental sévère affectant la cognition. Avant de venir à la conclusion que l'accusé est pleinement responsable moralement de ses actes et que le TSA n'entretient pas de lien (« unrelated ») avec le crime, les juges majoritaires mettent l'emphase sur les indices propres à l'analyse de l'art. 16 *C.cr.* qui permettent d'évaluer la responsabilité criminelle et qui se rapportent essentiellement aux facultés cognitives de l'accusé : « he *knew* having sex with a child was “*wrong*” », « *knew* what he was doing was *wrong* », « he *perceived* his niece SL as enjoying his fondling and touching his erect penis outside his clothing », « he *perceived* his niece AP as resisting the fondling at times, but he continued nevertheless »<sup>742</sup>. Les juges majoritaires voient même dans le fait que l'accusé « also thought he would not be “hurting anyone” if he did it »<sup>743</sup> un indice de sa pleine responsabilité morale, alors que les experts ont clairement témoigné à l'effet que « the accused's ASD certainly made it harder for him to appreciate the full impact of his actions and to appreciate and understand social interactions. »<sup>744</sup> La juge dissidente, contrairement aux juges de la majorité, rappellera à juste titre que lors du procès, « Dr. Jakul described impairment in social communication and challenges with planning and organizational skills »<sup>745</sup>. Ceci l'amène à reconnaître que : « This, together with his other difficulties, including his developmental delay and family background, led to social isolation and responsibilities with respect to childcare that were beyond his ability. »<sup>746</sup>

Quant à la nature du trouble mental recherché, l'analyse de la majorité débute par une association trompeuse entre l'expression « haut niveau de fonctionnement de l'accusé », que l'on attribue

---

<sup>740</sup> *R. v. JMO*, préc., note 575.

<sup>741</sup> *R. v. JED*, préc., note 631 par. 132. La dissidence également, *Id.*, par. 70-76. Néanmoins, la dissidence reconnaît que lorsque le trouble mental n'a fait que contribuer, la responsabilité morale doit être atténuée de manière graduelle et toute proportion gardée, *Id.*, par. 73. Elle adopte alors une analyse graduelle qui se rapproche de celle adoptée dans *R. v. BT*, préc., note 628. Dans *R. v. Krywonizka*, préc., note 682, par. 26, 31 et 34, le même cadre d'analyse est adopté, mais le juge reconnaît le TSA comme le facteur atténuant le plus important et réduira sa responsabilité morale, car ce diagnostic lui offrait un cadre contextuel (« frame ») qui explique et permet de mieux comprendre certains comportements qui sont liés à ses infractions, comme sa manie obsessionnelle pour les armes. Il semble alors suffisant que le TSA ait « joué un rôle » dans la commission des infractions.

<sup>742</sup> *R. v. JED*, préc., note 631, par. 134. La dissidence reprend aussi cet argument, *Id.*, par. 43, 58, 60 et 81.

<sup>743</sup> *Id.*, par. 134.

<sup>744</sup> *Id.*, par. 40.

<sup>745</sup> *Ibid.*

<sup>746</sup> *Ibid.*

généralement aux accusés autistes Asperger, et le fait que ces personnes ne présentent généralement pas de déficits mentaux d'autre nature. Ceci laisse présager que les juges sont à la recherche d'un trouble mental qui s'attaquerait aux facultés *cognitives* et *intellectuelles* de l'accusé : « The expert evidence here is that the accused suffers no intellectual or language impairment because of his ASD. In terms of his social interaction and repetitive behaviours, his ASD is at the “lowest level of impairment.” »<sup>747</sup> Ici encore, la présence chez l'accusé Asperger de facultés intellectuelles moyennes, voire supérieures, empêche les juges de voir que derrière son niveau de « haut fonctionnement » se trouve un développement socio-sexuel et émotionnel profondément affecté par le TSA et qui ne peut être complètement compensé par la seule force de l'intellect.

Par ailleurs, le cadre d'analyse adopté par les juges intègre une certaine exigence quant au degré d'implication causale devant être prouvée entre le trouble mental et le crime. La majorité veut savoir « to what *extent* that condition contributed to his cognitive distortions [ayant donné lieu aux contacts sexuels] » avant de reconnaître celui-ci comme un facteur atténuant de la peine et d'amoindrir sa responsabilité morale<sup>748</sup>. Ces motifs traduisent une méthode d'analyse qui requiert que le trouble mental soit la « principal cause »<sup>749</sup> de l'infraction avant de lui donner un plein effet dans la détermination de la peine. En effet, il ne semble pas avoir été pas suffisant que les experts aient démontré que le TSA a pu « jouer un rôle » dans la commission du crime, qu'il a rendu l'accusé « plus vulnérable » à le commettre et que celui-ci est « connecté » à la commission du crime. Ils jugeront paradoxalement que le TSA est « unrelated » au crime<sup>750</sup>. Pire, puisque les experts n'ont pu établir que les « distortions cognitives inappropriées » de l'accusé étaient

---

<sup>747</sup> *Id.*, par. 133.

<sup>748</sup> *Id.*, par. 40-43 pour les motifs de la dissidence. Pour ceux de la dissidence, voir *Id.*, par. 134 et 137. La majorité prend en considération, *Id.*, par. 137, le critère de degré d'implication causal (« extent ») dans *R. v. Ellis*, préc., note 599, par. 116. La dissidence, *Id.*, par. 71-72, prend en compte le critère de « magnitude » de *R. v. Ramsay*, préc., note 590, et le critère de « degré » de *R. v. JMO*, préc., note 575, par. 73. La majorité dans *R. v. JED*, préc., note 631 ne reconnaîtra pas le TSA comme réduisant la responsabilité morale, car le lien causal n'est pas assez fort (approche du lien causal) et la juge dissidente reconnaît que le TSA réduit la responsabilité morale, mais dans une moindre mesure que si elle avait causé l'offense (approche graduelle).

<sup>749</sup> *Id.*, par. 137.

<sup>750</sup> *Id.*, par. 134. Pourtant, les experts avaient bel et bien témoigné que le TSA était « connecté » à la commission du crime. L'existence d'« other reasons » n'aurait pas dû retenir les juges de reconnaître le TSA comme ayant été un facteur *contributif* à la commission des actes. Pour la dissidence, il n'était pas nécessaire que le TSA soit la « cause principale » de l'offense pour reconnaître que le TSA avait exercé une influence et qu'il réduisait la responsabilité morale, voir *Id.*, par. 77, 79 et 81 (dissidence).

*principalement* liées au TSA, même si elles ont pu y contribuer, les juges concluront que celles-ci doivent alors se rapporter à celles que l'on retrouve généralement chez les « prédateurs sexuels »<sup>751</sup>.

Pour la dissidence, la responsabilité morale du contrevenant est « significativement » réduite en raison de son TSA. Elle affirme cependant qu'elle est moins diminuée que si le trouble mental avait « causé » l'infraction. Cette méthode d'analyse *graduelle*, où la responsabilité morale est réduite en proportion de la force du lien, se rapproche de la position adoptée dans *R. v. B.T.* vu précédemment. Cette méthode d'analyse ne discrédite pas complètement l'approche liée au lien causal, mais l'intègre dans une analyse graduée, granulaire et hyperindividualisée. Au final, elle a pour conséquence de donner une importance moindre aux cas où le trouble est tellement diffus, complexe et intriqué avec d'autres facteurs qu'aucun lien de cause à effet, unique et direct, ne peut être prouvé, malgré une influence non négligeable sur le comportement, le jugement, les choix, les intentions et la personnalité du délinquant.

Finalement, la conclusion de la majorité dans *R. v. J.E.D.* est à l'effet que la responsabilité morale de l'accusé autiste est entière. La conclusion, mise en évidence dans la prochaine citation, synthétise parfaitement les différents motifs susceptibles d'être évoqués pour refuser la réduction de la responsabilité morale de l'accusé autiste Asperger :

« There is no question that the accused suffered from a *cognitive* limitation. It is also agreed that the *nature* and *severity* of his condition was *minimal*. [**Approche axée sur la nature du trouble**] As previously mentioned, neither expert witness could give an opinion as to the *extent* to which the ASD contributed to the commission of the offences; at the same time, there was clear evidence of *other reasons*, such as the accused not having normative patterns of sexual arousal, as being *the principal cause* of his sexual offending. [**Approche causale**] In our view, the *mild degree of severity* of the accused's *cognitive limitation* [**Approche axée sur la nature du trouble**] because of ASD does not justify a reduction of his moral blameworthiness *given the gravity of the offences committed* (i.e., long-term and repeated molestation of two young children while he was in a position of trust). [**Approche prescriptive**] »<sup>752</sup>

#### II. 4.4.2. La responsabilité morale prescriptive en fonction de la gravité du crime

Si nous reprenons l'extrait de la Cour d'appel dans *R. v. J.E.D.* que nous venons tout juste de citer nous pourrions y apercevoir l'autre registre argumentaire généralement utilisé afin d'écartier le TSA en tant que cause légitime réduisant la responsabilité morale de l'accusé qui en est atteint :

---

<sup>751</sup> *R. v. JED*, préc., note 631 : « There is no suggestion in that decision that the offender had *inappropriate distortions in his thinking towards sexual contact with children* as is the case here.»

<sup>752</sup> *Id.*, par. 137 (nos italiques, nos encadrés et nos caractères gras).

« In our view, the mild degree of severity of the accused's cognitive limitation because of ASD does not justify a reduction of his moral blameworthiness given the gravity of the offences committed (i.e., long-term and repeated molestation of two young children while he was in a position of trust). »<sup>753</sup>

La suremphase mise sur la gravité du crime vient envahir l'analyse de la responsabilité morale. Cette méthode d'analyse est également identifiable dans l'arrêt à travers l'interprétation que font les juges majoritaires de l'art. 718.01 C.cr. concernant les objectifs prioritaires obligatoires prescrits par le législateur : « in sentencing sex offenders of children, Parliament has mandated that primary consideration be given to the sentencing objectives of denunciation and deterrence regardless of the cognitive limitation(s) of the offender »<sup>754</sup>. Cette interprétation de l'art. 718.01 C.cr. nous apparaît comme étant en totale disharmonie avec le principe fondamental de proportionnalité.

Dans *R. v. B.T.*, un cas postérieur à l'arrêt *Friesen*, la notion de responsabilité morale ne sera réduite que « légèrement » en raison non seulement de l'absence d'un lien causal et d'un trouble d'une grande intensité, comme nous l'avons vu, mais également en raison de la gravité du crime. Sa responsabilité morale semble déterminée, plus particulièrement, en fonction de la nature de la victime et de son haut degré de vulnérabilité. De l'« évaluation » de la responsabilité morale de la *personne* dans son crime, nous passons à une prescription de la responsabilité morale en raison de sa *conduite*. L'accusé n'est plus responsable ou irresponsable moralement en fonction de ses capacités, mais en fonction du devoir qui lui incombe à l'égard des personnes plus vulnérables :

« B.T.'s moral responsibility for committing these offences is high, although it is attenuated slightly by his mental disabilities that Dr. Ferguson opines likely impact his thinking, impulsivity, empathy, and understanding of the consequences of his actions. Although his moral blameworthiness is lessened slightly, it goes without saying that the intentional sexual exploitation and objectification of children is highly blameworthy conduct, precisely because children are vulnerable and because there is such a profound power imbalance between a child and an adult. »<sup>755</sup>

Ici, l'effet significativement restrictif de l'impact des troubles mentaux sur les *capacités* de l'accusé (responsabilité morale de l'*accusé*) dans le degré de sévérité de la peine agit à *l'intérieur* d'une conception plus large de la responsabilité morale qui comprend les circonstances aggravantes liées au crime (degré de blâme attribuable à la *conduite*). Au lieu d'avoir un effet limitatif direct et

---

<sup>753</sup> *Ibid.* (nos italiques et nos soulignés).

<sup>754</sup> *Id.*, par. 136 (nos italiques et soulignés).

<sup>755</sup> *R. v. BT*, préc., note 628, par. 133 (nos soulignements et italiques).

significatif sur le degré de sévérité de la peine, les capacités réduites de l'accusé ne peuvent réduire que « légèrement » sa responsabilité morale, car sa responsabilité est déterminée également en fonction des circonstances aggravantes du crime<sup>756</sup>.

Nous avons pu identifier deux autres arrêts où la responsabilité morale de l'accusé autiste a été prescrite en fonction de la nature du crime et du haut degré de vulnérabilité de la victime. Dans *R. v. Hartman* de la Cour de justice de l'Ontario, un accusé autiste Asperger est accusé d'agression sexuelle. Sa victime est décrite comme étant particulièrement vulnérable (« the level of her vulnerability cannot be emphasized enough ») puisqu'elle était intoxiquée et endormie au moment où l'accusé a pénétré son anus<sup>757</sup>. Le tribunal affirme aussi qu'elle cultivait des attentes légitimes de sécurité, alors qu'elle était restée à coucher chez un ami après une fête bien arrosée, puisqu'elle dormait auprès de son copain au moment de l'agression<sup>758</sup>. Le juge détermine finalement le degré de responsabilité morale en fonction de la gravité des actions de l'accusé : « the gravity of this offence cannot be overstated. The moral blameworthiness of the Mr. Hartman's actions is very high. »<sup>759</sup> Dans cet arrêt, peu de poids est accordé au diagnostic de syndrome d'Asperger : on dit seulement qu'on l'a « considéré » et il est traité comme un facteur atténuant de la peine parmi d'autres. C'est dans ce jugement, dont nous avons déjà parlé, que le juge affirme que le facteur atténuant « le plus significatif » est que l'accusé soit proche de sa famille<sup>760</sup>. L'absence de réflexion sur le lien conceptuel qui unit la responsabilité morale et les troubles mentaux prive l'accusé de l'effet significativement limitatif de la sévérité de la peine qu'offre le concept de responsabilité morale. En outre, en traitant l'incidence des troubles mentaux sur le comportement de l'accusé à travers le principe d'individualisation plutôt qu'à partir du principe fondamental de la proportionnalité, les troubles mentaux se retrouvent comme un simple facteur atténuant parmi d'autres et finissent par être enterrés sous la liste des facteurs aggravants.

---

<sup>756</sup> Les troubles mentaux de l'accusé ont bel et bien un effet restrictif sur le degré de sévérité de la peine, mais d'une manière très limitée en raison de la conception prescriptive de la responsabilité morale du juge : « Restraint is also important, particularly in light of the fact that I find *B.T.'s high level of moral blameworthiness is attenuated slightly as a result of his mental disabilities.* », *Id.*, par. 130. (nos italiques).

<sup>757</sup> *R. v. Hartman* (ON), préc., note 627, par. 49.

<sup>758</sup> *Ibid.*

<sup>759</sup> *Id.*, par. 26 (nos italiques).

<sup>760</sup> *Id.*, par. 46.

Similairement, dans *R. v. Collier*, un autre cas postérieur à l'arrêt *Friesen*, le fait que l'expérience de l'incarcération serait plus souffrante et sévère pour l'accusé autiste a été pris en considération comme facteur atténuant de la peine, mais sans qu'aucune évaluation du lien conceptuel existant entre la responsabilité morale de l'accusé et ses troubles mentaux ne soit conduite par le juge. En l'absence d'une telle analyse, le juge prescrira donc à l'accusé une « high moral blameworthiness » en raison de la directive de l'arrêt *Friesen* voulant que les peines pour un crime de leurre doivent souligner leur grande culpabilité, même en l'absence d'une véritable victime (ce qui était le cas ici)<sup>761</sup>. Comme de fait, le juge prescrira une haute responsabilité morale à l'accusé autiste, sans prendre en compte la maladie mentale dans son évaluation. Pourtant, le juge a reconnu à deux reprises dans ses motifs que « [h]e was struggling with significant mental health issues at the time of his offending »<sup>762</sup> et, plus important encore, que « [b]ased on all of the information put before me, I am satisfied that Mr. *Collier's* offending was driven in part by his mental health issues. At the time of his offending he was isolated, depressed and in crisis. »<sup>763</sup> En conséquence, sa « haute » responsabilité morale sera évoquée afin de l'empêcher de bénéficier d'une peine d'emprisonnement dans la collectivité. La maladie mentale sera mentionnée à titre de facteur atténuant de la peine uniquement pour justifier une peine carcérale provinciale, permettant ainsi à l'accusé autiste de suivre un traitement dans un centre thérapeutique. Le juge explique que ce traitement permettra au mieux de *minimiser ses risques* et d'assurer sa réhabilitation<sup>764</sup>. Le TSA ici n'est donc pas pris en compte pour réduire le degré de *sévérité* de la peine, pour éviter de prononcer une peine carcérale, mais l'est, essentiellement, pour *adapter* la peine à ses facteurs de risque.

En conclusion, ces trois motifs argumentaires (absence de lien de causalité – degré et nature du trouble mental – gravité de l'acte) ont empêché certains juges de reconnaître le TSA comme limitant significativement la responsabilité morale du délinquant autiste. Ces derniers ont adopté un cadre d'analyse empêchant de reconnaître l'impact des déterminismes du TSA sur la conduite blâmable de l'accusé. Communément, ces arrêts accordent une place déterminante à la gravité du crime dans la détermination de la sévérité de la peine et, les arrêts appartenant à l'approche

---

<sup>761</sup> *R. v. Collier*, préc., note 637, par. 11. *Id.*, voir également par. 6 et 119.

<sup>762</sup> *Id.*, par. 85.

<sup>763</sup> *Id.*, par. 123.

<sup>764</sup> *Id.*, par. 123 et 124.

prescriptive, admettent même que la gravité du crime et la nature de la victime peuvent déterminer la responsabilité morale de l'accusé atteint de troubles mentaux.

#### II. 4.5. L'effet *Friesen* retourné contre les autistes

Il en effet à craindre que les directives de la Cour suprême dans l'arrêt *Friesen*<sup>765</sup> n'accélèrent une conception de la proportionnalité comme étant essentiellement *compensatrice* de la gravité du crime, elle-même comprise à travers les préjudices réels ou potentiels pour les victimes, une fois leur statut de vulnérabilité pris en considération. En raison des nouvelles directives exprimées dans cet arrêt, nous remarquons une hausse dans la sévérité des peines imposées aux délinquants autistes. S'il était possible de voir autrefois, parmi les peines imposées à ces derniers, des peines aménagées de manière à réduire leurs effets strictement afflictifs et punitifs, notamment des sursis au prononcé de la peine<sup>766</sup>, les peines varient maintenant entre des peines d'emprisonnement dans la collectivité, d'incarcération provinciale et d'incarcération fédérale<sup>767</sup>. Il semble également plus difficile, depuis l'arrêt *Friesen*, d'accorder des peines d'emprisonnement dans la collectivité. Un arrêt dans lequel on dresse la liste des arrêts post-*Friesen* en matière de pornographie juvénile fait état de cette augmentation de la sévérité des peines et démontre que, désormais, pour obtenir un emprisonnement dans la collectivité, il faut présenter des caractéristiques « notables » : « Exceptional circumstances are the hallmark of the child pornography cases in which CSOs were granted. »<sup>768</sup> Le même exercice a été réalisé dans un autre arrêt, le juge en vient toutefois à la conclusion que l'autisme fait partie de ces caractéristiques notables permettant d'obtenir un emprisonnement dans la collectivité<sup>769</sup>.

Face à une interprétation prévisible de l'arrêt *Friesen*, le cadre d'analyse de la responsabilité morale pourrait donc devenir plus exigeant en raison du haut niveau de responsabilité morale que la Cour *prescrit* aux délinquants qui commettent des crimes sexuels contre les enfants. Comme nous

---

<sup>765</sup> *R. c. Friesen*, préc., note 11.

<sup>766</sup> **Sursis et probation** : *R. c. Rousseau*, préc., note 636 (agression sexuelle sur majeure); *R. c. Grenier*, préc., note 637 (2 leures); *R. c. Duclos*, préc., note 525 (possession); **Peines discontinues** : *R. v. NMN* préc., note 628 (Contact sexuel); *R. v. Berman*, préc., note 637 (distribution); **Absolution conditionnelle** : *R. v. Hartman* (BC), préc., note 636 (agression sexuelle sur majeure)

<sup>767</sup> *R. v. BT*, préc., note 628; *R. v. Wolff*, préc., note 637; *R. c. Osadchuk*, préc., note 637; *R. v. Razon*, préc., note 637; *R. v. Collier*, préc., note 637; *R. v. Nepon*, préc., note 628; *R. v. Vaux* préc., note 626.

<sup>768</sup> *R. v. Rathwell*, 2021 ABPC 254, par. 41-43.

<sup>769</sup> *R. v. Friesen*, 2021 ABPC 223, par. 127.

l'avons vu, dans *R. v. B.T.*<sup>770</sup>, en raison de la gravité accrue prescrite par l'arrêt *Friesen*, le juge ne reconnaîtra à l'accusé autiste qu'une responsabilité morale « légèrement diminuée » compte tenu de la nocivité de ses actes et des torts subis par les enfants dans le contexte des crimes sexuels toutes catégories confondues. Dans *R. v. Wolff*<sup>771</sup>, la responsabilité morale est également déterminée principalement en fonction de la gravité du crime. En effet, on reconnaîtra l'accusé « highly morally culpable for these offences ». Ses troubles de santé mentale, qui incluent un diagnostic de TSA avec haut niveau de fonctionnement pour lequel il est examiné au moment du procès, ont pourtant été reconnus par le tribunal. On convient également que l'accusé a manqué d'aide et d'encadrement de la part des adultes durant son enfance jusqu'au moment du crime. Néanmoins, le tribunal prend le « pari » que la punition réussira à le responsabiliser et à l'amener à développer son sens empathique déficitaire : « Still, it is inescapable that Mr. Wolff knew what he was doing was wrong and that he feared the consequences of being caught. He may well not have and may still not have internalized the actual harm he caused. That is, of course, the purpose of sentencing, to bring that message home to the offender. »<sup>772</sup> Nous pouvons aussi référer à l'arrêt *R. c. Osadchuk* où un accusé *possiblement* atteint d'un TSA sera décrit comme comportant de « grandes limitations cognitives », reprenant ainsi exactement l'expression utilisée dans *R. v. Friesen* pour prévoir les rares exceptions à la prescription d'une responsabilité accrue<sup>773</sup>. Cette manière de décrire l'impact du TSA permettra de réduire sa responsabilité morale dans l'acte. Néanmoins, en raison de la hausse commandée par l'arrêt *Friesen* et de la nouvelle fonction de protection effective de la peine (décrite ici comme étant « the overarching objective »<sup>774</sup>), l'accusé sera tout de même condamné à 6 mois de prison pour ses crimes de leurre et d'obtention de services sexuels moyennant rétribution. Récemment, dans *R. v. Razon*, même si le juge a reconnu que l'accusé autiste avait une responsabilité morale « significativement amoindrie », l'effet *Friesen* étant plus fort, le juge rejettera une peine en dehors de la prison au nom de la nécessité de dissuader et de dénoncer le crime<sup>775</sup>.

---

<sup>770</sup> *R. v. BT*, préc., note 628.

<sup>771</sup> *R. v. Wolff*, préc., note 637.

<sup>772</sup> *Id.*, par. 58.

<sup>773</sup> *R. c. Friesen*, préc., note 11, par. 91.

<sup>774</sup> *R. v. Osadchuk*, préc., note 637, par. 45.

<sup>775</sup> *R. v. Razon*, préc., note 637, par. 35.

Seuls deux jugements postérieurs à l'arrêt *Friesen* et impliquant des accusés autistes ont reconnu une responsabilité morale significativement atténuée à l'accusé autiste et entraîné une peine en dehors de la prison (dans les deux cas, une peine d'emprisonnement dans la collectivité)<sup>776</sup>. Néanmoins, ces accusés vivaient également avec des caractéristiques uniques surajoutées à leur TSA : l'un était métis<sup>777</sup> et l'autre partiellement aveugle<sup>778</sup>. Nous craignons que la présence de caractéristiques uniques et notables surajoutées au TSA ne devienne la norme afin de reconnaître une responsabilité morale diminuée dans les actes des accusés autistes afin que ces derniers entrent dans la catégorie des « exceptions notables ». Par exemple, dans *R. v. Collier*, également postérieur à l'arrêt *Friesen*, la présence chez l'accusé d'un TSA à elle seule n'a pu se qualifier comme une circonstance « très rare » permettant une peine d'emprisonnement dans la collectivité en raison du « haut » degré de responsabilité morale que lui a prescrit le juge, principalement en raison de la nature du crime commis et des directives de la Cour suprême et du législateur :

« I agree with the Crown submission that if conditional sentences for luring offences were rare before *Friesen*, then post-*Friesen*, such sentences will necessarily be even less common. The question is whether Mr. *Collier's* matter would qualify as one of the very rare cases where a conditional sentence would be fit. (...) Considering all of the circumstances, I have determined that a conditional sentence is unfit. Given the gravity of Mr. *Collier's* offences and his high moral blameworthiness, a custodial sentence is required. »<sup>779</sup>

#### **II. 4.6. Conclusion : l'érosion de la notion classique de proportionnalité et réitération de sa nature fonctionnelle**

En conclusion, nous constatons que la notion juridique de responsabilité morale, tout comme la responsabilité criminelle, ne représente pas une limite externe, contrariante et systématique, comme le serait un contre-pouvoir, dans la réalisation de la fonction de l'institution pénale suggérée par le législateur. Ces concepts dépendent, au fond, de la *fin* vers laquelle on les dirige. Ils peuvent être instrumentalisés pour concourir à la réalisation de cette fonction. La disparité actuelle de traitement des délinquants autistes s'explique probablement par le fait que la responsabilité morale, tout comme la responsabilité criminelle, est susceptible, au fond, d'être redirigée au gré de la compréhension que se fait le juge de la fonction de l'institution pénale. Concevoir que cette fonction est de protéger effectivement et renforcer les aires d'autonomie des plus vulnérables viendra certainement modifier l'usage de la proportionnalité et de la responsabilité morale. Dès

---

<sup>776</sup> *R. v. Vaux*, préc., note 626; *R. v. Nepon*, préc., note 628.

<sup>777</sup> *R. v. Vaux*, préc., note 626.

<sup>778</sup> *R. v. Nepon*, préc., note 628.

<sup>779</sup> *R. v. Collier*, préc., note 637, par. 115 et 119 (nos italiques).

lors, l'ordre public commun ne semble pouvoir se maintenir qu'en compensant fidèlement la gravité d'un crime à la lumière des préjudices réels ou potentiels d'une conduite et du degré de vulnérabilité de la victime par une peine de retrait de l'autiste de son milieu social ou par son contrôle à moyen ou long terme.

Nous avons illustré dans cette sous-partie, considérablement détaillée, trois principales tendances suggérant l'effritement au cours de la dernière décennie de la conception traditionnelle du principe de proportionnalité face à la redirection de la fonction de l'institution pénale.

Premièrement, nous avons observé que l'analyse du lien conceptuel que le trouble mental entretient avec la responsabilité morale du délinquant ne représente pas toujours la thématique principale de l'arrêt, ni le facteur déterminant de la détermination de la peine. D'ailleurs, le principe de proportionnalité, et incidemment l'analyse de la responsabilité morale, semble moins déterminant dans l'exercice de la détermination de la peine que peut l'être l'analyse des facteurs atténuants et aggravants. Le problème avec une certaine interprétation décontextualisée du principe d'individualisation, c'est que celle-ci donne généralement une place plus importante à la vulnérabilité de la victime, au niveau de risque posé par l'accusé, à son potentiel de réhabilitation et à l'utilité de la peine. De plus, celui-ci ne reconnaît pas la place conceptuelle privilégiée que devraient jouer les troubles mentaux dans la mesure de la peine.

Deuxièmement, nous avons observé que la reconnaissance d'une responsabilité morale diminuée chez les personnes autistes est apparue, à quelques occasions, comme ne servant que de *clause de style*, sans effet *déterminant* ou contraignant, pour le juge chargé d'imposer la peine. En effet, le fait de reconnaître que la responsabilité morale de l'accusé est réduite, parfois même « significativement », en raison de ses troubles mentaux ne semble pas à même d'empêcher l'imposition d'une mesure considérablement afflictive, punitive et sévère, comme l'emprisonnement. Dans ces cas, cela fait ressortir la force normative réduite qui a été accordée au cours des dernières décennies à cette reconnaissance de responsabilité morale atténuée par rapport aux autres éléments liés à la gravité du crime ou au risque de récidive de l'accusé.

Troisièmement, nous avons observé dans notre échantillon sur les peines imposées aux accusés autistes que l'arrêt *Friesen*<sup>780</sup> de la Cour suprême est susceptible d'accélérer la reformulation déjà en cours de la conception de la proportionnalité en tant que mesure *compensatrice* du préjudice subi par la victime, ce qui minimise la portée traditionnelle du principe fondamental de la proportionnalité et pourrait avoir un impact important sur les accusés atteints d'un TSA. L'arrêt *Friesen* pourrait renforcer les courants jurisprudentiels ayant rejeté le TSA comme facteur pouvant amoindrir la responsabilité morale suivant le prétexte qu'il n'existe pas de preuve d'un lien causal ou que ce trouble ne correspond pas à un certain degré d'intensité ou à une nature cognitive.

En facilitant l'entrée de la personne autiste dans la logique pénale par des crimes préventifs et en le maintenant sous le joug de l'institution pénale par la reconnaissance de sa responsabilité criminelle, on le met donc concrètement en danger face aux énormes disparités actuelles des pratiques en matière d'imposition de la peine et face à une éventuelle réorientation de la fonction de l'institution pénale. Si la responsabilité criminelle doit indiquer ceux à qui il est opportun d'adresser une punition afin de maintenir l'ordre public, nous nous demandons quelles valeurs et quel ordre émanent de la punition de l'accusé autiste. L'apport symbolique au maintien d'un ordre public *juste*, équitable, paisible et humain par l'incarcération des délinquants autistes reste ténu et pourrait susciter un sentiment d'absurdité chez le public averti et sensibilisé à ces enjeux. Leur punition avalise, sans chercher avant tout à le tempérer et à le relativiser, le niveau d'intolérance à l'endroit des personnes atteintes de troubles mentaux, en laissant planer que leur comportement délictuel dépend, au fond, de leur bonne volonté. Face à ce danger réel de voir les accusés autistes de plus en plus incarcérés, nous nous demandons s'il ne serait pas nécessaire de revoir les paramètres de la défense de NRCTM ou le catalogue actuel des crimes. Nous montrerons dans les prochaines sous-parties que d'autres indicateurs que la responsabilité morale de l'accusé atteint de troubles mentaux semblent dorénavant plus déterminants dans le type de peine choisi par le juge. Nommément, il s'agit des indicateurs législatifs parallèles à la gravité de l'acte réellement commis, telle que la nature du crime et de la victime, son degré de vulnérabilité, le degré de vulnérabilité aux risques de criminalité de certaines aires d'autonomie et le degré de vulnérabilité du type de transaction sociale touchée par le crime, les préjudices réels ou potentiels, ainsi que les indicateurs fondés sur le niveau de risque de récidive de l'accusé.

---

<sup>780</sup> R. c. *Friesen*, préc., note 11.

## **II. 5. La détermination de la peine : par-delà le principe de proportionnalité**

### **II. 5.1. Les indications législatives sur la peine structurées autour de la nature du crime et de la nature de la victime**

Dans cette sous-partie, nous porterons une attention particulière aux nouvelles indications législatives sur la peine – peines minimales obligatoires, rehaussement des peines maximales, objectifs prioritaires obligatoires, facteurs aggravants législatifs, peines cumulatives obligatoires, déclaration de la victime – et nous nous demanderons comment les besoins en matière de protection contre la criminalité et les attentes en matière de conformité sociocomportementale sont susceptibles de se retourner contre l'autiste condamné. Nous débuterons par une partie générale concernant la perte progressive du pouvoir discrétionnaire des juges en matière de peine; pour ensuite présenter les nouvelles indications législatives responsables de cette perte de discrétion ainsi que leurs effets insidieux sur les pratiques en matière d'imposition de la peine. Ces effets, qui comprennent la réorganisation des pratiques autour de la nature du crime et de la victime, la mise en place de présomptions d'incarcération et la suggestion par le législateur d'une nouvelle fonction de l'institution pénale, feront alors, l'objet d'une analyse critique plus générale à la lumière des enseignements tirés de la tradition juridique canadienne en matière de peine. Ces effets insidieux seront finalement critiqués plus particulièrement à la lumière de leurs impacts actuels et raisonnablement prévisibles sur les personnes atteintes d'un TSA. Une conclusion permettra de synthétiser nos observations avant de passer à l'analyse des indicateurs de risque et de réhabilitation généralement évoqués afin de moduler la peine des délinquants autistes.

#### **II. 5.1.1. De la « sagesse des juges » aux attentes du public**

Les indications législatives sur la peine sont adressées par le Parlement à l'intention de l'institution pénale. Elles concernent l'issue du prononcé de la peine attendue par le législateur et le public. Les nouvelles pratiques législatives en matière de peine témoignent de la conception que se fait une certaine opinion publique de la nature de l'ordre que l'institution pénale doit effectivement maintenir et de sa fonction. Elles suggèrent à l'institution pénale que l'ordre public qu'elle doit maintenir n'est plus tant un ordre collectif de valeurs morales, dépersonnalisé et symbolique, mais bien la société réelle avec ses victimes réelles et potentielles. Ceci laisse présager une érosion de la *juste* distance qui doit exister entre l'ordre symbolique commun maintenu par l'institution pénale (qui comprend la protection de l'accusé et son *juste* traitement) et la société réelle.

La codification en 1996 de la Partie XXIII du *C.cr.*, concernant la détermination de la peine, a établi une *voie communicationnelle directe* permettant au législateur de prescrire au pouvoir judiciaire ses attentes particulières quant à la finalité du prononcé de la peine. Dorénavant, le public n'est plus seulement en droit de s'attendre à ce que des comportements soient prohibés, que des « responsables » soient identifiés, poursuivis et condamnés, donc que le crime ne reste pas impuni (peu importe les modalités de cette punition), mais on le laisse cultiver des *attentes* quant à l'issue particulière du prononcé de la peine. Ces attentes portent à la fois sur les *modalités* du châtement (conditions, forme de l'emprisonnement, etc.) et sur la *force* (la mesure, la sévérité) avec laquelle les délinquants seront punis<sup>781</sup>. Les modalités précises de la punition ont pourtant traditionnellement su échapper aux attentes individuelles particulières. Historiquement, les juges ont bénéficié d'un large pouvoir discrétionnaire leur permettant de déterminer la peine *juste* à appliquer<sup>782</sup>. Cette discrétion leur a permis de rejeter le talionisme et de développer de leur propre chef le principe autolimitatif que constitue la proportionnalité, en prenant en compte la responsabilité morale du contrevenant<sup>783</sup>. Conscients mieux que quiconque de l'inéluctabilité du crime et donc, de la fonction principalement symbolique que doit poursuivre l'institution pénale, les juges se sont attaqués au développement d'un véritable *art de punir* et des discours l'entourant. La protection de l'ordre lui-même, tel que compris à partir de la fonction normative particulière de l'institution pénale, dépendait et reposait sur cette discrétion « considérable ». Nous pourrions dire que l'absence d'ingérence de la part du législateur dans la finalité du processus de réflexion

---

<sup>781</sup> C'est dans ce sens que R. DUBÉ, préc., note 163, p. 681, propose que la *juste* fonction du droit criminel soit traduite ainsi : « La fonction du système de droit criminel ne peut être que la stabilisation des attentes normatives relatives aux normes de comportement. Elle ne se définit donc pas par rapport à Y [une peine], mais bien par rapport à la *mise en forme* du principe voulant de « quiconque fait X [un crime], est passible de Y [une peine] », quel que soit Y [la peine]. » (nos italiques).

<sup>782</sup> R. c. M. (C.A.), préc., note 194, par. 73 : « Le bastion qui protège les Canadiens et les Canadiennes contre l'application de peines d'une durée déterminée trop sévères ne réside pas dans les rouages de la Loi sur le système correctionnel, mais plutôt dans le *bon sens* des juges qui président les procès au pays. (...) Dans notre système de justice, la protection ultime contre l'application de peines criminelles excessives réside dans l'obligation primordiale du juge chargé de la détermination de la peine de *fixer une peine « juste et appropriée », qui soit proportionnée à la culpabilité générale du contrevenant.* » (nos italiques); *Id.*, par. 72 : « À mon avis, dans les limites du large éventail de peines minimales et maximales prévues par le *Code* pour certaines infractions précises, le juge du procès jouit, en vertu de l'art. 717, d'un pouvoir discrétionnaire considérable l'autorisant à fixer une peine d'une durée déterminée «*juste et appropriée*», qui serve adéquatement les objectifs traditionnels de la détermination de la peine, sous réserve seulement du principe fondamental que la peine globale infligée reflète la culpabilité générale du délinquant et les circonstances de l'infraction. Je refuse donc d'imposer toute limite préétablie au pouvoir discrétionnaire du juge du procès en matière de détermination de la peine, que ce soit 20 ans ou même 25 ans comme le suggère le juge Seaton dans ses motifs de dissidence en Cour d'appel. »

<sup>783</sup> *Regina v. Roberts*, préc., note 552; *Regina v. Wilmott*, préc. note 539.

axiologique sur ce qui constitue la peine *juste* a été un principe important et fondateur du droit de la détermination de la peine au Canada<sup>784</sup> :

« Comme a expliqué le juge La Forest dans *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 329, «[d]ans un système rationnel de détermination des peines, l'importance respective de la prévention, de la dissuasion, du châtement et de la réinsertion sociale variera selon la nature du crime et la situation du délinquant ». Le juge ne dispose pas d'un critère ou d'une formule d'application simple à cet égard. Il faut s'en remettre *au jugement et à la sagesse du juge* qui détermine la peine, que le législateur a investi d'un pouvoir discrétionnaire considérable à cet égard à l'art. 718.3. »<sup>785</sup>

Les juges possédaient autrefois l'autorité morale suffisante pour commander au public, par le prononcé de peines *justes* et proportionnelles, le respect de la loi. Jusqu'à tout récemment, hormis quelques rares peines minimales, le législateur s'était toujours retenu d'imposer ses attentes particulières en matière de peine se contentant d'indiquer des peines maximales marquant vaguement, et de manière peu contraignante, le degré de gravité de certaines catégories d'infractions<sup>786</sup>. Tous s'entendaient pour dire que l'indication législative à travers la peine maximale ne constituait pas une limite significative au pouvoir discrétionnaire du juge<sup>787</sup>. Ainsi, « entre ces deux pôles éloignés, le Code accorde aux juges qui président les procès une grande latitude dans la détermination de la période d'incarcération favorisant les objectifs de la détermination de la peine et tenant compte de la culpabilité générale du contrevenant. »<sup>788</sup>

---

<sup>784</sup> Avant même la première codification des principes de détermination de la peine, la discrétion judiciaire au niveau de la peine était codifiée à l'art. 717 *C.cr.* puis, après ce moment-là, à l'art. 718.3(1)(2) *C.cr.*

<sup>785</sup> *R. c. Proulx*, préc., note 547, par. 116 (nos italiques).

<sup>786</sup> COMITÉ CANADIEN DE LA RÉFORME PÉNALE ET CORRECTIONNELLE, préc., note 505, p. 203 : « Il ne donne pas de directives, sauf dans de rares cas où il prévoit une peine minimale qui réduit en partie le pouvoir discrétionnaire des tribunaux et dans chaque cas où il prévoit une peine maximale. A ce propos, la dernière révision du Code criminel a rarement conservé les sentences minimales. La sentence maximale prévue pour une infraction semble marquer le degré de gravité que le Parlement a attribué à cette catégorie d'infractions. » ; *R. c. M. (C. A.)*, préc., note 194, par. 37 : « Dans le passé, cependant, notre Cour a exprimé des doutes quant à la constitutionnalité de certaines peines minimales obligatoires en regard de l'art. 12 de la Charte canadienne des droits et libertés. Voir l'arrêt *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045. » La COMMISSION CANADIENNE SUR LA DÉTERMINATION DE LA PEINE, préc., note 539, réclamait déjà l'abolition des quelques peines minimales existantes à l'époque.

<sup>787</sup> *R. c. M. (C. A.)*, préc., note 194, par. 36 : « Pour cette raison et pour d'autres, la Commission a conclu que le régime de peines maximales prévu par le Code donne souvent *peu d'indications* au juge chargé de déterminer la peine. (...) » (notre italique) ; COMITÉ CANADIEN DE LA RÉFORME PÉNALE ET CORRECTIONNELLE, préc., note 505, p. 203 : « Il ne donne pas de directives, sauf dans de rares cas où il prévoit une peine minimale qui réduit *en partie* le pouvoir discrétionnaire des tribunaux et dans chaque cas où il prévoit une peine maximale. A ce propos, la dernière révision du Code criminel a rarement conservé les sentences minimales. La sentence maximale prévue pour une infraction *semble* marquer le degré de gravité que le Parlement a attribué à cette catégorie d'infractions. » (nos soulignés) *A contrario*, voir aujourd'hui la Cour dans *R. c. Friesen*, préc., note 11, par. 100, qui avale et donne pleinement effet à la pratique législative permettant au législateur d'indiquer, par la hausse des peines maximales, l'issue à privilégier dans le prononcé de la peine. L'indication et le rehaussement d'une peine maximale par le législateur sont considérés comme contraignants aujourd'hui.

<sup>788</sup> *R. c. M. (C.A.)*, préc., note 194, par. 37. Au-delà des indications de la part du législateur, le seul compas du juge demeurait la proportionnalité, et nécessairement la modération, dont l'usage demeurait fortement discrétionnaire ce

La codification de 1996 ainsi que le recours répété<sup>789</sup> et populiste<sup>790</sup> à cette *voie communicationnelle directe* sont venus confirmer l'intérêt du législateur envers le prononcé de peines à même de satisfaire les attentes du public. La discrétion judiciaire se retrouve de ce fait grandement limitée. Désormais, les attentes du public ne seront plus ce qui doit être tempéré, pacifié et stabilisé par le prononcé de la peine, mais sont ce qui la motive et en dictent la mesure. Les indications législatives successives créent des présomptions fortes d'incarcération dans certaines situations. Comme nous l'avons vu avec le courant post-*Friesen*, il faut des situations de plus en plus exceptionnelles pour y déroger. Le juge se retrouve alors dans une position où, pour déroger à la présomption d'incarcération prescrite par le législateur, il doit rechercher des motifs de plus en plus exceptionnels, se fonder sur de plus en plus de faits particuliers liés à la personnalité du délinquant. Il se retrouve dans une position où il doit se *justifier* face au public – il a perdu son autorité, son pouvoir de commande, son élévation symbolique. Comme l'a reconnu le juge dans l'affaire *R. v. J.B.*<sup>791</sup> concernant la peine d'une personne autiste, l'effet combiné des nombreuses prescriptions législatives ne sont pas dénués d'effet concret sur le pouvoir discrétionnaire du décideur : « While [les indications législatives prévues aux arts. 718.01, 718.02(ii.1) et 718.02(iii) *C.cr.*] may not preclude the granting of conditional discharges in cases of assault causing bodily harm to an offender's child, they certainly make such a sentence *much more difficult to justify*. »<sup>792</sup>

---

qui permettait de renforcer un ordre moral symbolique une fois éclairé par l'expertise unique du juge, *Id.*, 56 : « Au contraire, selon mon interprétation des deux lois, en plus de fixer dans la loi des peines maximales et minimales reflétant la gravité relative des différentes infractions, le législateur fédéral entendait conférer au juge du procès un large pouvoir l'autorisant à infliger une peine qui soit «juste et appropriée» eu égard aux circonstances et qui serve adéquatement les objectifs fondamentaux de la détermination de la peine que sont la dissuasion, la réadaptation et la protection de la société. Donc, à mon avis, que l'emprisonnement à perpétuité soit ou non la peine maximale prévue dans un cas donné, il n'existe pas de plafond préétabli à l'égard des peines d'une durée déterminée infligées en vertu du Code. » (nos italiques); *Id.*, 74 : « Toutefois, avec cette considération à l'esprit, le principe directeur demeure le même : les tribunaux canadiens jouissent, dans l'application des peines chiffrées pour des infractions uniques ou multiples, d'un vaste pouvoir discrétionnaire, limité seulement par les larges paramètres législatifs prévus par le Code et le principe fondamental de notre droit criminel qui veut que les peines globales soient «justes et appropriées ». (nos italiques)

<sup>789</sup> *Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, L. C. 2005, c. 32; *Loi modifiant le Code criminel (emprisonnement avec sursis)*, L.C. 2007, c. 12; *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*, préc., note 522; *Loi sur le renforcement des peines pour les prédateurs d'enfants*, L.C. 2015, c-46; *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois*, L.C. 2019, ch. 25.

<sup>790</sup> A. JODOUIN et M.-È. SYLVESTRE, préc., note 549; Hélène DUMONT, préc., note 533; Pierre LANDREVILLE, « Grandeurs et misères de la politique pénale au Canada : du réformisme au populisme », (2007) 40-2 *Criminologie* 19.

<sup>791</sup> *R. v. JB*, préc., note 628.

<sup>792</sup> *R. v. JB*, préc., note 628, par. 33 (nos italiques).

La légitimation d'attentes particulières du public en matière de peine risque de provoquer une tendance inflationniste du quantum des peines. Nous observerons comment le législateur est venu légitimer ces attentes à travers ses nouvelles prescriptions en matière de peine.

## II. 5.1.2. Les indicateurs législatifs de gravité du crime

**Restrictions à même les peines.** Dès la codification de 1996, le législateur a restreint le recours à certaines peines dans certaines situations :

« À titre d'exemple, l'art. 732 interdit aux tribunaux d'ordonner qu'une peine d'emprisonnement de plus de 90 jours soit purgée de façon discontinue. Des restrictions similaires visent des sanctions comme les absolutions (art. 730), les amendes (art. 734), les ordonnances de sursis (art. 742.1) et les ordonnances de probation (art. 731). Le législateur a également jugé bon de réduire l'étendue des châtiments possibles à l'égard de certaines infractions en établissant des peines minimales obligatoires. »<sup>793</sup>

Cette première codification a tracé la voie que le législateur allait dorénavant emprunter régulièrement afin de prescrire au juge une peine particulière pour un *crime* donné. Si ces restrictions sont parfois d'ordre général (respect des principes de détermination de la peine), d'autres concernent précisément la peine minimale ou la peine maximale prévue pour une infraction donnée.

L'exemple le plus frappant du contrôle législatif sur le prononcé des peines se trouve dans les réformes qui entourent la peine d'emprisonnement dans la collectivité. Le législateur avait créé cette nouvelle peine afin de réduire le recours à l'incarcération<sup>794</sup>. Au cours des deux dernières décennies, il n'a pourtant cessé d'imposer des limites à cette alternative à l'emprisonnement en milieu carcéral, sabotant ainsi sa propre réforme, afin de s'assurer que certains crimes qu'il désignera comme absolument « graves » ne puissent bénéficier d'une peine en dehors de la

---

<sup>793</sup> R. c. *Nasogaluak*, préc., note 550, par. 45 : « La loi restreint aussi le pouvoir discrétionnaire du juge de la peine, non seulement par l'adoption de principes et objectifs généraux de détermination de la peine consacrés aux art. 718 à 718.2, qui ont été exposés précédemment, mais aussi par l'existence d'autres dispositions du Code écartant certaines sanctions. (...) *Phénomène relativement nouveau en droit canadien, la peine minimale est l'expression claire d'une politique générale dans le domaine du droit pénal. Certaines peines minimales ont été invalidées sur le fondement de l'art. 12 de la Charte au motif qu'elles constituaient des châtiments exagérément disproportionnés eu égard aux circonstances de l'affaire* (R. c. Smith, [1987] 1 R.C.S. 1045; R. c. Bill (1998), 13 C.R. (5th) 125 (C.S.C.-B.)), alors que d'autres ont été maintenues (R. c. Morrissey, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90). À moins qu'elles n'aient été déclarées inconstitutionnelles, les peines minimales prévues au Code sont obligatoires. Le pouvoir discrétionnaire d'un juge n'est pas si large qu'il lui permette de déroger à cette expression claire de la volonté du législateur. » (nos italiques)

<sup>794</sup> R. c. *Gladue*, préc., note 612; R. c. *Proulx*, préc., note 547.

prison<sup>795</sup>. Par exemple, l'introduction en 2012 d'une restriction au recours à l'emprisonnement dans la collectivité lorsque l'accusé est poursuivi par mise en accusation et que le crime comporte une peine maximale de 14 ans ou à perpétuité<sup>796</sup>, couplée au rehaussement de la peine maximale à 14 ans pour plusieurs crimes en 2015 (dont leurre, contact sexuel et agression sexuelle sur mineur), interdit la peine d'emprisonnement en dehors du milieu carcéral en fonction du crime commis<sup>797</sup>. On retrouve également depuis 2012, une longue liste de crimes, incluant l'agression sexuelle, qui empêchent de recourir à cette peine lorsque l'accusé est poursuivi par voie de mise en accusation<sup>798</sup>.

L'effet combiné de ces mesures législatives a eu pour conséquence de créer des catégories d'infractions qui sont « absolument graves » et pour lesquelles une peine en dehors de la prison ne sera jamais *juste*. Ces crimes « absolument graves » semblent choisis généralement en fonction de la gravité des préjudices pouvant en découler pour les personnes plus vulnérables et du haut niveau de risque perçu face à ceux-ci (crimes sexuels, crimes sexuels envers les enfants, crimes qui entraînent des lésions corporelles, crimes terroristes, etc.) Si le législateur souhaite actuellement abroger plusieurs obstacles empêchant l'emprisonnement dans la collectivité pour certains types de crime (crimes envers la propriété, possession simple de drogues, certains crimes liés aux armes à feu, etc.), puisque ces obstacles enfreignent les principes d'individualisation et de proportionnalité et contribuent à la sur-incarcération des personnes noires et autochtones, celui-ci maintiendra ces mêmes obstacles, qui contribuent à la sur-incarcération des personnes atteintes de troubles neurodéveloppementaux, pour les crimes de nature sexuelle touchant les mineurs<sup>799</sup>.

---

<sup>795</sup> *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*, préc., note 522; *Loi modifiant le Code criminel (emprisonnement avec sursis)*, préc., note 789.

<sup>796</sup> Art. 742.1 c) *C.cr.*

<sup>797</sup> *Loi sur le renforcement des peines pour les prédateurs d'enfants*, préc., note 789.

<sup>798</sup> Art. 742.1 f) *C.cr.*

<sup>799</sup> Pour ce qui est des restrictions à l'emprisonnement dans la collectivité elles seraient majoritairement abolies pour les crimes visant la propriété, les armes à feu ou les drogues par le projet de *Loi modifiant le Code criminel et la Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, Projet de loi C-5, 2021-2022. En effet, ce projet de loi abroge plusieurs PMOs rattachées à ces crimes puisqu'ils atteignent le principe d'individualisation et de proportionnalité et qu'elles contribuent à la surjudiciarisation pénale des personnes noires et autochtones. Malgré cette prise de conscience importante par le Parlement, les PMOs attachées aux crimes sexuels envers les mineurs qui bien souvent sont commis par des personnes hautement vulnérables et/ou atteintes de troubles mentaux (et qui font aussi l'objet d'une surjudiciarisation et d'une sur-incarcération) seront toutefois maintenues. Le fait de maintenir ces PMOs empêche alors le recours à la peine d'emprisonnement dans la collectivité en raison de l'art. 742.1(b) *C.cr.* qui ne sera pas abrogé. *A contrario*, voir *Id.*, art. 14 (1) et (2) qui abrogent certaines dispositions du *C.cr.* afin d'élargir le recours à la peine d'emprisonnement dans la collectivité pour d'autres crimes.

**Peines minimales obligatoires (« PMO »).** Au cours des deux dernières décennies, nous avons assisté à la mise en place d'un nombre record de PMOs pour toute une série d'infractions<sup>800</sup>. Pareille PMO empêche le juge de choisir une peine autre que l'emprisonnement : il ne peut plus absoudre l'accusé ou surseoir à la peine<sup>801</sup>. En outre, la PMO l'empêche d'adapter les modalités de l'emprisonnement à la situation particulière de l'accusé : il ne peut plus prononcer une peine d'emprisonnement discontinue lorsque la PMO est de plus de 90 jours<sup>802</sup>, ce qui est presque toujours le cas, et ne peut plus prononcer une peine d'emprisonnement dans la communauté<sup>803</sup>.

Ces PMOs sont donc de véritables présomptions d'incarcération établies en fonction du crime commis. Ce n'est que par la contestation constitutionnelle en vertu de l'art. 12 de la *Charte* que l'accusé pourra renverser cette présomption et recevoir une peine en dehors de la prison. Or, étant donné que le fardeau qui incombe au délinquant pour renverser cette présomption n'est pas simplement de démontrer que la peine est disproportionnée, mais bien « exagérément disproportionnée »<sup>804</sup>, des peines ouvertement disproportionnées peuvent aujourd'hui être imposées à des accusés ayant une responsabilité morale amoindrie et qui sont très vulnérables, comme les personnes autistes. Le législateur s'assure de cette manière qu'une peine carcérale sera imposée dans *la plupart des cas* et que seules des situations de plus en plus *exceptionnelles* permettront de repousser ces présomptions d'incarcération.

Si les PMOs s'appliquent à *différentes* infractions, celles-ci partagent généralement une *nature* commune : on les retrouve, par exemple, dans les crimes de nature sexuelle à l'égard des enfants ou les crimes liés aux organisations criminelles. Si le législateur planche actuellement sur un projet de loi visant à retirer les PMOs pour la plupart des crimes liés aux armes à feu ou aux drogues, il ne vise pas celles associées aux crimes de nature sexuelle envers les enfants, ce qui démontre une fois encore que le législateur leur attribue une *nature* « absolument grave »<sup>805</sup>. Les PMOs

---

<sup>800</sup> *Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, préc., note 789 (2005); *Loi sur la lutte contre les crimes violents*, L.C. 2008, ch. 6; *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*, préc., note 522 (2012); *Loi sur la protection des collectivités et des personnes victimes d'exploitation*, L.C. 2014, ch. 25; *Loi sur le renforcement des peines pour les prédateurs d'enfants*, préc., note 789 (2015).

<sup>801</sup> Arts. 730(1) et 731(a) *C.cr.*

<sup>802</sup> Art. 732 *C.cr.*

<sup>803</sup> Art. 742.1 b) *C.cr.*

<sup>804</sup> *R. c. Nur*, 2015 CSC 15.

<sup>805</sup> *Loi modifiant le Code criminel et la Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, préc., note 799.

s'appliquent donc *indistinctement* à de nombreuses situations uniquement en raison de la *nature* du crime ou du *type de victime* touchée par ces crimes. Ces peines s'appliquent indépendamment des circonstances propres au crime commis, de la gravité morale de l'acte commis par l'accusé et de son degré de responsabilité morale. C'est d'ailleurs pourquoi plusieurs tribunaux ont reconnu celles-ci comme étant inconstitutionnelles en vertu de l'art. 12 de la *Charte*<sup>806</sup>.

Au cours des cinq dernières années, nous avons pu observer l'intensification de l'activité judiciaire visant l'invalidation de ces PMOs en raison de leur inconstitutionnalité<sup>807</sup>. En revanche, nous avons aussi vu la Cour suprême en 2020 dans l'affaire *R. v. Friesen* reproduire en common law l'« esprit » de ces PMOs, en internalisant les indicateurs de gravité du législateur sous la forme d'une directive unique à la hausse pour tout un ensemble d'infractions sexuelles à l'égard des mineurs. Même si les PMOs ont tendance à disparaître, peut-être même un jour pour les crimes sexuels envers les mineurs, l'arrêt *Friesen* a eu pour effet de reprendre à son compte, *dans son effet et son esprit*, les réformes législatives du gouvernement Harper. La jurisprudence et la doctrine du *stare decisis* en prennent en effet le relais. Comme l'explique le juge dans *R. c. Régnier*, au-delà de l'effet direct des PMOs, celles-ci ont un également un effet plus sournois à long terme : « Les peines minimales obligatoires non seulement haussent le plancher des peines imposées pour un crime donné, mais elles ont également un effet inflationniste sur celles-ci. »<sup>808</sup>

Les PMOs tendent à s'appliquer uniformément à un ensemble de délinquants sur la seule base de la *nature* du crime qui a été commis et, dans le cas des infractions de nature sexuelle envers des mineurs, en raison de la *nature* vulnérable des victimes touchées par ces crimes. Leur application uniforme et indistincte à un ensemble de situations vient nier ou contenir l'effet modérateur significatif de la notion de responsabilité morale. Ces PMOs visent à exprimer et à légitimer les attentes du public en matière de répression et d'éradication de certaines formes de criminalité. Elles assignent alors à l'institution pénale une *fonction de protection* des personnes plus vulnérables en leur garantissant le retrait de leur milieu social des délinquants, comme le démontrent ces propos du juge dans l'arrêt *R. c. Martel*, « depuis 2005, l'imposition de peines minimales, l'accroissement

---

<sup>806</sup> Site web de RANGEFINDR, « MMS WATCH », en ligne : <https://mms.watch/>.

<sup>807</sup> *Ibid.*

<sup>808</sup> *R. c. Régnier*, 2018 QCCA 306.

de celles-ci au fil du temps et le durcissement des peines par le législateur démontrent *la nécessité de protéger les enfants.* »<sup>809</sup>

**Rehaussement des peines maximales.** Dans les deux dernières décennies, on a également assisté à la hausse répétée des peines maximales pour plusieurs crimes de même *nature* ou qui visent des *victimes plus vulnérables*<sup>810</sup>. C'est précisément en raison de ces hausses que le juge dans *R. c. Martel* reconnaîtra que l'institution pénale doit dorénavant poursuivre une fonction de *protection effective* des personnes plus vulnérables par l'incarcération et le suivi à long terme des délinquants sexuels, même ceux atteints d'un TSA. En effet, après avoir mentionné que la gravité objective a été rehaussée par le législateur, il mentionne qu'« il ne fait aucun doute que les enfants, de par leur *vulnérabilité, doivent être protégés.* Cette *protection* est recherchée par le législateur alors qu'au fil du temps, il a modifié le Code criminel pour y inclure des peines plus élevées pour des infractions sexuelles commises contre les enfants. »<sup>811</sup>

Autrefois, les tribunaux se gardaient de voir dans les peines maximales une indication législative claire et contraignante sur la finalité du prononcé de la peine. Les peines maximales ne limitaient pas la liberté des juges dans leur réflexion sur ce qui constitue la peine *juste* à appliquer et sur ce que l'institution pénale doit et peut véritablement poursuivre comme objectifs pénologiques<sup>812</sup>. Aujourd'hui, le rehaussement des peines maximales est interprété comme une indication législative véritable, contraignante et claire quant à la *finalité* que doit poursuivre le prononcé de la peine pour un type de crime donné.

Cette finalité est alors susceptible de conditionner l'usage que font les juges du principe de proportionnalité : « Une augmentation de la peine maximale devrait donc être considérée comme un changement de la répartition des peines proportionnelles pour une infraction. »<sup>813</sup> Pour la Cour

---

<sup>809</sup> *R. c. Martel*, préc., note 637, par. 121 (nos italiques).

<sup>810</sup> *Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, préc., note 789 ; *Loi modifiant le Code criminel (leurre d'enfants)*, LC 2007, c 20; *Loi sur le renforcement des peines pour les prédateurs d'enfants*, préc., note 789.

<sup>811</sup> *R. c. Martel*, préc., note 637, par. 117-119 (nos italiques).

<sup>812</sup> *R. c. M. (C. A.)*, préc., note 194, par. 36; COMITÉ CANADIEN DE LA RÉFORME PÉNALE ET CORRECTIONNELLE, préc., note 505, p. 203.

<sup>813</sup> *R. c. Friesen*, préc., note 11, par. 97.

suprême dans l'arrêt *Friesen*, le juge a l'obligation de donner un « plein effet »<sup>814</sup> à l'indication législative qui découle du rehaussement des peines maximales. La hausse de la peine maximale pour un *crime donné* doit nécessairement se traduire par une hausse généralisée des peines attribuées pour ce *crime*<sup>815</sup>. Cet arrêt a eu pour effet de conférer une place plus importante à l'« opinion » du législateur quant aux peines à attribuer pour un *type* de crime donné – gravité dite « objective », au détriment de l'évaluation par le juge de la gravité subjective de l'acte réellement commis par l'accusé et des circonstances qui l'entourent.

Comme nous l'avons vu, sur un plan plus technique, la hausse des peines maximales peut également avoir pour conséquence d'empêcher directement, lorsque le crime est poursuivi par voie de mise en accusation, le recours à l'absolution conditionnelle<sup>816</sup> et à l'emprisonnement dans la collectivité<sup>817</sup>. Bien souvent, la mise en place d'une PMO est également accompagnée de l'augmentation de la peine maximale. Indirectement, en raison de l'augmentation de la peine maximale, les alinéas prévoyant les restrictions à l'accès à l'emprisonnement dans la collectivité en fonction de la peine maximale agissent alors comme une *double* protection de la réforme du législateur en cas de contestation constitutionnelle de la PMO. Cette double protection permet de s'assurer que l'accusé recevra bel et bien une peine d'emprisonnement en raison de la *nature* du crime qu'il a commis, même s'il réussit à contester la PMO. En effet, s'il désire une peine d'emprisonnement dans la collectivité pour un crime où le législateur a prévu une PMO et une peine maximale rehaussée, il devra à la fois faire invalider la PMO, mais aussi les alinéas qui l'empêchent de bénéficier d'un emprisonnement dans la collectivité. L'accusé se retrouve alors devant un fardeau encore plus difficile à rencontrer pour obtenir une peine *juste* et proportionnelle. En effet, pour bénéficier d'un emprisonnement dans la collectivité, il devra non seulement prouver que la PMO est grossièrement disproportionnée, mais également prouver que le simple fait de ne pas pouvoir bénéficier d'une peine d'emprisonnement dans la collectivité est en soi « cruel et

---

<sup>814</sup> *Id.*, par. 45.

<sup>815</sup> *Id.*, par. 99 et 100 : « Ces augmentations successives des peines maximales témoignent de la détermination du législateur à ce que les infractions d'ordre sexuel contre des enfants soient jugées plus graves que par le passé. (...) Afin de respecter la décision du législateur d'augmenter les peines maximales, les tribunaux devraient généralement infliger des peines plus lourdes que celles qui étaient infligées avant les augmentations. (...) l'opinion du législateur quant à la gravité accrue de l'infraction, tel qu'elle est reflétée par l'augmentation des peines maximales, devrait se concrétiser par un « durcissement des sanctions ». Les juges chargés de la détermination de la peine et les cours d'appel doivent donner effet aux signaux clairs et répétés du législateur d'infliger des peines plus lourdes pour ces infractions.»

<sup>816</sup> Art. 730(1) *C.cr.* (1996).

<sup>817</sup> Art. 742.1c) et e) *C.cr.* (2007 et 2012).

inusité », ce qui est encore plus difficile. Dans ces situations, ce n'est donc plus tant la proportionnalité, évaluée par les juges dans leur sagesse, qui détermine la peine, mais plutôt les attentes particulières du public et son intolérance envers certains crimes telles qu'exprimées par le législateur.

**Peines cumulatives obligatoires (« PCO »).** Alors que le pouvoir d'imposer des peines consécutives relevait autrefois de la discrétion judiciaire<sup>818</sup>, l'art. 718.3(7) *C.cr.* adopté en 2015 par le parlement *oblige* les juges à prononcer contre l'accusé ayant commis des crimes sexuels envers les enfants des peines consécutives pour les crimes commis envers chaque enfant ou encore des peines consécutives pour le crime sexuel envers un seul enfant lorsque l'accusé a également commis une infraction de possession de pornographie juvénile<sup>819</sup>. Cette obligation transforme l'exercice symbolique de la détermination de la peine en exercice *mathématique* où chaque *victime* et chaque *infraction* doivent systématiquement être additionnées et représentées au sein du quantum final de la peine. Loin de compenser dans les faits le mal subi par chaque victime, cette approche instrumentalise le malheur des victimes afin de justifier et légitimer des peines plus sévères et répressives. Cette approche est problématique, car elle tente de concilier deux réalités qui répondent à des ordres fondamentalement différents, la réalité vécue par la victime et la matérialité du crime d'une part, et l'ordre symbolique dans lequel s'exprime la peine de l'autre. Le juge dans l'arrêt *R. c. Martel* interprète cette directive ainsi : « le but » de cette disposition « est de veiller à ce que les gens qui commettent des infractions sexuelles contre des enfants purgent une peine qui *reflète* la gravité et la nature répréhensible de leurs crimes. »<sup>820</sup> Pour établir le degré de sévérité de la peine, la manière dont seront ressentis les effets de la peine par l'accusé est totalement évacuée, au profit d'une addition machinale du *nombre de victimes* et du *nombre de crimes commis* pour établir le *juste* quantum. Il en ressort également l'idée que chaque victime a le « droit » à sa propre peine, ce qui amène une privatisation de la justice pénale, une perte de la « *juste distance* » entre l'accusé et sa victime et suggère ainsi à l'institution pénale une fonction de *compensation* des préjudices subis par les victimes. Cette mesure de la peine laisse aussi entendre que la souffrance imposée à l'accusé représente la mesure de la dignité de chaque victime. Il s'agit d'une

---

<sup>818</sup> 718.3(4) *C.cr.* Ce pouvoir issu de la common law existe depuis le 19<sup>e</sup> siècle.

<sup>819</sup> *Loi sur le renforcement des peines pour les prédateurs d'enfants*, préc., note 789 (2015).

<sup>820</sup> *R. c. Martel*, préc., note 637, par. 110 (notre italique).

instrumentalisation répressive du vécu et de la souffrance des victimes aux fins de la poursuite par l'institution pénale de sa politique de tolérance zéro envers les risques de préjudices.

Pour contrer l'effet mathématique et, dans certains cas, dévastateur de cette disposition, le juge doit désormais jouer avec ce qui lui reste de discrétion pour appliquer le principe de totalité, ce qui permet de ramener le quantum final à la hauteur de la responsabilité morale du délinquant<sup>821</sup>. Ce moyen créatif de contourner la prescription du législateur témoigne d'un malaise chez certains juges face à cette réorientation radicale de la fonction de l'institution pénale. Néanmoins, dans ce renversement fondamental de la logique de la peine, le principe de proportionnalité et son élément essentiel, la responsabilité morale, n'agissent plus comme principe « fondamental » du prononcé de la peine, mais comme une mesure correctrice *après coup*, c'est-à-dire après avoir appliqué les préceptes de l'art. 718.3(7) *C.cr.* La peine *juste* se mesure alors principalement et avant tout par l'addition des *crimes* ou des *victimes*. Malgré une mince discrétion, cet article concourt à renforcer la présomption d'incarcération lorsque l'accusé a commis des crimes sexuels envers les mineurs.

**Statuts « absolus » de vulnérabilité : les objectifs prioritaires obligatoires (« OPO ») et les facteurs aggravants associés à un statut de vulnérabilité.** La discrétion judiciaire, fondamentale dans l'exercice de la détermination des objectifs poursuivis par la peine dans un cas donné<sup>822</sup>, est par ailleurs désormais considérablement limitée par une nouvelle pratique législative visant à obliger le juge à prioriser les objectifs de dénonciation et de dissuasion dans certaines situations. Comme le reconnaît la Cour suprême dans l'arrêt *Friesen*, « [l]orsque le législateur indique les objectifs de détermination de la peine à privilégier dans certains cas, le pouvoir discrétionnaire des juges chargés de déterminer la peine est de ce fait limité, de sorte qu'il ne leur est plus loisible d'accorder une priorité équivalente ou plus grande à d'autres objectifs (...) »<sup>823</sup> Dans les situations visées par ces OPOs le juge doit *obligatoirement* donner un poids « prépondérant » aux objectifs

---

<sup>821</sup> *R. c. S. C.*, 2019 ONCA 199.

<sup>822</sup> *R. c. Nasogaluak*, préc., note 550, par. 43.

<sup>823</sup> *R. c. Friesen*, préc., note 11 ; *R. v. Collier*, préc., note 637, par. 119 : « Further, my discretion is constrained, and I am not permitted to elevate concerns about Mr. Collier's rehabilitation, over the need to denounce his conduct and deter other like-minded individuals. »

de dénonciation et de dissuasion et ne doit accorder qu'un poids relativement inférieur aux autres objectifs, comme celui de réinsertion sociale<sup>824</sup>.

Étant donné que les objectifs de dénonciation et de dissuasion entretiennent historiquement un lien conceptuel très fort avec l'incarcération<sup>825</sup>, ces OPOs concourent eux aussi à créer des présomptions quasi irréfragables d'incarcération. L'association entre ces objectifs et l'emprisonnement est arrivée à un point tel que la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *Lacasse* s'exprimait ainsi en 2015 :

« Bien qu'il soit dans l'ordre des choses pour les juges d'instance de considérer d'autres peines que l'emprisonnement dans les cas qui s'y prêtent, en l'espèce, comme dans tous les cas où *la dissuasion générale ou spécifique et la dénonciation doivent primer*, les tribunaux disposent de *très peu de moyens à part l'emprisonnement* pour satisfaire à ces objectifs, lesquels sont essentiels au maintien d'une société *juste, paisible et respectueuse des lois.* »<sup>826</sup>

Ici, la majorité est bien consciente que les attentes du public à l'égard des peines associées à certaines infractions commandent généralement le retrait du délinquant de son milieu social et les avalise. Pourtant, il a toujours été de la fonction du juge de relativiser ces attentes par la poursuite de la modération. Comme le fera remarquer la dissidence, la majorité dans l'arrêt *Lacasse* semble abandonner la poursuite de cette fonction particulière en choisissant plutôt de *cultiver* et de *renforcer*, à tort, le lien entre ces objectifs et la peine d'emprisonnement<sup>827</sup>. Étant donné que la

---

<sup>824</sup> *A contrario*, le contre-courant jurisprudentiel, tentant de résister aux directives de *Friesen*, met de l'avant que : « However, while s. 718.01 requires that deterrence and denunciation have priority, nonetheless, the sentencing judge retains discretion to accord significant weight to other factors (including rehabilitation and Gladue factors) in exercising discretion in arriving at a fit sentence, in accordance with the overall principle of proportionality (see *R. c. Bergeron*, 2013 QCCA 7 (C.A. Que.), at para. 37 (CanLII)). (at para. 104) (Emphasis added.) », *R. v. Nepon*, préc., note 628, par. 23 (soulignement du juge).

<sup>825</sup> *R. v. Killam*, 1999 CanLII 2489 (ON CA), par. 13-14 : « Incarceration remains the most formidable denunciatory weapon in the sentencing arsenal. (...) I admit to considerable doubt as to whether a conditional sentence could adequately reflect the gravity of this offence and send the proper denunciatory message to the public. »

<sup>826</sup> *R. c. Lacasse*, préc., note 557, par. 6 (nos italiques).

<sup>827</sup> La dissidence s'est exprimée à juste titre ainsi *Id.*, par. 132-133 : « Je nuancerais également les propos de mon collègue selon lesquels les tribunaux disposent de « très peu de moyens à part l'emprisonnement » (par. 6) pour satisfaire aux objectifs de dissuasion générale ou spécifique et de dénonciation lorsque ceux-ci doivent primer. Selon moi, les tribunaux ne doivent pas présumer d'emblée que l'emprisonnement constitue dans tous les cas la sanction à privilégier afin d'atteindre ces objectifs. Agir ainsi irait à l'encontre d'autres principes de détermination de la peine. Les tribunaux doivent plutôt examiner « toutes les sanctions substitutives » à l'emprisonnement qui sont raisonnables dans les circonstances : al. 718.2e) *C. cr.*; *Gladue*, par. 36. Le principe de common law voulant que, même s'il est nécessaire d'imposer une peine d'emprisonnement, la sanction doit être la moins sévère possible dans les circonstances est codifié à l'al. 718.2d) *C. cr.* : Ruby, Chan et Hasan, p. 510. Notre Cour a souligné la volonté du législateur d'accorder une plus grande importance à ce principe de modération dans le recours à l'emprisonnement comme sanction, et ce, pour tous les délinquants : *Proulx*, par. 17. Le tribunal qui insiste sur la dissuasion générale doit donc toujours garder à l'esprit ce principe de modération et celui relatif à la proportionnalité (...) »

dénonciation est intrinsèquement liée à toutes les interventions de l'institution pénale – la criminalisation d'un comportement, la dénonciation, l'arrestation, la poursuite, la détention préventive ou la remise en liberté sous conditions, le verdict de culpabilité, etc. –, chercher à prioriser *une fois de plus* la dénonciation à travers la peine risque d'induire un débalancement au sein de la proportionnalité en venant créer une suremphase autour de la gravité du crime<sup>828</sup>. Malgré ce fait, la Cour suprême dans *Friesen* a plutôt choisi de renforcer, encore une fois, ce lien en affirmant que « l'objectif de l'isolement est *étroitement* lié à la dissuasion et à la dénonciation des infractions d'ordre sexuel contre les enfants (...) l'isolement du reste de la société peut servir à renforcer la dissuasion et la dénonciation et à les mettre en application. »<sup>829</sup> Elle a même affirmé qu'« [i]l ne leur suffit pas [aux tribunaux] de *déclarer* que de telles infractions sont graves. La *peine infligée* doit *refléter* le caractère normatif des actes du délinquant et les torts qu'ils causent aux enfants, à leurs familles, à leurs gardiens et à leurs collectivités »<sup>830</sup>.

---

<sup>828</sup> B. BERGER, préc., note 160 : « La détermination d'une peine proportionnelle comporte donc une mesure appropriée de dénonciation. Le fait de choisir la dénonciation comme objectif précis dans une affaire donnée ou pour une catégorie précise d'infractions ne peut donc avoir pour effet que d'imposer une peine allant au-delà de ce qui serait une peine proportionnelle. Par cette pratique, l'État utilise les peines ayant un impact sur la liberté et sur les conditions physiques d'un individu, uniquement à des fins de communication. Dans l'optique selon laquelle la détermination de la peine ne doit être perçue que comme un des éléments du système de justice pénale, il ne faut pas oublier que la criminalisation (c'est-à-dire la détermination de ce qui constitue un crime), la poursuite et la déclaration de culpabilité sont d'autres moyens importants de dénoncer un comportement. En résumé, il est difficile de justifier la dénonciation comme un objectif prioritaire pour définir ce que doit être la *juste* nature et le *juste* quantum de la peine. »; Richard DUBÉ et Sébastien LABONTÉ, « La dénonciation, la rétribution et la dissuasion : repenser trois obstacles à l'évolution du droit criminel moderne », (2016) 57-4 *Cahier de Droit* 685, p. 694 : « Si le sentiment exprimé peut en effet être plus important que le signe à travers lequel il s'exprime, fondé sur une théorie de la communication, l'objectif de la dénonciation pourrait être considéré comme pleinement atteint dès le moment de la déclaration de culpabilité, soit avant toute détermination de la peine et indépendamment de celle-ci. C'est parce que nous sommes attachés à une valeur que nous déclarons quelqu'un coupable d'une transgression. Cette déclaration est déjà en soi le message réprobateur et la réitération de notre attachement aux valeurs fondamentales de la société. » *Id.* : « [Dans *R. c. Michael*, 2014 ONCJ 360, par. 48], la Couronne demande au juge d'ajouter 27 jours de détention à la probation ordonnée, le juge Paciocco décline, considérant que "[n]ecessary messages had already been sent by the pretrial incarceration". Ce que le propos suggère ici, c'est que certains messages, dont celui de la dénonciation, peuvent être communiqués avant même la déclaration de culpabilité, en l'occurrence, dans une phase du processus judiciaire où l'individu est encore présumé innocent. » *Id.*, p. 711-712 : « La dénonciation peut se faire dans le discours, sans peine ni affliction ni exclusion. »; H. PARENT et J. DESROSIERS, préc., note 520, p. 563 citant *Harbour c. R.*, 2017 QCCA 204, par. 39 et Julian ROBERTS, « L'énigme du sphinx : l'emprisonnement avec sursis après l'arrêt *R. c. Proulx* de la Cour suprême », dans MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *le nouveau visage de l'emprisonnement avec sursis*, Ottawa, Ministère de la justice du Canada, division de la recherche et de la statistique, 2000, p. 43 : « (...) le lien qui s'est forgé entre l'emprisonnement et la dénonciation n'est pas immuable : « [II] n'existe pas de lien naturel entre la prison et la réprobation sociale, ce n'est qu'une association qui s'est forgée au cours des siècles (...) Nous réussissons un jour à marquer la réprobation de la société à l'égard des conduites blâmables en ayant recours à des moyens qui n'exigent pas que le délinquant soit retiré de la collectivité (...) »; Alvaro P. PIRES, « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique », (2001) 33-1 *Sociologie et Sociétés* 179.

<sup>829</sup> *R. c. Friesen*, préc., note 11, par. 103 (notre italique).

<sup>830</sup> *Id.*, 76 (nos italiques).

Les OPOs s'appliquent à l'égard de crimes partageant entre eux une même *nature* et qui touchent plus particulièrement certaines *personnes jugées socialement vulnérables* face aux risques associés à la criminalité. Ils organisent les pratiques pénales autour de la protection effective et concrète des personnes bénéficiant d'un statut de vulnérabilité jugé absolu. Pour l'instant, les membres de la société bénéficiant d'un *statut de vulnérabilité absolue*, et envers lesquels s'appliquent les OPOs, sont *les personnes âgées de moins de 18 ans* (2005), *les agents de la paix et les personnes associées au système judiciaire* (2009), *les individus ayant besoin d'un animal d'assistance* (2015) et *toute autre personne vulnérable en raison de sa situation personnelle, notamment les femmes, les femmes en couple face à leur conjoint et les femmes autochtones* (2019)<sup>831</sup>.

Les OPOs, conjugués à d'autres indicateurs législatifs, favorisent clairement les peines d'emprisonnement lorsque le crime touche à une personne jugée « absolument » vulnérable. Par exemple, dans le cas des crimes de nature sexuelle envers les enfants, la gravité du crime est renforcée non seulement par l'OPO de l'art. 718.01 *C.cr.*, mais aussi par une hausse des peines maximales et minimales (avec tous les impacts techniques sur l'inflation des peines que nous avons expliqués) et par la codification de nombreux facteurs aggravants<sup>832</sup> directement liés à la nature même de ces crimes<sup>833</sup>. Récemment le législateur a repris cette même stratégie, visant à relever l'importante gravité d'un *type de crime en particulier* et la nécessité de protéger *certaines personnes plus vulnérables* par la mise à l'écart de l'assaillant, par la création d'un nouvel OPO et d'un facteur aggravant qui lui est directement associé pour les crimes de *nature conjugale ou sexuelle* envers les *femmes*<sup>834</sup>. Ces indications législatives visent à renforcer la présomption d'incarcération dans le cas d'un mauvais traitement à l'égard d'un partenaire intime en prenant en

---

<sup>831</sup> Arts. 718.01, 718.02, 718.03. Voir aussi l'art. 718.04 *C.cr.* qui doit se lire avec l'art. 718.201 *C.cr.* créé par la même loi en 2019, cf. *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois*, préc., note 789. Évidemment, rien n'empêche la jurisprudence de découvrir d'autres situations personnelles susceptibles d'augmenter la vulnérabilité. Rien n'empêche non plus le législateur d'adopter dans le futur une nouvelle disposition visant à conférer un statut de vulnérabilité absolue à un autre groupe populationnel jugé vulnérable.

<sup>832</sup> Art. 718.2 a)(ii.1), (iii) et (iii.1) *C.cr.* (2005, 1996, 2012).

<sup>833</sup> *R. c. Friesen*, préc., note 11, par. 116 : « Ces quatre signaux législatifs témoignent de la reconnaissance par le législateur de la vulnérabilité intrinsèque des enfants et du caractère répréhensible de l'exploitation de cette vulnérabilité. »

<sup>834</sup> Arts. 718.04 et 718.201 *C.cr.*

considération la « vulnérabilité accrue » des femmes et *a fortiori*, des femmes autochtones – consacrant ainsi une forme d’intersectionnalisme de type répressif<sup>835</sup>.

Cette technique visant la création de statuts de vulnérabilité *absolue* crée une frontière inaltérable et caricaturale des rôles entre la victime et l’assaillant. La victime qui possède les caractéristiques de vulnérabilité mentionnées par l’article se voit attribuer *de facto* une *personae* absolue et incontestable de vulnérabilité tandis qu’on prête à l’accusé l’intention d’avoir nécessairement « profité » de cette vulnérabilité : « Ces catégories de criminels étiquetés [« prédateurs sexuels »] et assimilés arbitrairement à des dangereux, lorsqu’elles deviennent des catégories juridiques, cernent dans leur définition un plus grand nombre de personnes que ce que les sciences humaines et sociales accepteraient dans leur étiologie de chacun de ces phénomènes. »<sup>836</sup> L’attribution de ces rôles caricaturaux s’effectue en dépit d’une considération de la vulnérabilité sociale de l’assaillant (sa part d’innocence morale). Par exemple, l’accusé qui crée un préjudice à un enfant se voit attribuer présomptivement dans l’arrêt *Friesen* une *personae* de « prédateur » par le simple fait de la vulnérabilité absolue de sa victime, même s’il a simplement agi par naïveté sociale comme c’est souvent le cas des personnes autistes<sup>837</sup> : « Les infractions d’ordre sexuel à l’égard des enfants sont répréhensibles précisément parce que leurs auteurs *reconnaissent* et *exploitent* la vulnérabilité particulière des enfants »<sup>838</sup>. Pourtant, comme le reconnaît elle-même la Cour suprême, ces *personae* ne sont pas si faciles à départager dans la réalité : « les enfants [qui sont victimes d’un crime sexuel] peuvent être plus enclins à faire subir eux-mêmes de la violence sexuelle à des enfants une fois devenus adultes »<sup>839</sup>. Néanmoins, il semblerait que l’intolérance entretenue par la

---

<sup>835</sup> Sur le recours à la répression pénale par les mouvements visant la justice sociale, cf. Aviram, HADAR, « Progressive Punitivism: Notes on the Use of Punitive Social Control to Advance Social Justice Ends », (2019) *Buffalo Law Review*, Forthcoming, UC Hastings Research Paper No. 364.

<sup>836</sup> H. DUMONT, préc., note 533, p. 252, sur un sujet analogue, mais dont les propos cadrent bien dans ce contexte-ci : « Cet étiquetage a pour effet de donner une vision simpliste de la criminalité et de conférer une place non méritée à la dangerosité criminelle. La peur et l’arbitraire déterminent l’exercice de la répression punitive au détriment de la raison et des connaissances. (...) Ce simplisme constitue un arrêt de penser le complexe et une occasion de stigmatiser et d’exclure de la société plusieurs personnes sans forme de procès et sans preuves étoffées. Cet étiquetage permet d’imposer des mesures préventives et neutralisantes de longue durée à ces criminels et empêche d’élaborer de véritables solutions aux divers problèmes sociaux que révèlent ces catégories de criminalité. »

<sup>837</sup> Nous y reviendrons dans la sous-partie II.5.2.4. sur les indicateurs de risque.

<sup>838</sup> *R. c. Friesen*, préc., note 11, par. 135 (nos italiques).

<sup>839</sup> *Id.*, préc., note, par. 81. Cela est encore plus vrai lorsque la personne ayant subi un abus sexuel est elle-même autiste, Luke P. VINTER et Gayle DILLON, préc., note 48, p. 101 : « It has been reported that autistic individuals have more difficulty in effectively processing and coping with traumatic experiences of abuse, which could contribute to an increased risk of sexual offending, particularly if the abuse was sexual in nature (Bleil Walters et al., 2013). »

population envers ce *type* de crime causé envers ce *type* de victime commande une vision absolutiste des rôles afin de légitimer le retrait social des délinquants qui commettent ces crimes.

Par l'entremise de ces statuts absolus de vulnérabilité, le législateur offre au juge une alternative toute faite à l'exercice complexe de la détermination de la peine; une solution prédéterminée en ce sens qu'elle précède les observations sur la peine et donc qu'elle est *extérieure* à la réalité psychologique et sociale du délinquant et au crime qu'il a effectivement commis. Pour ces raisons, cette directive nous semble contraire au principe d'individualisation et, surtout, de proportionnalité de la peine. À travers le déploiement des pratiques liées à ces OPOs nous observons une affirmation de la part de législateur que la fonction de l'institution pénale est de protéger effectivement la société réelle et des membres qui seraient désignés par lui comme étant plus vulnérables aux risques de subir un acte criminel. Le législateur impose un agenda sécuritaire au juge chargé de déterminer la peine. Les OPOs suggèrent que lorsque la victime appartient à un groupe jugé plus vulnérable aux risques associés à la criminalité, celle-ci devrait pouvoir bénéficier d'une sorte d'« assurance » que son assaillant sera retiré de son milieu social et contrôlé sur le long terme.

**Facteurs aggravants de la peine liés à la vulnérabilité « relative » de la victime face aux risques de criminalité.** L'institution pénale doit désormais garantir que certains rapports interpersonnels plus vulnérables aux risques de criminalité soient à l'abri de toutes formes d'interférence. Comme nous le verrons, certains facteurs aggravants concourent à la création d'une forme de garantie que l'accusé sera incarcéré ou contrôlé à long terme s'il porte atteinte à certaines aires d'autonomie protégées en priorité par l'institution pénale.

Au cours des deux dernières décennies, le législateur a indiqué plusieurs facteurs que le juge doit obligatoirement prendre en compte afin d'individualiser la peine et ainsi mieux répondre au principe de proportionnalité, une fois celui-ci réinterprété pour servir sa nouvelle fonction de protection effective. Ces facteurs se révèlent être *tous* des facteurs aggravants de la peine (le *Code* ne reconnaît aucun facteur atténuant) et s'organisent pour la grande majorité autour de la nature du crime et de la vulnérabilité de la victime<sup>840</sup>. Comme nous l'avons déjà vu, le législateur a prévu certains statuts « absolus » de vulnérabilité. Ainsi le simple fait pour la victime d'être âgée de

---

<sup>840</sup> Arts. 718.2(a) et 718.201. *C.cr.*

moins de 18 ans doit, non seulement avoir pour conséquence de prioriser la dénonciation et la dissuasion, mais également être considéré comme un facteur aggravant de la peine. Mais le législateur a aussi prévu certains indicateurs de vulnérabilité « relative », c'est-à-dire propre à certaines situations sociales ou à certains rapports interpersonnels plus risqués où les personnes sont jugées plus vulnérables. Cette vulnérabilité particulière des membres de la société est considérée à travers les autres facteurs aggravants listés à l'art. 718.2 *C.cr.* ou ailleurs dans le *Code*. Sont jugées vulnérables aux risques les personnes présentes dans la maison lors d'une invasion à domicile<sup>841</sup>, la personne appartenant à une minorité susceptible d'être discriminée<sup>842</sup>, la personne par rapport à son conjoint ou à un membre de sa famille en raison du rapport de confiance qui y règne<sup>843</sup>, la personne face à une personne de confiance ou d'autorité<sup>844</sup>, la personne dont les préjudices peuvent être plus importants en raison de sa situation personnelle (âge, santé, finance)<sup>845</sup> et les membres de la société, en général, par rapport à l'accusé bénéficiant d'une mesure de contrôle du risque en dehors de la prison<sup>846</sup>. Ceci témoigne d'une volonté de réorganisation des pratiques en matière d'imposition de la peine autour de la nouvelle fonction de protection effective et directe des aires d'autonomie des personnes plus vulnérables par la neutralisation du délinquant. Ces facteurs étant censés guider le juge dans son application du principe d'individualisation et de proportionnalité, la manœuvre du législateur suggère une fonction de la proportionnalité qui permet de garantir l'exclusion sociale et le contrôle à long terme des délinquants commettant certains types de crime qui touchent aux aires d'autonomie des personnes plus vulnérables.

Compte tenu du niveau élevé de *risque* d'interférence dans les interactions impliquant une *relation de confiance et d'autorité*, le législateur s'est assuré de renforcer la protection contre les risques dans ces interactions sociales en s'assurant (« shall ») que le juge considèrera l'abus de confiance ou d'autorité comme un facteur aggravant de la peine, comme le prévoit l'art. 718.2(iii) *C.cr.*<sup>847</sup>. Forte de sa nouvelle fonction de protection des aires d'autonomie des plus vulnérables dans la société, la Cour suprême dans *R. v. Friesen* a même élargi cette notion d'abus de confiance et

---

<sup>841</sup> Art. 348.1 *C.cr.* (2002).

<sup>842</sup> Art. 718.2(a)(i) *C.cr.* (1996).

<sup>843</sup> Art. 718.2(ii) *C.cr.*

<sup>844</sup> Art. 718.2(iii) *C.cr.* (1996).

<sup>845</sup> Art. 718.2(iii.i) *C.cr.* (2012).

<sup>846</sup> Art. 718.2(a)(vi) *C.cr.* (2015).

<sup>847</sup> (1996).

d'autorité pour imbriquer divers types de relations de confiance. Si la Cour reconnaît que « les relations de confiance se présentent dans de nombreuses situations et [qu']elles ne devraient pas toutes être traitées sur le même pied »<sup>848</sup>, elle reconnaît également que le facteur aggravant prévu à l'art. 718.2(iii) *C.cr.* peut s'appliquer à un large « spectre » de situations de confiance »<sup>849</sup> et reconnaît du même souffle que « tout abus de confiance est susceptible d'accroître le préjudice causé à la victime et, partant, la gravité de l'infraction. »<sup>850</sup> L'article devra s'appliquer désormais autant aux relations de confiance dites « classiques » – membres de la famille directe, gardiens, enseignants et médecins<sup>851</sup> – qu'aux relations avec un *étranger* envers lequel la victime avait développé *subjectivement* un certain lien de confiance<sup>852</sup>. Les personnes plus vulnérables sont alors en droit de s'attendre à la même protection effective de la part de l'institution pénale dans les deux cas, c'est-à-dire qu'un abus de confiance sera automatiquement traité d'une manière répressive par le tribunal. Si l'institution pénale ne peut protéger au quotidien toutes les personnes; elle prescrit ici une seule et même obligation de protection à l'égard des personnes vulnérables sous peine d'une répression plus sévère. Cette obligation s'applique uniformément à tous, même ceux qui sont atteints d'un trouble mental.

**La victime au cœur du nouvel ordre à maintenir : vers la compensation de la gravité des préjudices réels ou potentiels.** La *Loi édictant la Charte canadienne des droits des victimes et modifiant certaines lois*<sup>853</sup> adoptée en 2015 a permis de réviser le statut de la victime au sein du processus de la détermination de la peine, tout en modifiant, dans un même effort, la description fonctionnelle de l'institution pénale prévue à l'art. 718 *C.cr.* pour y rajouter, entre autres, que le prononcé des peines a pour objectif essentiel de « protéger la société »<sup>854</sup>. Ces modifications ont

---

<sup>848</sup> *R. c. Friesen*, préc., note 11, par. 125.

<sup>849</sup> *Ibid.*

<sup>850</sup> *Id.*, par. 126.

<sup>851</sup> *Id.*, par. 130.

<sup>852</sup> *Id.*, par. 125 : « Un délinquant peut occuper simultanément plusieurs positions dans le spectre et une relation de confiance peut progresser le long du spectre au fil du temps (voir *R. c. Vigon*, 2016 ABCA 75, 612 A.R. 292, par. 17). Dans certains cas, la manipulation psychologique du délinquant peut donner naissance à une nouvelle relation de confiance, un phénomène courant dans les cas de leurre d'enfants où les enfants se font manipuler par de parfaits étrangers sur Internet, ou faire progresser une relation de confiance existante le long du spectre. »

<sup>853</sup> *Loi édictant la Charte canadienne des droits des victimes et modifiant certaines lois*, préc., note 246.

<sup>854</sup> *Id.*, art. 23. Comme le veulent les règles d'interprétation voulant que le législateur ne s'exprime pas pour ne rien dire et qu'un article doive s'interpréter avec le reste de la loi, nous jugeons que l'ajout de cette expression (« protéger la société ») à la description fonctionnelle de l'institution pénale doit se lire avec la volonté claire qui se dégage dans la loi, soit de « personnifier », « matérialiser » et « concrétiser » les dommages causés par un comportement criminel en consacrant à la victime un nouveau statut central dans la détermination de la peine.

eu pour effet de placer les victimes, et corolairement les victimes potentielles, au centre du nouvel ordre public à protéger par l'institution pénale et leurs préjudices au centre de la définition de la gravité morale du crime.

Un formulaire de la *Déclaration de la victime* (« *Victim impact statement* » ou « VIS ») a été créé par la loi permettant ainsi d'uniformiser, de renforcer et d'étendre la pratique de considérer la déclaration de la victime. Ce formulaire est organisé et centré autour des différents préjudices subis par la victime, permettant ainsi au juge de détailler, de justifier et de soutenir la poursuite de la visée dénonciatrice et compensatoire de la peine<sup>855</sup>. Il permet dès lors de décrire d'une manière *très précise*, ou du moins d'*inciter* la victime à déclarer *dans le moindre détail*, les préjudices « matériels, corporels ou moraux ou des pertes économiques » qu'elle a subis, couvrant ainsi la *totalité* des dimensions du préjudice découlant du crime tel que vécu par la victime : « répercussions d'ordre émotif », « répercussions d'ordre physique », « répercussions d'ordre économique », « craintes concernant la sécurité » et d' « autres » préjudices et répercussions<sup>856</sup>. Le juge est tenu de prendre en compte la déclaration de la victime et doit proactivement chercher à donner l'occasion à la victime de la faire<sup>857</sup>.

La nouvelle loi oblige également le juge de faire un tri dans la déclaration de la victime et d'en retirer tous les indicateurs « pertinents » eût égard à la décision à prendre selon le premier alinéa de l'art. 722 *C.cr.* (c'est-à-dire, la peine à infliger) et à faire « abstraction de toute autre partie ». C'est donc dire que le VIS n'a d'intérêt pour l'institution pénale que dans la mesure où elle permet de la renseigner sur le degré du préjudice subi par la victime afin de *déterminer la peine correspondante à infliger et si l'accusé peut ou non bénéficier d'une absolution*<sup>858</sup>. Ceci permet de

---

<sup>855</sup> Elizabeth JANZEN, « The Dangers of a Punitive Approach to Victim Participation in Sentencing: Victim Impact Statements after the Victims Bill of Rights Act », (2020) 43-4 *Man LJ* 85, par. 9 (sur Lexis Nexis).

<sup>856</sup> Formule 34.2 *C.cr.* de la Partie XXVIII.

<sup>857</sup> Art. 722(1)(2) *C.cr.*

<sup>858</sup> É. JANZEN, préc., note 855, par. 30 : « The VBRA also introduced a new subsection in s. 722(8), which specifies that when the court considers a victim impact statement, it "shall take into account the portions of the statement that it considers relevant to the determination referred to in [s. 722(1)] and disregard any other portion." This addition suggests that even where a victim impact statement includes impermissible content, the court may still accept it as evidence and simply disregard irrelevant portions rather than excluding it completely or requiring it be redacted or rewritten. However, it still sends the message that only "relevant" content, defined as evidence of harm or loss -- i.e., information which would tend to increase the severity of the sentence -- is of use to the sentencing decision. »

relever la nature principalement instrumentale de la déclaration, du vécu et de l'injustice de la victime.

Grâce à l'arrêt *Friesen*, ces déclarations bénéficient désormais d'un statut quasi incontestable. Elles constituent selon la Cour « la meilleure preuve » du préjudice subi, même quand elles sont réalisées par un tiers<sup>859</sup>. Le juge doit donner un plein effet au témoignage de la victime, ce qui consacre ses préjudices déclarés, ses attentes, ses craintes, et, si le juge l'autorise, sa recommandation au sujet de la peine comme une mesure inévitable de la peine<sup>860</sup>, reconditionnant ici aussi le principe de proportionnalité. Le VIS est d'ailleurs généralement traduit, de manière simpliste, à travers le recours au facteur aggravant de l'art. 718.2a)(iii.1) *C.cr.*<sup>861</sup> (ou, en common law, par un facteur nommé « l'impact sur les victimes »). Cette pléthore de préjudices, une fois listés sur papier, permet également d'évaluer à la hausse la « gravité du crime » et d'augmenter la sévérité de la sentence : « While the legislation makes some surface-level attempts to improve communication and victim expression, its focus is on emphasizing the use of victim impact statements as a means to compile evidence of harm, which is used to increase the severity of sentences. »<sup>862</sup> En effet, cette réorganisation « de forme » n'est pas dénuée d'effet normatif concret, elle est susceptible d'avoir un effet contraignant non négligeable dans la délibération du juge : « the overwhelming evidence of harm presented to the sentencing judge may have caused her to over-emphasize this consideration at the expense of significant mitigating factors, leading to an excessively harsh sentence. »<sup>863</sup> De cette manière, la gravité du crime commis par l'accusé, sa gravité « morale » pour la collectivité, se laisse désormais définir en grande partie par la réalité des préjudices personnels vécus par la victime, ses besoins et ses attentes. Au lieu d'agir de manière distante, dans un ordre moral abstrait et dépersonnalisé, l'institution pénale se rapproche de plus en plus de la réalité du crime et des préjudices qui en découlent, des membres de la société touchés directement

---

<sup>859</sup> Dans *R. c. Friesen*, préc., note 11, par. 85 on confère aux VIS un statut quasi-incontestable : « Plus précisément, les déclarations des victimes, y compris celles faites par les parents et gardiennes et gardiens de l'enfant, constituent habituellement la [TRADUCTION] « meilleure preuve » du préjudice subi par la victime (*R. c. Gabriel* (1999), 137 C.C.C. (3d) 1 (C.S.J. Ont.), p. 11). »

<sup>860</sup> Formule 34.2 *C.cr.* à la Partie XXVIII.

<sup>861</sup> (2012)

<sup>862</sup> É. JANZEN, préc., note 855, par. 3.

<sup>863</sup> *Id.*, par. 47 : « Although the consequences of Mr. Sidhu's actions were unquestionably tragic, his sentence exemplifies problems both with the instrumental use of victim impact statements to compile evidence of harm, and with the direction provided to sentencing judges through the VBRA amendments to the principles and purposes of sentencing that align consideration of victims with punitive sentencing principles. »

ou indirectement par le crime. Le législateur transforme donc la *juste* distance à partir de laquelle l'institution pénale doit intervenir; il propose un changement d'échelle.

Dans cette même loi, le législateur suggère que le magistrat peut désormais dénoncer le crime et « le tort causé par celui-ci aux victimes » *indépendamment* du tort causé, plus largement, à « la collectivité »<sup>864</sup>. Assenant le coup de grâce à la réforme de 1996, le législateur limite également l'examen des sanctions substitutives à l'incarcération aux situations raisonnables qui le justifient en demandant de tenir compte « du tort causé aux victimes »<sup>865</sup>. La loi élargit en outre la définition de « victime » au *Code criminel* pour y inclure toutes les victimes collatérales<sup>866</sup>. Elle permet ainsi à un nombre plus important de personnes de déposer un VIS. La loi renforce également le recours à la *Déclaration au nom de la collectivité* (« CIS ») : en permettant dorénavant son utilisation pour *toutes* les infractions<sup>867</sup>. Cette déclaration doit obligatoirement être prise en compte par le tribunal lorsqu'il y en a une. Contrairement à ce que son nom suggère, cette *Déclaration* « au nom de la collectivité » se révèle bien souvent en pratique être une déclaration au nom d'un « regroupement de victimes » ou d'un groupe d'intérêt (ayant une vision fixe et stricte de la victimisation) et non une déclaration par un représentant qui s'exprime au nom de la collectivité en général qui juge l'accusé. Ainsi, l'ordre public commun ne se comprend plus qu'à travers le prisme de la société réelle, elle-même comprise comme l'addition des victimes, des victimes collatérales ou des victimes potentielles.

Désormais, le traitement réservé à l'accusé par l'État n'est plus central à l'ordre moral public à maintenir; on *oppose* dorénavant l'accusé à sa victime et aux membres de sa communauté<sup>868</sup>. L'institution pénale doit désormais s'enquérir de la *réalité* de l'interférence réalisée par l'accusé et de ce qu'elle signifie *réellement* pour les victimes avant de prononcer la peine, donc pour ceux qui transigeaient quotidiennement avec l'accusé et qui pourraient le côtoyer à nouveau si le juge

---

<sup>864</sup> L'art. 23 de la *Loi édictant la Charte canadienne des droits des victimes et modifiant certaines lois*, préc., note 246, vient rajouter également la conjonction alternative « OU » à l'art. 718 f) *C.cr.* « susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes [ou] à la collectivité. »

<sup>865</sup> *Id.*, vient modifier l'article 718.2e) *C.cr.*

<sup>866</sup> *Id.*, art. 3 modifiant l'art. 2 *C. cr.*

<sup>867</sup> *Id.*, art. 26.

<sup>868</sup> É. JANZEN, préc., note 855, par. 52 : « An instrumental approach is problematic because it tends to use victims as a means to a specific end -- increasing sentence severity -- which promotes an unfortunate and dangerous "victim versus offender" conception of demonstrating respect for victims »

prononce une peine de contrôle à l'extérieur de la prison ou une fois que celui-ci sera libéré de prison.

En définitive, le législateur confère en quelque sorte aux victimes un droit personnel au retrait social de l'accusé ou à son contrôle extensif et répressif à moyen ou long terme. On exprime de cette manière le droit de la victime et des autres membres de la société de transiger et d'interagir en société sans un tel individu. Plus les préjudices sont importants, nombreux et variés, et plus la déclaration est étoffée et détaillée, plus cet instrument – en raison de son effet normatif indirect, mais certain – est susceptible de dissuader le juge de prononcer une peine modérée. Cette déclaration a une fonction stratégique, elle permet à l'institution pénale d'identifier les délinquants « dangereux » qui ont la capacité de causer des dommages importants à un nombre étendu de personnes; elle permet de justifier et d'étayer le recours à un contrôle à moyen ou long terme de ceux-ci.

Intensifiant cette tendance à représenter le plus fidèlement possible la *totalité* des préjudices découlant de l'acte, à travers la gravité du crime et de la peine, la Cour suprême dans *Friesen* exige désormais que l'institution pénale prenne en compte les *risques* que l'accusé fait courir aux victimes en intégrant dans son évaluation une prédiction de tous les préjudices latents qui pourraient découler du crime :

« Au moment d'analyser la gravité de l'infraction, les juges doivent donc toujours tenir compte *des formes de préjudice potentielles* qui ne se sont pas encore concrétisées au moment de la détermination de la peine, mais qui sont une conséquence *raisonnablement prévisible* de l'infraction et qui *pourraient* en fait se manifester *plus tard* durant l'enfance ou à l'âge adulte. »<sup>869</sup>

La Cour permet donc désormais aux tribunaux de présumer que la victime a subi certains préjudices, et ce, même en l'absence de preuve directe d'un préjudice<sup>870</sup>. Ces nouvelles directives de la Cour suprême témoignent du caractère, au fond, instrumental et stratégique de la déclaration de la victime et de l'aspect *secondaire* du récit et du vécu de la victime. En effet, le VIS n'a pas qu'une visée thérapeutique ou symbolique pour la victime, il est d'un grand intérêt pour l'institution pénale dans la mesure où il lui permet d'identifier, de documenter, de mettre l'emphase sur l'étendue et la variété des préjudices que l'accusé est *susceptible* de causer ainsi que sur les

---

<sup>869</sup> *R. c. Friesen*, par. 84, voir aussi au par. 86 et 131.

<sup>870</sup> *Id.*, par. 86 à lire avec le par. 84.

risques et les préjudices potentiels qu'il a fait encourir aux personnes vulnérables. L'institution pénale se révèle finalement aussi intéressée par le vécu de la victime réelle, que par l'impact sur les victimes collatérales, et, désormais, sur les victimes potentielles; elle est autant intéressée par les préjudices réels, que par les préjudices virtuels et latents et donc, par les *risques* de préjudices qu'a fait encourir l'accusé à sa victime. De son côté, la gravité morale de l'acte effectivement commis par l'accusé se laisse définir en grande partie par la réalité de ces préjudices et ces risques que l'accusé fait courir aux membres de la société. La proportionnalité se retrouve ainsi redirigée au service de la nouvelle mission de protection effective de la société; elle doit compenser la gravité du crime, elle-même comprise à travers le prisme des préjudices réels et des *risques* de préjudice, l'ordre public commun étant, lui, réduit à une communauté de victimes réelles et potentielles.

Le principe de proportionnalité, dans sa conception traditionnelle, était pourtant considéré comme étant à même de « favoris[er] la justice envers les victimes »<sup>871</sup> en garantissant que l'interférence *personnelle* et l'injustice *individuelle* subies ne seraient pas ignorées par la collectivité. En prévoyant que la peine soit proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du contrevenant, le principe de proportionnalité garantit que la gravité du crime sera nécessairement prise en compte, même si elle n'est pas seule à mesurer la peine. Elle s'assure par le fait même que la peine conserve « un *certain* rapport avec l'infraction » subie par la victime<sup>872</sup>. La force de ce rapport est néanmoins susceptible de varier en fonction de l'autre mesure fondamentale de la peine : la responsabilité morale du délinquant. Il est clair que, pour ne pas déformer radicalement la nature publique, morale et symbolique de ses interventions<sup>873</sup>, ce que nous avons établi comme étant sa fonction normative propre, l'institution pénale doit réagir à l'interférence individuelle *uniquement dans la mesure où la peine concourt au maintien d'une*

---

<sup>871</sup> R. c. Ipeelee, préc., note 546, par. 37.

<sup>872</sup> *Id.* (notre italique). *Id.* : « Premièrement, la reconnaissance de ce principe *garantit que la peine reflète la gravité* de l'infraction et crée ainsi *un lien étroit* avec l'objectif de dénonciation. La proportionnalité favorise ainsi *la justice envers les victimes et assure la confiance du public* dans le système de justice. La juge Wilson a exprimé ce principe de la manière suivante dans ses motifs concordants, dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 533 : Il est essentiel, dans toute théorie des peines, que la sentence imposée ait un *certain rapport avec l'infraction*. Il faut que la sentence soit appropriée et proportionnelle à la gravité de l'infraction. Ce n'est que dans ce cas que le public peut être convaincu que le contrevenant « méritait » la punition qui lui a été infligée et avoir confiance dans l'équité et la rationalité du système. » (nos italiques)

<sup>873</sup> É. JANZEN, préc., note 855, par. 15 : « As the contemporary criminal justice system imposes punishment for offences committed against the state in the public interest, of which victims are only one part, the state should aim for consistency and fairness among defendants and proportionality with regard to the seriousness of the offence rather than the circumstances of the individual victim. » Cf. aussi Andrew ASHWORTH, « Victim Impact Statements and Sentencing » (1993) *Crim L Rev* 498, p. 503.

*société juste, paisible et sûre*. L'imposition d'un châtement *juste* et proportionnel profite à la victime dans la mesure où celle-ci fait également partie de la collectivité morale au sens large<sup>874</sup>. La proportionnalité dans son sens traditionnel, en considérant la victime comme n'étant pas *en dehors* de cette collectivité morale, présente l'avantage de *réinstaurer* la victime comme un membre égal au sein du corps collectif. Au lieu d'opposer et de fragmenter le vécu de la victime, du délinquant et du reste de la société, la proportionnalité dans son sens traditionnel permettait de prendre en compte l'acte subi par la victime, sa signification plus large pour la collectivité morale, mais aussi la justesse du traitement réservé à l'accusé.

Pour ne pas rompre cet équilibre, il est nécessaire que la peine soit mesurée en fonction de la gravité morale de l'acte effectivement commis par l'accusé, c'est-à-dire sa signification pour la collectivité et non uniquement pour la victime. Le degré de vulnérabilité de la victime, ses préjudices physiques, matériels et économiques, psychologiques ainsi que ses attentes ne devraient pas s'imposer comme une mesure *déterminante* de la sévérité de la peine et de ses modalités.

### **II. 5.1.3. Reflet du nouvel ordre public à maintenir et critiques de la Cour suprême : une nouvelle organisation des pratiques de l'institution pénale en matière de peine**

L'issue du prononcé de la peine nous semble désormais principalement conditionnée par les indications législatives sur la gravité du crime et sur la vulnérabilité des victimes face aux risques de préjudices. Tout ceci concourt à la diminution de la protection offerte à l'accusé par la limite imposée par le principe de proportionnalité voulant que la peine ne puisse excéder la responsabilité morale de celui-ci. Le législateur, en ne codifiant que des facteurs aggravants<sup>875</sup>, a créé un

---

<sup>874</sup> Comme l'affirme la Professeure M. MANIKIS, préc., note 551, p. 25 : « victimization, offenders and the public confidence are interrelated. More often than not, these actors share similar interests in just sanctions. » Avec égard, nous ne pensons pas, par contre, que la proportionnalité proposée dans *Ipeelee* oppose nécessairement ses deux composantes (gravité et responsabilité morale). Au contraire, R. c. *Ipeelee*, préc., note 546, par. 37 les unit en affirmant qu'« une sanction *juste* prend en compte les deux optiques de la proportionnalité et n'en privilégie aucune par rapport à l'autre. » La proportionnalité est *réintégratrice* plutôt qu'oppositionnelle, car elle prend nécessairement *en compte* les deux faces de la proportionnalité et reconnaît que la victime et la société peuvent aussi bénéficier d'une peine qui est limitée à la responsabilité morale significativement atténuée de l'accusé atteint de troubles mentaux. De cette manière, le principe de proportionnalité unit les différents acteurs sous l'intérêt supérieur qu'ils portent communément envers le prononcé d'une peine *juste*, proportionnelle et limitée. Dans ces cas-là, la victime ne « perd » pas contre l'accusé, la responsabilité morale n'a pas oblitéré ou effacé la gravité du crime, ne l'a pas « remporté » sur l'élément de gravité, les deux ont *été pris en compte*; c'est *juste* que la peine effectivement infligée, quoique limitée dans sa sévérité, reflète avant tout l'intérêt supérieur de tous ces membres (de la victime, de la société et du délinquant) à l'égard d'une peine *juste*, modérée.

<sup>875</sup> Art. 718.2 C.cr.

*débalancement* au sein du principe de proportionnalité. Il a de ce fait perverti la conception traditionnelle de ce principe. L'institution pénale et le législateur semblent avoir perdu de vue cette directive cardinale : « En droit pénal canadien, une sanction juste prend en compte les deux optiques de la proportionnalité et n'en privilégie aucune par rapport à l'autre. »<sup>876</sup>

Après avoir adopté une approche critique face aux réformes législatives, notamment face aux PMOs<sup>877</sup>, la Cour suprême dans l'arrêt *Friesen* a finalement avalisé et internalisé ces indications législatives en donnant une directive *unique* aux cours inférieures de rehausser indistinctement la peine pour une immense liste d'infractions, uniquement parce qu'elles touchent aux enfants<sup>878</sup>:

« Les tribunaux doivent infliger des peines proportionnelles à la gravité des infractions d'ordre sexuel contre des enfants et au degré de responsabilité du délinquant, à la lumière des initiatives du législateur en matière

---

<sup>876</sup> *R. c. Ipeelee*, préc., note 546, par. 37. Le principe de proportionnalité reflète à la fois l'injustice vécue par la victime, la signification de l'acte pour la collectivité morale ET le traitement réservé par l'État à l'accusé.

<sup>877</sup> *R. c. Wust*, 2000 CSC 18, par. 18 : « Les peines minimales obligatoires ne constituent pas la norme au Canada, et elles dérogent aux principes généraux applicables en matière de détermination de la peine énoncés dans le Code, la jurisprudence et la littérature sur le sujet. En particulier, elles dérogent souvent au principe énoncé à l'art. 718.1 du Code, que le législateur a déclaré être le principe fondamental en matière de détermination de la peine : le principe de la proportionnalité »; *R. c. Nur*, préc., note 804, par. 44 : « Implacable, la peine minimale obligatoire est susceptible d'empêcher le tribunal d'arrêter une peine proportionnelle se situant à l'extrémité inférieure de la fourchette. Dans certains cas extrêmes, elle peut même emporter l'infligence d'une peine *injuste*, le délinquant n'étant plus au centre du processus, et ce, d'une manière qui contrevient au principe de proportionnalité. Elle modifie le processus général de la détermination de la peine, lequel prend appui sur l'examen de tous les éléments pertinents pour arriver à un résultat proportionné. Elle influe sur le résultat en modifiant le processus judiciaire habituel de détermination de la peine. »

<sup>878</sup> *R. c. Friesen*, préc., note 11, par. 44 : « Vu les faits de l'espèce, les directives que nous donnons s'attachent aux principes de détermination de la peine à la fois pour l'infraction de contacts sexuels et les infractions qui y sont intimement liées telles que l'incitation à des contacts sexuels (Code criminel, art. 152), l'exploitation sexuelle (Code criminel, par. 153(1)), l'inceste (Code criminel, art. 155) et l'agression sexuelle (Code criminel, art. 271). Les principes que nous formulons valent toutefois aussi pour d'autres infractions d'ordre sexuel contre des enfants, comme le leurre d'enfants (Code criminel, art. 172.1). Les tribunaux doivent donc s'inspirer des principes que nous énonçons en l'espèce au moment d'infliger des peines pour d'autres infractions d'ordre sexuel contre des enfants. Les tribunaux peuvent aussi s'en inspirer au moment d'imposer des peines pour enlèvement d'enfant et des infractions de traite de personnes lorsque la victime est un enfant et que le fondement factuel de la déclaration de culpabilité met en cause de la violence ou de l'exploitation sexuelle. Note de bas de page 2 : Outre le leurre d'enfants, les infractions d'ordre sexuel contre des enfants que décrit le Code criminel comprennent les suivantes : bestialité en présence d'un enfant ou incitation de celui-ci (par. 160(3)); production de pornographie juvénile (par. 163.1(2)); distribution de pornographie juvénile (par. 163.1(3)); possession de pornographie juvénile (par. 163.1(4)); accès à de la pornographie juvénile (par. 163.1(4.1)); père, mère ou tuteur qui sert d'entremetteur (art. 170); maître de maison qui permet des actes sexuels interdits (art. 171); rendre accessible à un enfant du matériel sexuellement explicite (art. 171.1); entente ou arrangement – infraction d'ordre sexuel à l'égard d'un enfant (par. 172.2(1)); exhiber ses organes génitaux devant une personne âgée de moins de 16 ans (par. 173(2)); obtention de services sexuels moyennant rétribution – personne âgée de moins de 18 ans (par. 286.1(2)); avantage matériel provenant de la prestation de services sexuels d'une personne âgée de moins de dix-huit ans (par. 286.2(2)); proxénétisme – personne âgée de moins de dix-huit ans (par. 286.3(2)). Note de bas de page 3 : Plus précisément, les infractions suivantes mettent en cause la traite de personnes ou l'enlèvement d'enfant : traite de personnes âgées de moins de dix-huit ans (par. 279.011(1)); avantage matériel – traite de personnes âgées de moins de dix-huit ans (par. 279.02(2)); rétention ou destruction de documents – traite de personnes âgées de moins de dix-huit ans (par. 279.03(2)); enlèvement d'une personne âgée de moins de 16 ans (par. 280(1)); enlèvement d'une personne âgée de moins de 14 ans (art. 281). »

*de détermination de la peine* et du fait que la société comprend mieux le caractère répréhensible et la nocivité de la violence sexuelle à l'endroit des enfants. »<sup>879</sup>

La Cour suprême a établi une directive *unique* pour une énorme variété d'infractions, qui concernent pourtant une grande variété de situations et de délinquants<sup>880</sup>. Ces infractions n'entretiennent entre elles que deux éléments : la nature du crime et le degré de vulnérabilité de la victime. Ainsi, *au-delà de la responsabilité morale de l'accusé et de la gravité morale de l'acte qu'il a effectivement commis*, les discours et les pratiques déployées en matière de peine se redessinent autour de ces nouveaux éléments fondamentaux.

La Cour suprême a pourtant déjà été critique d'une conception de la proportionnalité qui mettrait une emphase démesurée sur le type de crime commis :

« À mon avis, la lacune dont souffre la thèse selon laquelle le principe de proportionnalité exclurait présomptivement certaines infractions du champ d'application du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement est qu'une telle approche met démesurément l'accent sur la gravité de l'infraction et pas assez sur la culpabilité morale du délinquant. Elle découle d'une méprise fondamentale en ce qui concerne la nature du principe. La proportionnalité commande un examen exhaustif des deux facteurs. Comme le précise l'art. 718.1 : La peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. »<sup>881</sup>

Encore en 2012, dans l'arrêt *Ipeelee*, la majorité de la Cour exprimait bien le problème que représente la création d'infractions « absolument » graves, ayant pour effet de priver l'accusé d'une « évaluation » de sa responsabilité morale :

« En plus de contredire la directive d'interprétation et d'application énoncée par la Cour dans *Gladue*, la non-application de l'al. 718.2e) dans le contexte d'infractions graves soulève plusieurs questions. Premièrement, quelles infractions doivent être considérées comme « graves » à cet égard? Comme le souligne M<sup>me</sup> Pelletier, [traduction] « [L]a notion d'infractions “graves” n'existe pas dans les textes de loi. Le *Code* n'établit pas de distinction entre les crimes graves et ceux qui ne le sont pas. De plus, aucun critère juridique ne permet de déterminer quelles infractions devraient être considérées comme “graves” » (R. Pelletier, « The Nullification of Section 718.2 (e) : Aggravating Aboriginal Over-representation in Canadian Prisons » (2001), 39 *Osgoode Hall L.J.* 469, p. 479). Toute tentative d'établir une exception pour les infractions graves à partir du principe de l'arrêt *Gladue* provoquerait l'apparition de courants jurisprudentiels contradictoires, compte tenu de « la facilité relative avec laquelle les juges de détermination de la peine pourraient considérer un certain nombre d'infractions comme “graves” » (Pelletier, p. 479). (...) ce défaut entraînerait aussi l'imposition d'une peine *injuste* et incompatible avec le principe fondamental de la proportionnalité. »<sup>882</sup>

---

<sup>879</sup> *Id.*, par. 5.

<sup>880</sup> Comme le reconnaît R. c. *Friesen*, préc., note 11, par. 113 : « Tout comme l'infraction de conduite avec facultés affaiblies causant la mort, les infractions d'ordre sexuel contre des enfants peuvent être commises dans un vaste éventail de circonstances (voir Lacasse, par. 66). »

<sup>881</sup> R. c. *Proulx*, préc., note 547, par. 80 et 83 (soulignement du juge).

<sup>882</sup> R. c. *Ipeelee*, préc., note 546, par. 86-87.

Comme l'expliquait tout récemment le juge de la Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse dans *R. v. C.*<sup>883</sup>, le fait de considérer certaines infractions comme « absolument » graves uniquement à partir de leur *nature* vient « annihiler » la fonction même de la proportionnalité qui commande une « évaluation » de la gravité morale de l'acte qui a été commis et de la responsabilité morale du délinquant particulier :

« Although breaking into someone's home is a major class of offence, as it carries a maximum penalty of life imprisonment, the principle of proportionality remains applicable to this case. The court must measure of the seriousness of the offence and the degree of responsibility of the person who committed it. This means that the court must avoid any analysis that would treat a particular type of offence as inherently aggravating; otherwise, every such offence would be aggravating, thus nullifying the mandate for proportionality: *R v Johnston*, 2011 NLCA 56 at ¶ 18-20. »<sup>884</sup>

En avalisant sans nuance les indications législatives fondées sur la nature absolument grave du crime et sur la vulnérabilité des victimes, la Cour suprême dans *Friesen* a grandement réduit l'issue possible du prononcé de la peine lorsque l'accusé a commis un crime sexuel envers un enfant : une présomption forte d'incarcération s'en dégage<sup>885</sup>. Même si ces crimes sont construits de manière à criminaliser le plus de situations possibles et à prévenir tous les risques imaginables comme nous l'avons vu dans la sous-partie I.3., et donc par définition ne se prêtent pas à des jugements absolutistes, la Cour suprême s'exprime en des termes dénués de nuances. Ceci légitime non seulement l'intolérance du public envers les crimes de nature sexuelle commis envers les enfants, mais la renforce et l'alimente : « Les tribunaux doivent toujours exprimer le caractère répréhensible de cette exploitation lors de la détermination de la peine même si le degré d'exploitation varie d'une affaire à l'autre »<sup>886</sup>. On assiste donc au paradoxe de la création de crimes qui, d'un côté, cherchent à incorporer de manière préventive le plus de situations et de délinquants possibles, mais

---

<sup>883</sup> 2019 NSPC 82

<sup>884</sup> *Id.*, par. 21 (nos italiques et soulignés).

<sup>885</sup> *R. c. Friesen*, préc., note 11.

<sup>886</sup> *Id.*, par. 78 (nos soulignés). Voir également *Id.*, par. 84 : « Même si un délinquant commet un crime qui n'entraîne heureusement aucun préjudice réel, le tribunal doit tenir compte du préjudice raisonnablement prévisible au moment d'infliger la peine (A. Manson, *The Law of Sentencing* (2001), p. 90). »; *Id.*, 89 : « Toutes les formes de violence sexuelle, y compris la violence sexuelle faite aux adultes, sont moralement blâmables précisément parce qu'elles comportent l'exploitation illicite par le délinquant de la victime — le délinquant traite la victime comme un objet et fait fi de sa dignité humaine (voir *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584, par. 45 et 48). »; *Id.*, 90 : « Comme la juge L'Heureux-Dubé l'a reconnu dans l'arrêt *R. c. L.F.W.*, 2000 CSC 6, [2000] 1 R.C.S. 132, « [q]uant à la culpabilité morale, l'exploitation d'un enfant vulnérable par un adulte pour sa gratification sexuelle ne peut être considérée autrement que comme un crime témoignant des pires intentions » (par. 31, citant *R. c. L.F.W.* (1997), 155 Nfld. & P.E.I.R. 115 (C.A. T.-N.-L.), par. 117, la juge Cameron (« L.F.W. (C.A.) »)). » *Id.*, 94 : « En termes clairs, le leurre d'enfants ne devrait jamais être considéré comme un crime sans victime »; *Id.*, 126 : « Tout abus de confiance est susceptible d'accroître le préjudice causé à la victime et, partant, la gravité de l'infraction. » (nos soulignés)

qui, de l'autre, sont tous accompagnés de la même peine, puisque les peines en matière de crimes sexuels tendent à s'uniformiser de plus en plus autour d'une présomption quasi irréfragable d'incarcération.

Comme le reconnaissait la juge Saunders de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *R. v. Wesley*, la particularité de la structure des crimes d'ordre sexuel touchant les enfants commande de pouvoir conserver, à l'étape de la détermination de la peine, un très large pouvoir discrétionnaire afin d'établir la peine *juste et adaptée* aux gestes commis et au délinquant visé :

« In the case of sexual assault of children *the variables are considerable*, the background of the offenders are *so different*, the range of offending behaviour is *so broad*, the nuances of relationship between offender and victim are *so varied*, and the needs of the community involved are *so disparate* that I do not consider the cases can be separated into the two tight divisions posited. »<sup>887</sup>

La juge Karakatsanis de la Cour suprême en 2019 avait également reconnu que les infractions de leurre pouvaient viser toute une série de situations et de délinquants (y compris des personnes atteintes de troubles mentaux), ce qui requiert de conserver une large discrétion dans la détermination de la peine *juste* :

« Il ressort de la jurisprudence que les infractions de leurre sont parfois commises par des personnes qui n'ont pas une grande différence d'âge avec leurs victimes, qui ont des *troubles cognitifs ou des maladies mentales* ou encore qui ont elles-mêmes déjà été agressées (...) Ces facteurs peuvent *atténuer la culpabilité morale* associée à l'infraction (voir art. 718.1 du *Code criminel*). (...) Vu la diversité des situations tombant sous le coup de l'infraction, il n'est pas surprenant que la jurisprudence relative au par. 172.1(1) démontre qu'une peine *juste* et proportionnée puisse être beaucoup moins lourde que la peine d'emprisonnement minimale obligatoire d'un an requise par le *Code criminel*. »<sup>888</sup>

Nous verrons dans la prochaine sous-partie comment les attentes du législateur en matière de sécurité ont pu et, à la lumière de l'arrêt *Friesen*, risquent de se retourner de plus en plus contre les personnes socialement vulnérables, comme les accusés atteints d'un TSA.

#### **II. 5.1.4. Les attentes et les besoins en matière de sécurité retournés contre la personne autiste**

En cherchant obstinément à éradiquer tous les risques d'interférence et à protéger avec efficacité les personnes vulnérables, l'institution pénale risque de changer un mal pour un autre : protéger les personnes vulnérables, mais au prix d'un taux plus élevé d'incarcération d'un nombre grandissant

---

<sup>887</sup> *R. v. Wesley*, 2014 BCCA 321, par. 25 (nos italiques et soulignés).

<sup>888</sup> *R. c. Morrison*, préc., note 353, par. 183-184 (nos italiques).

d'accusés qui sont bien souvent aussi hautement vulnérables socialement, comme le sont les personnes ayant été victimes de crimes sexuels durant leur enfance et qui reproduisent ces actes à l'âge adulte ou les personnes atteintes de troubles mentaux, comme les personnes autistes.

**Restrictions à même les peines.** La création et le renforcement de limites au recours à l'emprisonnement dans la collectivité combinés à la hausse des peines maximales pour certaines infractions auraient pour effet d'empêcher plusieurs accusés autistes, qui se sont vu attribuer dans le passé une peine d'emprisonnement dans la collectivité, d'en bénéficier aujourd'hui<sup>889</sup>. Cette situation est déplorable puisque cette modalité permettait au juge d'amoindrir les effets disproportionnellement sévères de l'incarcération sur l'accusé autiste. Par exemple, dans *R. v. NMN.*, le juge se voit contraint d'imposer une peine d'incarcération discontinue en milieu carcéral à une personne autiste en raison de la limite législative imposée à l'art. 742.1(c) *C.cr.* : « Had a conditional sentence order been an available and legal sentencing option for N, I would have imposed a CSO as it would qualify as a fit and proper sentence. »<sup>890</sup>

**Peine minimale obligatoire (« PMO »).** Nous avons pu identifier plusieurs arrêts dans lesquels un accusé autiste faisait face à une PMO d'emprisonnement en milieu carcéral ou ferait face, si le procès devait avoir lieu aujourd'hui, à une PMO en raison des nouvelles PMOs mises en place entre-temps par le gouvernement Harper<sup>891</sup>.

---

<sup>889</sup> *R. v. Kagan*, préc., note 627 : aujourd'hui, la CSO qu'a reçue l'accusé autiste pour le crime de voies de fait graves serait bloqué par l'art. 742.1(c) *C.cr.*, car le crime est toujours par mise en accusation et la peine est de max. 14 ans (2007; 2012); *R. v. Engel*, préc., note 723 : aujourd'hui, la CSO qu'a reçue l'accusé autiste pour le crime de trafic de marijuana et de cocaïne (art. 5(1) *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19), serait bloquée par l'art. 742.1(c) *C.cr.* (2012), car aujourd'hui c'est toujours par mise en accusation et la peine maximale est à perpétuité; *R. v. Somogyi*, préc., note 631 : aujourd'hui, la CSO qu'a reçue l'accusé autiste pour le crime de leurre serait bloquée par 742.1(c), car aujourd'hui c'est toujours par mise en accusation et la peine maximale est rendue de 14 ans (2015); *R. v. Vaux*, préc., note 626 : la CSO qu'a reçue l'accusé autiste aurait été indisponible pour le crime de contact sexuel si l'article 742.1(c) *C.cr.* n'avait pas été invalidée récemment dans *R. v. Chen*, 2021 BCSC 882.

<sup>890</sup> *R. v. NMN*, préc., note 628, par. 71.

<sup>891</sup> *R. c. Grenier*, préc., note 637 (invalidé pour cet accusé, art. 12 *Charte*); *R. c. Duclos*, préc., note 525 (invalidé pour cet accusé, art. 12 *Charte*); *R. v. Nepon*, préc., note 628 (invalidé pour cet accusé, art. 12 *Charte*); *R. v. Vaux*, préc., note 626 (invalidé par l'art. 12 *Charte* dans un autre arrêt); *R. v. Somogyi*, préc., note 631 (aujourd'hui l'accusé ferait face à une PMO); *R. v. NMN*, préc., note 628 (invalidé dans un autre arrêt, mais si elle était présente pour cet accusé l'art. 12 *Charte* se serait appliqué selon le juge); *R. v. Berman*, préc., note 637 (aujourd'hui l'accusé ferait face à une PMO plus élevée que celle de 90 jours qu'on lui a imposée, le juge est d'avis qu'une PMO supérieure à celle-ci serait disproportionnellement sévère); *R. v. Brunton*, préc., note 637; *R. v. ERDR* (684), préc., note 682; *R. v. JED*, préc., note 631; *R. v. JM*, préc., note 629 (invalidé pour cet accusé, art. 12 *Charte*); *R. c. Martel*, préc., note 637; *R. v. Finestone*, préc., note 637; *R. v. BT*, préc., note 628; *R. v. Collier*, préc., note 637

À juste titre, plusieurs juges ont reconnu, à la suite d'une contestation constitutionnelle en vertu de l'art. 12 de la *Charte*, que la PMO d'emprisonnement en milieu carcéral pouvait être « cruelle et inusitée » lorsqu'elle était imposée à une personne autiste ou Asperger en raison de son trouble neurodéveloppemental et de la souffrance grossièrement disproportionnée qui résulterait de la période d'incarcération prescrite<sup>892</sup>. En revanche, d'autres accusés autistes ont échoué à rencontrer ce fardeau onéreux et se sont vu imposer la PMO ou une peine supérieure à celle-ci<sup>893</sup>.

Afin d'illustrer la tendance inflationniste induite par ces PMOs et l'impact sur les personnes autistes, nous relevons entre autres que la peine appliquée dans *R. v. Somogyi* en 2011, soit une PMO de 45 jours, suivie par un emprisonnement dans la collectivité d'un an et 10 mois et par une probation de 3 ans, serait impossible aujourd'hui en raison, notamment, de l'augmentation et de l'instauration de nouvelles PMOs. Aujourd'hui, l'accusé ferait face à un *minimum* de 3 ans d'incarcération dans un pénitencier fédéral<sup>894</sup>. D'un quantum *symbolique*, issu de la discrétion judiciaire, qui prend la mesure du trouble mental de l'accusé afin de lui éviter les dangers sérieux et la souffrance disproportionnée que lui causerait l'incarcération en raison de son TSA<sup>895</sup>, nous passons à un quantum, prescrit par le législateur, et dont la mesure cherche principalement à satisfaire les attentes particulières du public et à compenser les victimes lésées par le crime.

---

<sup>892</sup> *R. c. Grenier*, préc., note 637 (invalidé pour cet accusé, art. 12 *Charte*); *R. c. Duclos*, préc., note 525 (invalidé pour cet accusé, art. 12 *Charte*); *R. v. Nepon*, préc., note 628 (invalidé pour cet accusé, art. 12 *Charte*); *R. v. NMN*, préc., note 628 (invalidé dans un autre arrêt, mais si elle était présente pour cet accusé l'art. 12 *Charte* se serait appliqué selon le juge); *R. v. Berman*, préc., note 637 (aujourd'hui l'accusé ferait face à une PMO plus élevée que celle de 90 jours qu'on lui a imposée, le juge est d'avis qu'une PMO supérieure à celle-ci serait disproportionnellement sévère); *R. v. J. (M.)*, préc., note (invalidé pour cet accusé, art. 12 *Charte*).

<sup>893</sup> *R. c. Martel*, préc., note 637, par. 105-108 (retenue judiciaire quant aux PMO, car la peine (45 mois) imposée est hautement supérieure à chacune d'entre-elles prises séparément); *R. v. ERDR* (684), préc., note 682, par. 22 (La PMO de 1 an n'est pas inconstitutionnelle pour cet accusé. Le juge en vient à la conclusion que la peine appropriée serait entre 9 et 18 mois donc la PMO de 12 mois n'est pas grossièrement disproportionnée); *R. v. JED*, préc., note 631, par. 130 et 151 (La peine *juste* pour l'accusé Asperger est supérieure à la PMO de 1 an donc l'art. 12 *Charte* n'est pas applicable pour cet accusé - la majorité reprenant la réflexion de la dissidence); *R. v. Finestone*, préc., note 637, par. 26-29 et 69-76 (Comme la peine *juste* pour l'accusé est entre 3 et 5 ans et que la PMO est de 5 ans, ce n'est pas grossièrement disproportionné dans son cas); *R. v. Collier*, préc., note 637 (La peine choisie est supérieure à la PMO donc celle-ci n'est pas inconstitutionnelle).

<sup>894</sup> Aujourd'hui, l'accusé ferait face à une PMO d'un an pour son crime de possession de pornographie juvénile (rehaussée en 2012 et 2015) qui devrait être purgée *consécutivement* (en raison de la PCO de l'art. 718.3(7)a) *C.cr.* à la nouvelle PMO d'un an rajoutée au crime de leurre (2012) et ce, pour chaque victime du crime de leurre : pour un total d'un *minimum* de 3 ans d'emprisonnement dans un pénitencier fédéral (en raison de la PCO de l'art. 718.3(7)b) *C.cr.*).

<sup>895</sup> *R. v. Somogyi*, préc., note 631, par. 50-57. *Id.*, par. 50 : « Due to Mr. Somogyi's psychological and medical problems, all those involved in his assessment and treatment have expressed grave concerns for his safety in the prison system. This evidence is undisputed, and causes me serious concern. »

Dans *R. v. Berman*, en 2010, la PMO de 90 jours associée à l'infraction de distribution de pornographie juvénile, qui permettait au délinquant autiste de purger sa peine de manière discontinuée tout en maintenant un travail et de suivre ses traitements dans la collectivité, suivie d'une probation de 2 ans serait impossible aujourd'hui. Après des modifications en 2012 et en 2015, l'infraction ne peut être poursuivie que par mise en accusation et une nouvelle peine minimale d'incarcération d'un an est rattachée au crime empêchant ainsi de moduler la punition de manière à éviter les effets disproportionnés sévères de l'emprisonnement en milieu carcéral. Il y a à peine une décennie, le juge mettait en garde qu'une « sentence lengthier than the minimum [90 jours] could be disproportionately severe to the offender » en raison de son « inaptitude sociale » qui découle possiblement d'un syndrome d'Asperger et qui rendrait son expérience carcérale « extrêmement difficile »<sup>896</sup>.

**Peines cumulatives obligatoires (« PCO »).** L'arrêt *R. v. B.T.*, datant de 2021, est le premier arrêt où l'art. 718.3(7) *C.cr.* concernant les PCOs sera appliqué dans sa pleine force contre un accusé autiste, et ce, sans recourir à la mesure correctrice que permet le principe de totalité. Une peine minimale de 2 ans pour les infractions liées à la pornographie juvénile devra être purgée de manière consécutive à la peine de 3 ans pour contact sexuel : ce qui donne un total de 5 ans d'incarcération dans un pénitencier fédéral. Il s'agit de l'une des peines les plus sévères jamais imposées à un accusé atteint d'un TSA au Canada. L'arrêt *Friesen* n'est pas étranger à ce triste résultat. La reconnaissance par le juge que la responsabilité morale de l'accusé ne pouvait être diminuée que « légèrement » à cause de son TSA, en raison notamment de l'adoption d'une approche prescriptive de la responsabilité morale, lui permettra de justifier également le fait de ne pas recourir au principe de totalité. En effet, le juge considérera la peine comme étant déjà à la hauteur de la responsabilité morale qu'il doit lui prescrire en raison des nouvelles directives de la Cour suprême<sup>897</sup>.

Ces nouvelles prescriptions législatives encarcant les juges dans une certaine vision de la peine et les forcent à suivre machinalement la prescription législative ou à faire preuve de beaucoup d'imagination pour les contourner. Par exemple, dans l'affaire *Martel*, la peine minimale de 84

---

<sup>896</sup> *R. v. Berman*, préc., note 637, par. 13. Nous pourrions également relever que dans l'affaire *R. v. Brunton*, préc., note 637, étant donné que le législateur a augmenté la PMO de 45 jours à un an d'incarcération en 2015 pour possession de pornographie juvénile, la peine de 6 mois imposée à cet accusé autiste en 2011 serait impossible aujourd'hui en l'absence d'une contestation de nature constitutionnelle.

<sup>897</sup> *R. v. BT*, préc., note 628, par. 138.

mois résultant de l'application de l'art. 718.3(7) *C.cr.* sur les PCOs sera jugée exagérément disproportionnée en vertu de l'art. 12 de la *Charte* en raison du « profil » de l'accusé autiste, ce qui comprend son jeune âge (20 ans) et ses difficultés personnelles liées à ses troubles neurodéveloppementaux. Le juge imposera quand même des peines consécutives, mais dans une autre mesure que celle prévue par l'article. La peine sera finalement ramenée à 42 mois de prison. Dans l'arrêt récent *R. v. Collier*, le juge décide de manière très surprenante de considérer le crime de possession de pornographie juvénile comme un facteur aggravant du crime de leurre, dont était également accusé le délinquant, afin d'éviter de lui faire purger des peines consécutives pour les deux crimes<sup>898</sup>. Dans l'arrêt récent *R. v. Razon*, afin de contourner l'obligation législative, ce qui permettra finalement à l'accusé autiste d'être incarcéré dans un centre de détention dont la vocation est thérapeutique, le juge se référera à une décision récente qui interprète l'art. 718.3(7) *C.cr.* sur les PCOs de manière assez restrictive :

« The Crown also argues that s.718.3(7) applies and requires that the sentences be consecutive. I disagree, for the reasons expressed by Rahman J in *R. v. Freeman*, [2019] O.J. No. 5232, at paras. 26-3511 . The section in question requires the imposition of consecutive sentences where an offender is sentenced for both a child pornography offence and another sexual offence “committed against a child”, which I conclude means a real and not a fictional child. Therefore, I am not bound to impose consecutive sentences. »<sup>899</sup>

Cette manière de procéder est d'autant plus ambitieuse qu'elle contrevient à l'esprit de la directive de la Cour suprême dans *Friesen* de considérer la gravité de l'acte envers un enfant « fictif » comme s'il s'agissait d'un enfant réel afin de prendre en considération tous les préjudices potentiels évités par l'arrestation de l'accusé<sup>900</sup>. On peut donc se demander pendant combien de temps l'imagination des juges de première instance pourra contrecarrer les prescriptions législatives avalisées par la Cour suprême.

**Statuts de vulnérabilité « absolue ».** Malgré la vulnérabilité sociale de l'accusé autiste, les tribunaux ont pu lui opposer le statut de vulnérabilité absolue de sa victime en le considérant à titre de facteur aggravant de la peine ou en l'utilisant pour justifier la priorisation des objectifs de dénonciation et de dissuasion. Dans *R. v. Cantwell*, le fait que la victime du délinquant autiste était un homme frêle de 54 ans a été retenu comme facteur aggravant en raison de l'indicateur de gravité

---

<sup>898</sup> *R. v. Collier*, préc., note 637, par. 78.

<sup>899</sup> *R. v. Razon*, préc., note 637, par. 29.

<sup>900</sup> *R. c. Friesen*, préc., note 11, par. 93-94.

associé aux préjudices importants subis par celui-ci compte tenu de sa vulnérabilité particulière<sup>901</sup>. Dans *R. v. Fraser*, le fait que la victime était une femme justifiera également de donner une « prime importance » aux objectifs de dénonciation et de dissuasion de la peine d'un délinquant autiste :

« The victim was attempting to move on as she commenced a romantic relationship with another man. She described the offender's behaviour as becoming *obsessive*. Under these circumstances the sentence imposed must send a message to the offender and other men that women are entitled to end any relationship with a man without fear of violence. »<sup>902</sup>

Ces objectifs seront priorisés même si l'expert a pu démontrer que le crime du contrevenant était lié à la symptomatologie du syndrome d'Asperger<sup>903</sup>. Dans *R. v. Chaignon*, même la vulnérabilité de la police face aux risques « fréquents et significatifs » de préjudice sera évoquée contre celle de la personne autiste pour prioriser les objectifs de dénonciation et de dissuasion de la peine, tel qu'ordonné par l'OPO de l'art. 718.02 *C.cr.*<sup>904</sup>

Plus important encore, les nombreux indicateurs législatifs révélant l'intolérance « absolue » de la société concernant les crimes envers des personnes âgées de moins de 18 ans ont été appliqués à plusieurs reprises pour augmenter la sévérité de la peine des accusés autistes. Même si, par nature, la spécificité des crimes envers les mineurs est justement la commission d'« un mauvais traitement à l'égard d'une personne âgée de moins de 18 ans », plusieurs juges utiliseront ce facteur de l'âge de la victime pour augmenter la sévérité de la peine pour l'infraction dont il s'agit pourtant d'un élément essentiel<sup>905</sup>. Dans deux de ces arrêts qui concernent des voies de fait envers un enfant, le

---

<sup>901</sup> Art. 718.2(a)(iii.1) *C.cr.* (1996); *R. v. Cantwell*, préc., note 682, par. 5, 29, 34.

<sup>902</sup> *R. v. Fraser*, préc., note 281, par. 9 et 16 (notre italique). Aujourd'hui, les arts. 718.201 et 718.04 *C.cr.* pourraient s'appliquer à cette situation ce qui viendrait encore renforcer l'emphase sur la vulnérabilité et la gravité de tels actes.

<sup>903</sup> *Id.*, par. 7 : « Individuals with Asperger's disorder generally present with significant deficits in their abilities to know that another person has a different emotional or cognitive experience of a shared event. They may also suffer from an inability to read the necessary interpersonal cues telling the individual to disengage from a social encounter. This helps provide a better understanding of Mr. Fraser's difficulty in accepting the end of his friendship with Ms. \*\*\* as well as his lack of insight into the impact his repeated efforts at contacting her could have on their relationship. Mr. Fraser's difficulty in adapting to change as a consequence of his Asperger's provides further insight into the stressors he was facing leading up to the alleged offenses. Individuals with Asperger's disorder can often experience massive amounts of frustration that can manifest as behavioural outbursts. The loss of a relationship that he perceived as a very significant would be particularly upsetting and the associated changes in routine and behaviours would be anxiety -- and distress -- provoking for the accused. While this does not meet the test for a section 16.1 defense, these factors could be considered at sentencing if Mr. Fraser is ultimately found guilty of the offenses listed on the Assessment Order. »

<sup>904</sup> (2009); *R. v. Chaignon*, préc., note 682, par. 32. *Id.*, par. 33.

<sup>905</sup> **art. 718.2(a)(ii.1) *C.cr.* (2005)** : *R. c. Grenier*, préc., note 637, par. 66; *R. c. Duclos*, préc., note 525, par. 107; *R. v. Berg*, préc., note 638, par. 8; *R. v. JB*, préc., note 628, par. 18-19, 33, 77; *R. v. Vaux*, préc., note 626, par. 49 et 74; *R. v. JED*, préc., note 631, par. 146; *R. v. JM*, préc., note 629, par. 31; *R. c. Martel*, préc., note 637, par. 141; *R. v. BT*, préc., note 628, par. 80; *R. v. Collier*, préc., note 637, par. 71; *R. v. Osadchuk*, préc., note 637, par. 48; *R. v. Wolff*,

fait que l'accusé avait causé un préjudice important en raison de la vulnérabilité de la victime, en raison de son âge, était même *rajouté* comme facteur aggravant supplémentaire de la peine en raison du facteur listé par le législateur<sup>906</sup>. Rajoutons à cela, que le jeune âge de la victime a, dans certains cas, été *en plus* considéré à travers les objectifs prioritaires obligatoires de dénonciation et de dissuasion prévus par le législateur<sup>907</sup>. Depuis 2019, un nouvel OPO se rajoute à cette liste, déjà longue; celui-ci oblige les juges de prioriser les objectifs de dénonciation et de dissuasion lorsque la victime dénote une vulnérabilité accrue « en raison de sa situation personnelle »<sup>908</sup>. C'est d'ailleurs ce qui est arrivé dans l'affaire *R. v. B.T.*<sup>909</sup>. Le fait que la victime d'un crime visant spécifiquement les enfants est, par nature, « une personne âgée de moins de 18 ans », et qu'elle est également « vulnérable en raison de sa situation personnelle », amène l'application de tous ces indicateurs de gravité qui ont un effet multiplicateur sur la gravité du crime et sur la sévérité de la peine.

Ces indicateurs législatifs de gravité ont un impact très important sur le sort réservé aux personnes autistes. L'OPO applicable lorsque la victime est une personne âgée de moins de 18 ans et les facteurs aggravants listés par le législateur qui y sont associés, dont le facteur aggravant applicable lorsque le crime constitue un mauvais traitement à l'égard d'une personne âgée de moins de 18 ans<sup>910</sup> et celui applicable lorsque le crime constitue un abus de confiance ou d'autorité<sup>911</sup>, qui ensemble cimentent un statut de vulnérabilité « absolue », sont explicitement mentionnés dans *R. v. JB* comme étant de nature à rendre une peine en dehors de la prison pour l'accusé autiste « plus

---

préc., note 637, par. 61 **Le jeune âge de la victime comme facteur aggravant sans que l'article soit mentionné expressément** : *R. v. Kunzig*, préc., note 682, par. 41 (vol de – 5000\$) (proposition de la couronne); *R. v. Brunton*, préc., note 637, par. 16; *R. v. ERDR* (684), préc., note 682, par. 21 (6 ans); *R. v. Finestone*, préc., note 637, par. 14, 30, 41, 43, 50 et 98. (14 ou 16 ans);

<sup>906</sup> **Art. 718.2 (a)(iii.1) C.cr. (âge)** : *R. v. Berg*, préc., note 638, par. 8; *R. v. JB*, préc., note 628, par. 18-19, 33, 77.

<sup>907</sup> **Art. 718.01 C.cr.** : *R. c. Grenier*, préc., note 637, par. 45; *R. c. Duclos*, préc., note 525, par. 114; *R. v. Berg*, préc., note 638, par. 8; *R. v. JB*, préc., note 628, par. 17 et 33; *R. v. Nepon*, préc., note 628, par. 22-24; *R. v. Vaux*, préc., note 626, par. 38 et 49; *R. v. ERDR* (684), préc., note 682, par. 14 ; *R. v. ERDR* (1758), préc., note 637, par. 13; *R. v. JM*, préc., note 629, par. 33; *R. v. Finestone*, préc., note 637, par. 30; *R. c. Martel*, préc., note 637, par. 120; *R. v. BT* préc., note ; *R. v. JED* préc., note 631; *R. v. Wolff*, préc., note 637, par. 51-54; *R. v. Collier*, préc., note 637, par. 62; *R. v. Osadchuk*, préc., note 637, par. 37; **Sans nommer l'article, on y reconnaît la priorisation des objectifs de dénonciation et de dissuasion pour cette raison** : *R. v. Berman*, préc., note 637 ; *R. v. Somogyi*, préc., note 631; *R. v. Brunton*, 12-14; *R. v. Razon*, préc., note 637, par. 28

<sup>908</sup> Art. 718.04 C.cr.

<sup>909</sup> *R. v. BT*, préc., note 628, par 85 où on explique que l'article n'est pas en vigueur au moment de faits, mais que les « principes » qui en découlent s'appliquent quand même.

<sup>910</sup> Art. 718.2(a)(ii.1) C.cr.

<sup>911</sup> Art. 718.2(a)(iii) C.cr.

difficile à justifier » au public<sup>912</sup>. Dans *R. v. Razon*, c'est la nécessité de prioriser la dénonciation et la dissuasion *à travers le véhicule même* du châtiment (la modalité de la peine), comme le demande l'arrêt *Friesen*, qui empêchera le juge d'imposer à un délinquant autiste une peine d'emprisonnement dans la collectivité même si le juge reconnaît les efforts du délinquant dans sa réhabilitation, sa responsabilité morale « significativement amoindrie » et les effets disproportionnés pour lui de l'incarcération<sup>913</sup>. Ces nombreux indicateurs législatifs ont également eu pour effet de donner un poids prépondérant à la gravité du crime et à ses éléments connexes *au détriment* d'une prise en considération du TSA de l'accusé et de son impact sur sa responsabilité morale dans l'arrêt *R. v. J.E.D*<sup>914</sup>. Pour la majorité de la Cour d'appel du Manitoba, l'OPO applicable lorsque la victime est âgée de moins de 18 ans doit s'effectuer « sans égard » (« regardless ») à la présence de troubles mentaux chez cet accusé autiste<sup>915</sup>. Comme l'explique le juge dans *R. v. Finestone*, les circonstances personnelles de l'accusé, ce qui inclut son TSA, revêtent désormais « moins d'importance » en raison de l'OPO applicable lorsque la victime a moins de 18 ans :

« The personal circumstances of the offender in cases involving sexual violence against young persons, however, *play a lesser role* than they would otherwise play in the sentencing process for other offences. This is because the appellate courts have consistently held that deterrence and denunciation are paramount considerations. »<sup>916</sup>

Nous remarquons que, déjà avant l'arrêt *Friesen*<sup>917</sup>, l'effet combiné de ces indicateurs législatifs mis en place par le gouvernement Harper et l'attention accrue portée à la nature « absolument grave » de certains crimes avaient empêché des juges d'imposer une peine en dehors de l'établissement carcéral<sup>918</sup>. Les statuts de vulnérabilité et la gravité absolue de certains crimes structurent, conditionnent et orientent désormais les pratiques en matière de détermination de la peine.

---

<sup>912</sup> *R. v. JB*, préc., note 628, par. 33.

<sup>913</sup> *R. v. Razon*, préc., note 637, par. 35.

<sup>914</sup> *R. v. JED*, préc., note 631

<sup>915</sup> *Id.*, par. 136

<sup>916</sup> *R. v. Finestone*, 99. *Id.*, par. 30, 31, 35 (nos italiques)

<sup>917</sup> *R. c. Friesen*, préc., note 11

<sup>918</sup> Dans les arrêts suivants, les enjeux soulevés par le trouble de santé mentale n'arrivent pas à s'imposer au point de permettre une peine en dehors de la prison. Le principe d'individualisation a une force, mais elle est limitée par la gravité du crime, les objectifs de dénonciation et de dissuasion et par le principe d'harmonisation : *R. v. Brunton*, préc., note 637, par. 18-19; *R. v. Hartman* (ON), préc., note 627, par. 73 et 76; *R. v. ERDR* (684), préc., note 682, par. 21; *R. v. ERDR* (1758), préc., note 637, par. 15; *R. v. JED*, préc., note 631; *R. v. JM.*, préc., note, 35-46; *R. v. Finestone*, préc., note 637, 99; *R. v. Fraser*, préc., note 281, par. 14. Cette tendance pourrait s'accélérer après *R. c. Friesen*, préc., note 11, comme on le voit dans *R. v. BT*, préc., note 628, par. 63.

Obliger les juges à prioriser les objectifs de dénonciation et de dissuasion en raison de la vulnérabilité de la victime est en parfaite contradiction avec la tradition jurisprudentielle qui s'était développée concernant la peine *juste* à appliquer aux personnes atteintes de troubles mentaux. Cette approche suggérait, comme nous l'avons vu, que les personnes atteintes de troubles mentaux n'étaient pas de bons véhicules pour maintenir un ordre de public de justice par l'infliction de souffrances, par une stigmatisation étatique additionnelle et par l'expression de l'opprobre collectif. En effet, la punition, la dissuasion générale, la dissuasion spécifique ainsi que la dénonciation devaient occuper une importance moindre lorsque l'accusé était atteint de troubles mentaux<sup>919</sup>. La rigidité créée par ces indicateurs législatifs et leur interprétation par la Cour suprême dans l'arrêt *Friesen* témoignent d'une conception radicalement différente de la peine *juste*.

**Les autres facteurs aggravants indiquant un statut « relatif » de vulnérabilité.** Le facteur aggravant de l'art. 718.2(iii) *C.cr* visant à protéger les liens de confiance dans un contexte d'autorité a souvent été utilisé pour justifier l'augmentation de la sévérité de la peine à l'égard des personnes autistes. Dans *R. v. Berg* et *R. v. J.B.*, qui impliquent des parents autistes, le rapport de confiance qui doit exister entre un père et son fils explique la sévérité de la sanction<sup>920</sup> :

« Fathers are *supposed* to protect their young defenceless children from such serious injury. They are not *supposed* to be the one causing such harm. (...) I find that a conditional discharge and even a suspended sentence are insufficient to make it clear to everyone that *we as a society will not tolerate any parent acting in such a way as to inflict such serious personal injury upon their young child.* »<sup>921</sup>

On voit bien ici comment les attentes du public en matière de protection des plus vulnérables et de conformité comportementale ainsi que l'intolérance absolue envers certains crimes sont susceptibles de s'appliquer sans nuances envers l'accusé, même quand celui-ci est atteint de troubles mentaux.

---

<sup>919</sup> *R. v. Tremblay*, préc., note 228, ; *R. v. Resler*, préc., note 228, par. 14; *R. c. Martin*, préc., note 228, par. 40; *R. c. Valiquette*, préc., note 228; *R. v. Edmunds*, préc., note 228, par. 22, 25-26; *R. v. Badhesa*, préc., note 228, par. 44; *R. v. Williams*, préc., note 228, par. 76; *R. v. Batisse*, préc., note 228, par. 38; *R. v. Robinson*, préc., note 228; *R. v. Hynes*, préc., note 228, par. 39-42; *R. v. Peters*, préc., note 228, par. 18; *R. v. Belcourt*, préc., note 228, par. 7-8; *R. v. Ayorech*, préc., note 228, par. 11; *R. v. Hiltermann*, préc., note 228, par. 4-8; *R. v. Maier*, préc., note 228, par. 54; *R. v. Dedeckere*, préc., note 228, par. 14; *R. c. Bain*, préc., note 228, par. 71.

<sup>920</sup> *R. v. Berg*, préc., note 638, par. 8 (père-fils); *R. v. JB*, préc., note 628, par. 18-19, 33, 77, 85-87 (père-fils)

<sup>921</sup> *R. v. JB*, préc., note 628, par. 77 et 86 (nos italiques)

Le rapport de confiance qui « doit » exister entre un oncle ou un bel-oncle et sa nièce dans un contexte de garde s'est également retrouvé scellé à travers ce facteur aggravant<sup>922</sup>. Dans *R. v. E.R.D.R.*, *R. v. J.E.D.* et *R. v. JM*, les parents de l'enfant avaient confié la responsabilité de la surveillance de ce dernier à leur frère autiste. Un abus de confiance survenant dans ce contexte doit désormais être pris en charge par l'institution pénale. En raison des risques intrinsèques à cette relation d'autorité, l'institution pénale est appelée à jouer les « assureurs » afin de garantir le droit à une protection égale des personnes vulnérables : « The victim in this case was only 6 years old. She was asleep on a couch at her grandmother's home, where *she could have expected and would have expected to be safe from harm*. The accused was in a position of trust and authority, given the familial relationship and the fact that he was babysitting the victim. »<sup>923</sup> L'institution pénale a désormais pour fonction de légitimer et de renforcer ce lien de confiance décrété par la promesse qu'une interférence survenant en pareil contexte concourra au retrait de l'accusé de son milieu social : « Children need and deserve the protection of those who care for them to keep them safe from harm. The commission of violent offences against the most vulnerable members of our society demands a denunciatory sentence. »<sup>924</sup>

Suite à l'élargissement du spectre de confiance légitime confirmé dans *Friesen*, le fait que l'accusé autiste était un cousin de la victime, vivait dans la maison familiale de celle-ci et était parfois laissé seul en sa compagnie a été jugé suffisant pour considérer la relation entre l'enfant et le délinquant autiste comme en étant une de confiance et d'autorité devant être sanctionnée par le facteur aggravant législatif s'appliquant à de telles relations<sup>925</sup>.

Dans le même esprit, la jurisprudence tend à reconnaître que le lieu où le crime a été commis peut constituer un facteur aggravant. Les juges prennent donc le relais de la fonction de protection directe et effective contre les risques liés à la criminalité suggérée par le législateur. Certains lieux où les personnes sont plus vulnérables en raison d'un haut sentiment de confiance justifieraient de hausser le degré de sévérité de la peine. Ceci reflète un l'élargissement de la notion de relation de confiance en regard de la nécessité de matérialiser une société plus sûre où les membres peuvent

---

<sup>922</sup> *R. v. ERDR* (684), préc., note 682, par. 21 (nièce-oncle, situation de garde); *R. v. JED*, préc., note 631, par.146 (nièces-oncle, garde); *R. v. JM*, préc., note 629, par. 31 (nièce-oncle, situation de garde).

<sup>923</sup> *R. v. ERDR* (684), préc., note 682, par. 21.

<sup>924</sup> *R. v. JM*, préc., note 629, par. 31.

<sup>925</sup> *R. v. BT*, préc., note 628, par. 94 et 129.

interagir en toute sécurité, peu importe leur relation réelle avec l'accusé ou la situation de l'accusé. Par exemple, le fait que le crime ait eu lieu dans la maison de la victime a été considéré comme un facteur aggravant<sup>926</sup>, et ce même lorsque l'accusé vivait également dans cette maison<sup>927</sup>. Plus largement encore, on a reconnu les attentes de sécurité et de protection d'une personne en visite chez sa belle-grand-mère<sup>928</sup> ou invitée chez des amis<sup>929</sup>. Un tribunal a même reconnu qu'une victime entretenait légitimement des attentes de protection de la part de l'institution pénale par rapport aux invités qui, comme elle et son copain, étaient restés à coucher chez un ami après une fête bien arrosée : « The facts of this case themselves are extremely aggravating. This offence took place in a location where Ms. D'Aoust should have felt safe. This offence took place when she was laying beside her boyfriend, the person who should make her feel safe. »<sup>930</sup>

Ces différentes pratiques témoignent au mieux de la conception contemporaine de la fonction de l'institution pénale. Cette dernière traite plus sévèrement l'infraction qui touche un lieu où les personnes ont plus d'attentes en matière de sécurité en retirant le contrevenant de ce milieu social. On remarquera également sur ce point les nombreuses réflexions au cours des dernières décennies concernant la nécessité de protéger les enfants qui interagissent sur Internet<sup>931</sup> :

« Many Canadian families have home computers with Internet access. Children are frequent users of the Internet. Children, as vulnerable members of our society, must be safeguarded against predators who abuse the Internet to lure children into situations where they can be sexually exploited and abused. In most circumstances involving the offence of child luring, the sentencing goals of denunciation and deterrence will require a sentence of institutional incarceration. Indeed, it will only be in the rarest of cases that a conditional sentence will be appropriate in a case involving this offence... »<sup>932</sup>

D'autres situations particulières liées à la vulnérabilité de la victime ont également été prises en compte pour mesurer à la hausse la peine du délinquant autiste, notamment le fait que la victime était endormie<sup>933</sup>, qu'elle était endormie et intoxiquée<sup>934</sup> et que la victime vivait dans

---

<sup>926</sup> *R. v. Hartman (BC)*, préc., note 636, par. 42 (maison de la victime); *R. v. JM*, préc., note 629, par. 31 (maison de la victime); *R. v. Fraser*, préc., note 281, par. 12 (maison de la victime).

<sup>927</sup> *R. v. BT*, préc., note 628, par. 129.

<sup>928</sup> *R. v. ERDR (684)*, préc., note 682, par. 21.

<sup>929</sup> *R. v. Hartman (ON)*, préc., note 627, par. 48-49.

<sup>930</sup> *Id.*, par. 49.

<sup>931</sup> *R. c. Grenier*, préc., note 637, par. 46 et 78; *R. v. Nepon*, préc., note 628, par. 26-32; *R. v. Somogyi*, préc., note 631, par. 22; *R. v. Finestone*, préc., note 637, par. 33; *R. c. Martel*, préc., note 637, par. 127 et 129; *R. v. Collier*, préc., note 637, par. 89

<sup>932</sup> *R. v. Somogyi*, préc., note 631, par. 22 citant *R. v. Folino*, 2005 CanLII 40543, par. 25.

<sup>933</sup> *R. v. ERDR (684)*, préc., note 682, par. 21.

<sup>934</sup> *R. v. Hartman (ON)*, préc., note 627, par. 49

un foyer d'accueil<sup>935</sup>. Nous pensons qu'en traitant ces situations par une hausse du quantum de la peine, l'institution pénale cherche à « assurer » (après coup) ces situations de grande vulnérabilité contre les risques de criminalité.

**Les préjudices des victimes et leurs déclarations.** La réalité des préjudices subis par les victimes, documentés par les VIS et d'autres formes de témoignage, a pratiquement tout le temps été retenue contre le délinquant autiste afin de rehausser sa peine. Nous avons identifié seulement deux arrêts où les VIS déposés n'ont pas automatiquement été considérés comme un facteur aggravant<sup>936</sup>. Les VIS peuvent néanmoins avoir un effet normatif indirect dans le processus décisionnel du juge en permettant de lister dans le détail toute l'étendue des dommages que l'accusé peut produire. Nous avons identifié plusieurs arrêts où une ou plusieurs déclarations de victimes<sup>937</sup> ainsi qu'une déclaration au nom de la collectivité faite par un regroupement de victimes<sup>938</sup> ont été prises en compte par le tribunal pour augmenter la peine de l'accusé autiste. Sans mentionner expressément qu'un VIS avait été déposé, quelques arrêts ont pris en considération les préjudices subis par la victime d'une autre manière, notamment à partir des faits ou du témoignage de la victime ou de ses proches, pour rehausser la peine du délinquant autiste<sup>939</sup>. La déclaration et la documentation des préjudices subis par les victimes se sont quasiment toutes traduites, de manière simpliste et instrumentale, en facteur aggravant de la peine, soit en vertu de 718.2(a)(iii.1) *C.cr.*<sup>940</sup> ou en vertu

---

<sup>935</sup> *R. v. Finestone*, préc., note 637, par. 14, 30, 41, 43, 50, 98.

<sup>936</sup> *R. v. ERDR* (684), préc., note 682, par. 11 (victim et legal guardian, 2016); *R. v. Hartman* (BC), préc., note 636, par. 14 (VIS, 2018).

<sup>937</sup> *R. v. Cantwell*, préc., note 682, par. 5, 29-30, 84 (VIS, 2016); *R. v. Chaignon*, préc., note 682, par. 22-25, 48-49; *R. c. Grenier*, préc., note 637, par. 13 et 66 (VIS, 2019); *R. v. Kagan*, préc., note 627, par. 18 et 21 (VIS, 2008); *R. v. NMN*, préc., note 628, par. 23-24, 43 (VIS, 2019); *R. v. Hartman* (ON), préc., note 627, par. 12, 17, 50 (VIS, 2019); *R. v. Finestone*, préc., note 637, par. 48 (VIS, 2017); *R. v. BT*, préc., note 628, par. 13-22 et 129 (VIS, 2021); *R. v. Wolff*, préc., note 637, par. 46-47.

<sup>938</sup> *R. v. Nepon*, préc., note 628, par. 80 et 26-50. Ici, la taille de la collection est prise en compte comme un facteur aggravant, celle-ci indique le nombre de victimes faites par l'accusé. Elle fait écho au témoignage de l'organisme de victime ayant présenté un CIS (2020). Suite à ce témoignage, le juge en vient à la conclusion que la possession ne doit plus être considérée comme un crime sans victimes.

<sup>939</sup> *R. c. Rousseau*, préc., note 636, par. 102 (témoignage de la victime, 2018); *R. v. Berg*, préc., note 638, par. 8 (or, pas d'effet à long terme est considéré comme atténuant, 9); *R. v. JB*, préc., note 628, par. 8, 19, 48, 52, 96; *R. v. Vaux*, préc., note 626, par. 7 et 73 (participation de la mère d'une des victimes au rapport-présentation, pas besoin de preuve à cause de la présomption dans Friesen); *R. v. JM*, préc., note 629, par. 31 (uniquement factuel, pas VIS)

<sup>940</sup> (2012); *R. v. Cantwell*, préc., note 682, par. 5, 29-30, 84 (54 ans, VIS 2016); *R. v. Berg*, préc., note 638, par. 8 (or, l'absence d'effet à long terme est considérée comme un facteur atténuant, *Id.*, par. 9); *R. v. JB*, préc., note 628, par. 8, 19, 48, 52, 96; *R. v. Chaignon*, préc., note 682, par. 22-25, 32-33 et 48-49.

d'un autre facteur de common law<sup>941</sup>. Nous avons également identifié quatre arrêts<sup>942</sup> où, en l'absence de déclaration de victime, de preuve des préjudices ou lorsque la preuve indiquait que les préjudices étaient peu importants, le tribunal s'est permis d'évaluer, lui-même, les préjudices potentiels et raisonnablement prévisibles pour rehausser la « gravité du crime » et la sévérité de la peine en conséquence afin de refléter fidèlement tous les risques de préjudice que l'accusé a fait courir aux personnes vulnérables :

« Outre X qui a témoigné sur comment elle s'est sentie après avoir vu ses photos nue sur Internet et comment elle se sent maintenant, qu'elle a peur de croiser des filles à qui Daniel *Martel* a envoyé des photos d'elle nue et qu'elle a l'impression que tout le monde connaît cette histoire, le Tribunal n'a aucune information sur les autres victimes. Toutefois, cela n'a pas d'incidence, car toute infraction en matière sexuelle commise contre des jeunes a des répercussions et c'est d'ailleurs ce que le législateur veut chercher à éviter en *durcissant les peines, soit protéger les enfants contre eux-mêmes, contre les prédateurs et contre l'évolution du temps.* »<sup>943</sup>

La peine a désormais la fonction ambitieuse de protéger les victimes « contre l'évolution du temps » : elle se mesure en tentant de *compenser* fidèlement tous les préjudices, y compris ceux qui risquent d'apparaître à l'âge adulte. La présentation par les victimes directes et collatérales de leurs préjudices et la reconnaissance des préjudices latents permettent de faire l'éclairage sur leur vulnérabilité et sur toutes les dimensions de l'interférence, de faire ressortir la capacité de l'accusé à commettre des dommages variés et extensifs, ce qui amène, quasi automatiquement le tribunal à rehausser la peine et lui permet, s'il le juge nécessaire, de justifier le contrôle extensif de l'accusé dans la communauté, voire son retrait du milieu de vie des victimes.

## **II. 5.1.5. Conclusion : débalancement au sein du principe de proportionnalité et critique de la nouvelle fonction attribuée à l'institution pénale**

Les pratiques en matière d'imposition de la peine semblent donc de plus en plus organisées autour de la vulnérabilité de certains membres de la société face aux risques liés à la criminalité. L'effet

---

<sup>941</sup> *R. v. Cantwell*, préc., note 682, par. 5, 29, 34 (VIS, 2016); *R. c. Grenier*, préc., note 637, par. 13 et 66 (VIS, 2019); *R. c. Rousseau*, préc., note 636, par. 102 (témoignage de la victime, 2018); *R. v. Kagan*, préc., note 627, par. 18 et 21 (VIS, 2008); *R. v. NMN*, 23-24, 43 (VIS, 2019); *R. v. Vaux*, préc., note 626, par. 7 et 73 (plus besoin de VIS à cause de présomption Friesen); *R. v. Hartman* (ON), préc., note 627, par. 12, 17, 50 (VIS, 2019); *R. v. JM*, préc., note 629, par. 31 (uniquement factuel, pas VIS); *R. v. Finestone*, préc., note 637, par. 48 (VIS, 2017); *R. v. BT*, préc., note 628, par. 13-22 et 129 (VIS, 2021); *R. v. Wolff*, préc., note 637, par. 63 (VIS) *R. v. Nepon*, préc., note 628, par. 80 et 26-50 (à travers « la taille de la collection » suite au témoignage de l'organisme ayant déposé au CIS); Dans *R. c. Martel*, préc., note 637, par. 163-164, les répercussions réelles et raisonnablement prévisibles ont permis de justifier la nécessité d'imposer des peines consécutives, malgré l'inconstitutionnalité de l'article 718.3(7) *C.cr.*

<sup>942</sup> *R. v. Vaux*, préc., note 626, par. 7 et 73, *R. v. BT*, préc., note 628, par. 132, *R. v. Wolff*, préc., note 637, par. 46-47 et 78-80 applique la directive dans *Friesen*, préc., note 11. V. également *R. c. Martel* préc., note 637, qui laissait présager la réorientation fonctionnelle effectuée dans l'arrêt *Friesen*.

<sup>943</sup> *R. c. Martel*, préc., note 637, par. 163-164 (nos italiques).

combiné des indicateurs législatifs concernant l'issue du prononcé de la peine et de la directive de l'arrêt *Friesen* visant à hausser indistinctement le quantum pour des crimes de même nature conduit à une rigidification des pratiques en matière de détermination de la peine en raison de la présomption d'incarcération quasi irréfragable qui s'en dégage. Cet effet combiné a induit une perte de créativité chez certains juges qui peinent à adapter la sentence à la situation du délinquant et à ses troubles mentaux en raison de l'érosion de leur pouvoir discrétionnaire. Les nouvelles règles et pratiques créent une suremphase autour de la gravité du crime – en multipliant les indices de gravité – qui déséquilibre le principe de la proportionnalité.

La réalité c'est qu'il n'existe pas de plafond aux peines : avec le temps le quantum élevé associé à un crime finit par être normalisé et banalisé et la population demande alors un nouveau rehaussement des peines. Le quantum est purement symbolique et ne pourra jamais refléter « fidèlement » la gravité des préjudices subis par la victime comme le souhaite la Cour suprême dans *Friesen*. Comme nous l'avons vu avec Delmas-Marty<sup>944</sup>, la peine ne devrait pas chercher à *compenser* les préjudices causés par le crime, ni à en refléter « fidèlement » et « pleinement » la gravité; tout simplement, car aucune peine ne pourra jamais *compenser* adéquatement les préjudices subis par une victime. La peine ne peut avoir d'effet rétroactif, elle n'annule pas la souffrance déjà infligée, elle ne peut qu'en rajouter. Le quantum de la peine a une fonction purement symbolique : il n'efface certainement pas le mal, mais efface le *souvenir* du mal. Son efficacité normative propre se traduit difficilement dans la réalité « matérielle », dans la société « réelle ». La peine, comprise pour ce qu'elle est, c'est-à-dire une infliction de souffrance par l'État pour maintenir un ordre symbolique commun, est une réponse irrationnelle, illogique, bête, unidimensionnelle, mais nécessaire, et envers laquelle il serait vain de chercher des vertus compensatrices ou protectrices.

Nous pouvons comprendre que « s'il est une intolérance dont une société saine ne doive jamais s'émanciper c'est bien celle qui concerne les abus sexuels commis sur de jeunes enfants »<sup>945</sup>. Cela dit, comme l'explique Richard Dubé, il existe une différence entre maintenir cette intolérance par la criminalisation de certaines pratiques touchant les enfants et la promesse que ces comportements

---

<sup>944</sup> M. DELMAS-MARTY, préc., note 182, p. 10.

<sup>945</sup> R. c. L.(J.-J.), [1998] R.J.Q. 971.

seront « punis » (peu importe la forme de la punition) et cultiver et renforcer des attentes particulières quant à l'issue de la peine, sa force et ses modalités<sup>946</sup>. Les attentes particulières ne sont plus relativisées par la détermination discrétionnaire de la peine par le juge, mais désormais en imposent la mesure. L'effet combiné de tous les indicateurs de gravité transforme le principe de la proportionnalité en un moyen de compenser la gravité du crime, elle-même comprise à travers le prisme des victimes réelles ou potentielles. Ils suggèrent une nouvelle fonction à l'institution pénale : il faut protéger directement et efficacement la société et ses membres des préjudices et des risques de préjudice, en commençant par ses membres les plus vulnérables.

Comme nous le verrons dans la sous-partie suivante, pour pouvoir espérer obtenir une peine en dehors de l'institution carcérale, il faudra désormais offrir au public la garantie que les risques du délinquant seront contrôlables par l'institution pénale à l'extérieur de l'environnement carcéral. Au cours des deux dernières décennies, on constate en effet la place importante faite à ces considérations sur le niveau de risque lors de la détermination de la peine des autistes condamnés. Cela concourt à l'idée que, *par-delà le principe de proportionnalité*, l'institution pénale poursuit une nouvelle fonction de gestion des risques.

## **II. 5.2. Les indicateurs de risque et de réhabilitation : la garantie de sécurité offerte au public en cas de peine de contrôle à aire ouverte**

### **II. 5.2.1. Les circuits pénaux**

Une « société disciplinaire » se transforme en « société de contrôle » lorsque ses institutions ne sont plus intéressées à former et découper des sujets bien définis (clos, enclavés) pour servir les seuls besoins de cette institution précise, mais cherchent, en partenariat avec les autres institutions, à contrôler en continu un flux de subjectivité – sans limites – de manière à ne pas l'entraver dans sa prise de vitesse<sup>947</sup>. Une société de contrôle, tournée vers un modèle transfonctionnel dans lequel

---

<sup>946</sup> R. DUBÉ, préc., note 163, p. 681.

<sup>947</sup> Didier OTTAVIANI, « Foucault - Deleuze : de la discipline au contrôle », dans Emmanuel DA SILVA, *Lectures de Michel Foucault. Volume 2 : Foucault et la philosophie*, Lyon, ENS Éditions, 2003, p. 59-73; Nous vous renvoyons à la réflexion sur la transformation de l'institution pénale durant le passage d'une société disciplinaire (modernité) à une société de contrôle (postmodernité) chez Deleuze et Foucault. G. DELEUZE, préc., note 266, p. 49 : « Et, enfin, il n'est pas sûr que les sociétés disciplinaires lui laissent conserver ce haut coefficient si elles trouvent en évoluant d'autres moyens de réaliser leurs objectifs pénaux, et d'effectuer le diagramme dans toute son extension : d'où le thème d'une réforme pénitentiaire qui hantera de plus en plus le champ social et, à la limite, destituerait la prison de son exemplarité, la faisant retomber à l'état d'agencement localisé, restreint, séparé. Tout se passe comme si la prison, tel un ludion, montait et descendait sur une échelle d'effectuation du diagramme disciplinaire. Il y a une histoire des agencements,

les institutions perdent conscience de leur fonction propre, donne nécessairement naissance au sujet « indéterminé » que nous avons critiqué dans la sous-partie I.4.3. Dans ces sociétés, il n'existe plus de différence entre vivre à *l'intérieur* et à *l'extérieur* d'une institution donnée : le sujet institutionnalisé se retrouve donc indéterminé. Le sujet n'est plus sujet, mais objet d'un contrôle traversant toutes les institutions : institution clinique, institution pénale, cellule familiale, lieu de travail, etc.

Dans une « société de contrôle », la peine n'est plus comprise comme le châtement unique, événementiel, momentané, d'un criminel par l'État pour un acte passé (verticalité de la peine); mais comme une mesure qui s'« horizontalise » de plus en plus, dans le *temps* et l'*espace* pour assurer la continuité et l'effectivité du contrôle. Foucault, parle alors de « circuits », dont la prison ne serait qu'un passage obligé pour « inscrire » et « enregistrer » le délinquant dans son circuit de contrôle autoperpétuatif :

« Punies, elles le sont par un châtement qui se donne pour fonction de rendre le délinquant « non seulement désireux, mais aussi capable de vivre en respectant la loi et de subvenir à ses propres besoins »; elles le sont par l'économie interne d'une peine qui, si elle sanctionne le crime, peut se modifier (s'abrégant ou, le cas échéant, se prolongeant) selon que se transforme le comportement du condamné; elles le sont encore par le jeu de ces « mesures de sûreté » dont on accompagne la peine (interdiction de séjour, liberté surveillée, tutelle pénale, traitement médical obligatoire) et qui ne sont pas destinées à sanctionner l'infraction, mais à contrôler l'individu, à neutraliser son état dangereux, à modifier ses dispositions criminelles, et à ne cesser qu'une fois ce changement obtenu. »<sup>948</sup>

La logique de la prison sort aujourd'hui de ses murs physiques pour répliquer le stigmatisme dans la vie ordinaire de l'ancien détenu par de nouveaux instruments pénaux. La peine atteint désormais

---

comme il y a un devenir et des mutations de diagramme. » Voir également, Gilles DELEUZE, *Pourparlers*, Paris, Éditions de Minuit, 1990/2003, p. 227-247.

<sup>948</sup> M. FOUCAULT, préc., note 203, à la p. 25 et 26. Cf. également, *Id.*, p. 268-360. N. ROSE, préc., note 262, p. 271 parle des mesures pénales comme étant part d'un circuit de contrôle plus large : « Of course, there are innumerable 'interagency' programmes – involving police, welfare agencies, health agencies, school staff, family members and the like – targeting the select few from high-risk youth, habitual offenders and so forth: these redeploy all the moralizing techniques of ethical reconstruction in the attempt to instil the capacity for self-management. But the procedures for the selection of these experimental subjects arise out of the detailed profiles maintained by police forces, which identify particularly risky individuals and particularly risky territories on the basis of the compilation of all manner of data on crime, criminal records, offender profiles and the like. In the same movement as the circuits of insecurity exclude the homeless, the workless and all those other non-consumers from the inclusory logics of control, they are consigned to unending management by the agents, agencies and technologies of the new penal complex. Exclusion itself is effectively criminalized, as crime control agencies home in on those very violations that enable survival in the circuits of exclusion: petty theft, drinking alcohol in public, loitering, drugs and so forth. *These new circuits cycle individuals from probation to prison because of probation violations, from prison to parole, and back to prison because of parole violations.* » (nos italiques)

son plein potentiel afflictif puisqu'elle arrive à rendre plus stigmatisant et souffrant le fait d'*avoir fait* de la prison que d'en faire :

« Mais justement, exiler, quadriller, sont d'abord des fonctions d'extériorité, qui ne sont qu'effectuées, formalisées, organisées par *les dispositifs d'enfermement*. La prison comme segmentarité dure (cellulaire) renvoie à *une fonction souple et mobile, à une circulation contrôlée, à tout un réseau qui traverse aussi des milieux libres et peut apprendre à se passer de prison.* »<sup>949</sup>

« La création d'une peine d'emprisonnement dans la collectivité, généralement suivi par une probation et accompagné de diverses ordonnances, en est l'exemple le plus révélateur : « D'une procédure d'exclusion, axée sur le refoulement de l'individu et sa marginalisation sociale, *nous passons à une technique mixte d'exclusion/inclusion, fondée sur la surveillance du criminel et son confinement à domicile.* »<sup>950</sup>

Les pénalistes sont désormais invités à concevoir la peine en tant que *circuit* longiforme et plastique; un vaste aménagement de l'environnement visant à contrôler les risques posés par l'accusé à l'aide d'une variété de technologies et d'acteurs qui, traditionnellement, ne relèvent pas de l'institution pénale (médecin, sexologue, psychologue, pharmacien, travailleur social, employeur, famille et amis, etc.) C'est en ce sens que nous avons choisi de qualifier la peine de l'accusé autiste de véritable « thérapeutique pénale ».

Une institution pénale qui veut se charger de la neutralisation des différents facteurs de risque posés par le délinquant (trouble neurodéveloppemental et sexologique, fréquentations dangereuses, solitude, consommation d'alcool, absence d'occupations prosociales, incapacité de maintenir un emploi, etc.) ne reconnaît alors plus l'importance de ses limites. Dans l'espoir de réintégrer l'accusé à la vie socio-économique, sans risque de récidive, l'institution pénale finit plutôt par contribuer à sa marginalisation définitive : « Ainsi semble consacrée, comme conséquence du but de réadaptation, l'idée d'une sorte de continuité de la répression pénale au-delà de la décision de condamnation, qui ne serait jamais vraiment définitive. »<sup>951</sup>

Dans la description que Marie-Ève Sylvestre, Nicholas Blomley et Céline Bellot font du droit pénal contemporain, nous observons bien l'existence de ce champ de contrôle qui traverse toutes les institutions pour finalement les uniformiser vers une seule et même fonction : la sécurité. L'institution pénale perd ainsi sa fonction propre pour ressembler de plus en plus à une institution

---

<sup>949</sup> G. DELEUZE, préc., note 266, p. 50 (nos italiques).

<sup>950</sup> H. PARENT et J. DESROSIERS, préc., note 520, p. 39-41 (nos italiques).

<sup>951</sup> M. DELMAS-MARTY, préc., note 182, p. 86.

d'administration des risques. Ces auteurs parlent du « modèle managérial » du droit pénal qui se caractérise par la surveillance des populations à risque, le marquage, les mesures préventives et répressives, la discrétion, la multiplication des acteurs, la circularité et l'autoperpétuation du circuit, sa spatialisation et sa temporalisation de même que par la mise en place d'une structure procédurale routinière, machinale et non individualisée<sup>952</sup> :

« Our findings show, in fact, that it is not only that we are turning to administrative regimes and non-criminal normative systems (such as immigration law), but that criminal law itself has undergone a process of hybridization, incorporating administrative law logics and dispositifs (Garland, 2014). Criminal law is dangerously becoming much like administrative law, incorporating many features which have traditionally characterized this area of law, including discretion, preventive goals, and lack of adjudicative procedures (Lynch, 1998). But “the legally hybrid nature of these tools and the weak rights protections they offer make it difficult for defendants and their attorneys to contest them” (Beckett and Herbert, 2010a: 101). »<sup>953</sup>

La Cour suprême dans l'arrêt *Friesen* – dans la section « probabilité de récidive » – confirme que la peine peut être considérée en termes de circuits. C'est également dans cette même section que la Cour affirme que le prononcé de la peine a désormais pour « objectif essentiel de protéger la société » et que celui-ci relève de « l'essence même » de cet exercice, surtout lorsque l'accusé a fait et fait courir des risques aux « groupes vulnérables comme les enfants »<sup>954</sup>. Le tribunal peut donc aménager un circuit pénal de manière qu'il contienne utilement et efficacement les risques perçus chez le délinquant autiste. La Cour suprême présente alors successivement les différents circuits disponibles pour contenir les risques.

Tout d'abord, si le risque de récidive est jugé élevé pour les personnes vulnérables, le juge doit prioriser une peine visant le retrait de l'accusé de son milieu social, et son emprisonnement en milieu carcéral à long terme afin de le neutraliser et d'offrir une longue période de tranquillité d'esprit aux victimes avant que l'accusé ne soit finalement contrôlé par la Commission des libérations conditionnelles : « Plus le délinquant représente *un risque élevé de récidive, plus le tribunal doit privilégier [l'objectif pénologique de neutralisation]* en vue de protéger les enfants vulnérables de l'exploitation fautive et du danger (...) »<sup>955</sup> Plus loin la Cour affirme : « Dans certaines situations, la seule façon de protéger les enfants à court et à long terme peut donc être

---

<sup>952</sup> Marie-Ève SYLVESTRE, Nicholas BLOMLEY, et Céline BELLOT, *Red Zones: Criminal Law and the Territorial Governance of Marginalized People*. Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 139.

<sup>953</sup> *Id.*, p. 132-133.

<sup>954</sup> *R. c. Friesen*, par. 122.

<sup>955</sup> *Id.*, par. 123.

d'imposer une longue peine (...) »<sup>956</sup> Les juges peuvent par ailleurs aménager un circuit mixte, comprenant une courte ou moyenne peine de prison pendant laquelle le contrevenant devra vivre le choc traumatique de la prison tout en débutant son traitement dans un environnement hautement supervisé, tout cela avant d'être contrôlé dans la collectivité, plus ou moins extensivement à moyen ou à long terme : « Parallèlement, selon le risque de récidive que représente le délinquant, l'impératif d'offrir une protection immédiate et à court terme aux enfants peut faire obstacle à une libération anticipée. Dans de tels cas, les efforts de réinsertion doivent débiter par un traitement ou un programme offert en prison (...) »<sup>957</sup> La Cour reconnaît également les vertus associées à la peine en dehors de la prison, mais seulement dans la mesure où cette dernière peut offrir une protection plus utile et efficace contre les risques :

« Les tribunaux devraient encourager les délinquants à faire des efforts pour se réinsérer, car cela offre une *protection de longue durée* (Gladue, par. 56). La réinsertion peut aussi jouer en faveur *d'une durée d'emprisonnement réduite* suivie d'une *période de probation* puisque le milieu communautaire est souvent plus favorable à la réinsertion que la prison (voir Proulx, par. 16 et 22). »<sup>958</sup>

Cette présentation est fidèle à la description qu'offre le sociologue Nikolas Rose de la multiplication des stratégies pénales déployées dans une société de contrôle :

« Hence imprisonment is a means of enduring incapacitation of those who present a significant risk, whilst, for those who appear to present lower risk, conduct can be managed through measures like probation. *Such measures are valued now only to the extent that they can demonstrate themselves as efficient techniques for the more or less permanent management of dangerous sectors of the population.* »<sup>959</sup>

Le choix du circuit dépend, essentiellement, de la capacité pour le juge de justifier la peine à aire ouverte devant le public, devant les victimes réelles et potentielles, de leur offrir une garantie, et de la possibilité technique de gérer les risques en communauté, mais ce, *à la lumière du degré de tolérance du public face à certains types de risques*. En somme, il semble que le circuit pénal de l'accusé pourra être aménagé en fonction de la probabilité de récidive, de l'évaluation des risques conduite par le tribunal et du potentiel de réhabilitation du délinquant, ce qui contrevient au principe fondamental de proportionnalité où seules la gravité de l'acte précisément commis par

---

<sup>956</sup> *Id.*, par. 124

<sup>957</sup> *Id.*

<sup>958</sup> *R. c. Friesen*, préc., note 11, par. 124.

<sup>959</sup> N. ROSE, préc., note 262, p. 236, voir aussi p. 240.

l'accusé et sa responsabilité morale dans cet acte précis devraient pouvoir mesurer, fondamentalement, la peine<sup>960</sup>.

Comme nous l'avons déjà vu, plusieurs facteurs aggravants listés par le législateur ou pris en compte par les tribunaux se rapportent directement au degré de vulnérabilité de certaines personnes face aux risques de préjudice ou à leur vulnérabilité face à ceux-ci dans certains lieux ou dans certaines situations. Les indicateurs de risque ou de réhabilitation de l'accusé qui seront identifiés et retenus par le juge devront être interprétés *à la lumière de ces indicateurs de gravité*. Donc, même si plusieurs accusés autistes présentent vraisemblablement un faible risque de récidive et un bon potentiel de réhabilitation, l'intolérance grandissante envers certains types de crimes et les risques qui s'y rapportent vont tout de même pousser les juges, de manière croissante au fil du temps, à prononcer une peine carcérale ou une peine de contrôle à aire ouverte extensive et invasive malgré le trouble mental de l'accusé. Le but est de contenir tous les facteurs de risque, qu'ils soient faibles ou élevés.

### **II. 5.2.2. Les facteurs atténuants et aggravants de la peine en tant qu'indicateurs de risque**

Au-delà de la responsabilité morale de la personne dans son acte précis et de la gravité de cet acte, une multitude de facteurs se rapportant, avec plus ou moins d'intensité, au principe de proportionnalité sont susceptibles de dicter la mesure de la sévérité de la peine. Les facteurs aggravants ou atténuants, qui sont évoqués dans la jurisprudence traitant de la peine des accusés autistes et que nous analyserons dans la présente sous-partie, correspondent essentiellement à des indicateurs sur leur niveau de risque et leur potentiel de réhabilitation. Ces facteurs nous sont apparus comme agissant, en réalité, comme des « indicateurs de risque par procuration » (*proxys*). Ces derniers entretiennent un degré variable de proximité avec le principe de proportionnalité. Certains pourraient être vus comme totalement étrangers à celui-ci, mais d'autres sont parallèles, c'est-à-dire qu'ils peuvent à la fois se prêter à une analyse morale de la détermination de la peine, mais, dans le contexte précis de la peine des personnes atteintes de maladies mentales, ils semblent poursuivre une fonction différente, essentiellement axée sur l'identification des risques et du potentiel de réhabilitation. Nous proposons donc de les analyser selon l'angle de la logique du risque compte tenu de notre hypothèse générale concernant la reconceptualisation de la fonction

---

<sup>960</sup> J. V. ROBERTS et S. VERDUN-JONES, préc., note 592, à la note de bas de page 16.

de l'institution pénale. Nous proposons de les analyser sous cet angle compte tenu aussi du fait que nous avons relevé, dans la Partie I, que c'est précisément dans l'optique de contrôler ces risques que l'institution pénale a facilité l'entrée et qu'elle a intégré et maintenu les personnes atteintes de troubles mentaux à l'intérieur de sa logique. Les facteurs de risque ou de réhabilitation sont pris en compte par le tribunal en raison d'une interprétation large du principe d'individualisation qui permet de considérer tous les facteurs se rapportant « à la situation du délinquant »<sup>961</sup>. Nous avons suggéré toutefois dans la sous-partie II.3.2, et nous y reviendrons dans notre conclusion, que cette interprétation du principe d'individualisation est décontextualisée et en dysharmonie avec le principe de proportionnalité. Nous concluons donc que certains de ces facteurs, en dressant le profil de risque du contrevenant autiste, finissent vraisemblablement par éclipser la fonction propre que devrait poursuivre le principe de proportionnalité lors de la détermination de la peine des accusés atteints de troubles mentaux.

Dans la jurisprudence, les facteurs permettant d'indiquer un plus grand potentiel de réhabilitation et un plus faible risque de récidive comme l'absence d'antécédents judiciaires de l'accusé<sup>962</sup>, son jeune âge<sup>963</sup>, le fait que l'acte était isolé ou hors du caractère habituellement prosocial de l'accusé<sup>964</sup> et la positivité du rapport pré-sentenciel<sup>965</sup> sont considérés des facteurs atténuants. À l'inverse, la condamnation antérieure pour un crime similaire a été prise en compte comme facteur aggravant

---

<sup>961</sup> art. 718.2(a) C.cr.

<sup>962</sup> R. v. *Hartman* (BC), préc., note 636, par. 31; R. c. *Rousseau*, préc., note 636, par. 102; R. c. *Grenier*, préc., note 637, par. 67; R. c. *Duclos*, préc., note 525, par. 108; R. v. *Kunzig*, préc., note 682, par. 39; R. v. *Cantwell*, préc., note 682, par. 48; R. v. *Berg*, préc., note 638, par. 9; R. v. *JB*, préc., note 628, par. 80; R. v. *Kagan*, préc., note 627, par. 22; R. v. *ERDR* (684), préc., note 682, par. 22; R. v. *JM*, préc., note 629, par. 32; R. v. *Brunton*, préc., note 637, par. 15; R. v. *Finestone*, préc., note 637, par. 51; R. c. *Martel*, préc., note 637, par. 142; R. v. *Fraser*, préc., note 281, par. 12; R. v. *Razon*, préc., note 637, par. 32-33; R. v. *BT*, préc., note 628, par. 128; R. v. *Collier*, préc., note 637, par. 80 et 82 (expressément utilisé pour évaluer le risque); R. v. *Krywonizka*, préc., note 682, par. 39.

<sup>963</sup> R. c. *Rousseau*, préc., note 636, par. 102; R. v. *Kunzig*, préc., note 682, par. 39; R. v. *Berg*, préc., note 638, par. 9; R. v. *Kagan*, préc., note 627, par. 22; R. v. *JM*, préc., note 629, par. 32; R. v. *JED*, préc., note 631, par. 139; R. v. *Brunton*, préc., note 637, par. 15; R. v. *Finestone*, préc., note 637, par. 51; R. c. *Martel*, préc., note 637, par. 142; R. v. *BT*, préc., note 628, par. 128; R. v. *Razon*, préc., note 637, par. 33; R. v. *Chaignon*, préc., note 682, par. 46 (expressément utilisé pour évaluer le potentiel de réhabilitation).

<sup>964</sup> R. v. *Cantwell*, préc., note 682, par. 47-48 (« sur le vif »); R. v. *Berg*, préc., note 638, par. 9 (sur le coup de la frustration); R. v. *JB*, préc., note 628, par. 81-82 (il aime son enfant, il a agi sur le coup de l'exaspération, car les enfants ont des « high needs » étant eux-mêmes autistes); R. v. *JB*, préc., note 628, par. 80 (« good man »); R. v. *Nepon*, préc., note 628, par. 82; R. v. *Kunzig*, préc., note 682, par. 39; R. v. *ERDR* (684), préc., note 682, par. 22; R. v. *Collier*, préc., note 637, par. 80; R. v. *Krywonizka*, préc., note 682, par. 39  
R. v. *ERDR* (684), préc., note 682, par. 21; R. v. *ERDR* (1758), préc., note 637, par. 14; R. v. *Hartman* (ON), préc., note 627, par. 37 et 40.

<sup>965</sup> R. v. *Cantwell*, préc., note 682, par. 48 (semble être un facteur atténuant); R. v. *Brunton*, préc., note 637, par. 15.

pouvant indiquer la capacité de récidive de l'accusé<sup>966</sup>. D'autres facteurs liés à répétition des actes délictueux, donc susceptibles d'indiquer un *pattern* plus difficile à contrôler, comme la durée de l'acte, sa fréquence ou répétition, l'escalade dans la violence, le nombre de victimes ou, par exemple, le nombre de fichiers de pornographie juvénile ou d'armes trouvés, ont été traités comme facteurs aggravants<sup>967</sup>. Finalement, le degré de risque de récidive prédit ou évalué, notamment à l'aide d'évaluations actuarielles et des experts cliniques, a également été considéré comme facteur atténuant ou aggravant de la peine, dépendamment des conclusions des experts<sup>968</sup>. Le risque que l'accusé a fait encourir à la société ou à la victime par son comportement est également pris en compte comme facteur aggravant<sup>969</sup>.

D'une manière tout aussi importante, le fait que l'accusé reconnaisse sa culpabilité, témoigne de ses remords sincères, accepte de s'incriminer ou de se dénoncer, accepte sa responsabilité, soit désormais conscientisé à propos de l'impact de ses crimes ou des risques associés à sa condition d'autiste ont été considérés comme des facteurs atténuants<sup>970</sup>. Son degré de proactivité, de

---

<sup>966</sup> *R. v. Somogyi*, préc., note 631, par. 38 et 55 (il y a environ 20 ans, il a obtenu le pardon, mais c'était aussi un crime sexuel envers un mineur); *R. v. Osadchuk*, préc., note 637, par. 48; *R. v. Chaignon*, préc., note 682, par. 50

<sup>967</sup> **La durée, le nombre ou la fréquence de l'offense** : *R. c. Duclos*, préc., note 525, par. 107; *R. v. Somogyi*, préc., note 631, par. 55 (« cruising the internet for several years » semble être un autre élément considéré); *R. v. Finestone*, préc., note 637, par. 45; *R. c. Martel*, préc., note 637, par. 141; *R. v. JED*, préc., note 631, par. 146; *R. v. BT*, préc., note 628, par. 129 (« Not only does this increase the severity of the impact upon A., but it also demonstrates an inability or unwillingness to control and end B.T.'s behaviour. »); *R. v. Collier*, préc., note 637, par. 74-75; *R. v. Vaux*, préc., note 626, par. 31; *R. v. Wolff*, préc., note 637, par. 61 (mais considéré comme élément de délibération et non de risque); L'escalade dans la violence : *R. v. Chaignon*, préc., note 682, par. 51-52; **Le nombre de fichiers, fréquence et durée de la collecte de fichiers** : *R. c. Duclos*, préc., note 525, par. 107; *R. v. Nepon*, préc., note 628, par. 80; *R. v. Brunton*, préc., note 637, par. 16; *R. v. Razon*, préc., note 637, par. 16 et 31; *R. v. BT*, préc., note 628, par. 129(9); *R. v. Vaux*, préc., note 626, par. 31; **Le nombre d'armes illégales** : *R. v. Krywonizka*, préc., note 682, par. 35; **Le nombre de victimes** : *R. c. Martel*, préc., note 637, par. 141

<sup>968</sup> **Bas risque de récidive ou absence de récidive** : *R. v. Hartman (BC)*, préc., note 636, par. 34 (admis par la couronne); *R. c. Rousseau*, préc., note 636, par. 102 (« l'absence d'antécédent judiciaire et la non-récidive en deux ans ») et transparait dans par. 104-106 (avis des experts); *R. v. Somogyi*, préc., note 631, par. 35 et 46 (tests et avis experts, pas de psychopathie); *R. v. Nepon*, préc., note 628, par. 94 (la thérapie et la réhabilitation a grandement réduit son risque de récidive); *R. v. Collier*, préc., note 637, par. 82; *R. v. BT*, préc., note 628, par. 128 (risque faible à moyen); *R. v. Krywonizka*, préc., note 682, par. 43 (faible risque); **Risque élevé de récidive selon le rapport présentenciel** : *R. c. Martel*, préc., note 637, par. 141; *R. v. Brunton*, préc., note 637, par. 16 (pédophile selon le sexual behavior assessment est utilisé comme un facteur aggravant); *R. v. Osadchuk*, préc., note 637, par. 48 (risque pour adultes, mais pas pour les enfants).

<sup>969</sup> Notamment, mais pas exclusivement, *R. v. Krywonizka*, préc., note 682, par. 36; *R. v. Wolff*, préc., note 637, par. 63.

<sup>970</sup> **Plaidoyer de culpabilité** : *R. v. Hartman (BC)*, préc., note 636, par. 32; *R. c. Rousseau*, préc., note 636, par. 102; *R. c. Grenier*, préc., note 637, par. 67; *R. c. Duclos*, préc., note 525, par. 108; *R. v. Kunzig*, préc., note 682, par. 40; *R. v. JB*, préc., note 628, par. 79; *R. v. NMN*, préc., note 628, par. 44; *R. v. Nepon*, préc., note 628, par. 84; *R. v. ERDR (684)*, préc., note 682, par. 22; *R. v. JM*, préc., note 629, par. 32; *R. v. Finestone*, préc., note 637, par. 51; *R. c. Martel*, préc., note 637, par. 142; *R. v. Fraser*, préc., note 281, par. 12; *R. v. Vaux*, préc., note 626, par. 32; *R. v. Wolff*, préc., note 637, par. 64; *R. v. Krywonizka*, préc., note 682, par. 41; **Les remords sincères** : *R. v. Hartman (BC)*, préc., note

participation et de collaboration dans la gestion des risques qu'il présente, notamment sa participation à un traitement visant à contrôler ses facteurs de risque particuliers, comme la toxicomanie ou ceux liés à l'autisme, ont également agi comme facteurs atténuants<sup>971</sup>. Ces facteurs semblent indiquer à l'institution pénale que l'accusé reconnaît les risques qu'il présente, notamment en raison de son TSA, et démontreraient une ouverture de l'accusé dans la gestion de ses propres risques au quotidien si jamais le juge devait prononcer une peine de contrôle à aire ouverte. À l'inverse, les indices dénotant une fermeture chez l'accusé autiste ou une plus grande difficulté à gérer ses propres risques, ont été soulignés comme des facteurs aggravants, par exemple un manque de collaboration avec les autorités, une moindre réceptivité face aux signaux dissuasifs, un refus ou une minimisation de sa responsabilité, une difficulté à reconnaître la gravité de l'offense ou sa minimisation, un refus ou une difficulté à exprimer des remords<sup>972</sup>.

---

636, par. 33; *R. c. Rousseau*, préc., note 636, par. 102; *R. c. Grenier*, préc., note 637, par. 67; *R. c. Duclos*, préc., note 525, par. 108; *R. v. Kunzig*, préc., note 682, par. 40; *R. v. Cantwell*, préc., note 682, par. 49; *R. v. JB*, préc., note 628, par. 79; *R. v. NMN*, préc., note 628, par. 46; *R. v. Nepon*, préc., note 628, par. 84; *R. v. ERDR (684)*, préc., note 682, par. 22 (« I accept that, to the extent he is able, he is remorseful. »); *R. v. JM*, préc., note 629, par. 32; *R. v. Finestone*, préc., note 637, par. 51; *R. v. Fraser*, préc., note 281, par. 12; *R. v. Wolff*, préc., note 637, par. 67; *R. v. Krywonizka*, préc., note 682, par. 41; **Auto-incrimination ou auto-dénonciation** : *R. c. Rousseau*, préc., note 636, par. 102; *R. v. NMN*, préc., note 628, par. 47 (« forthcoming with his confessions »); *R. v. JM*, préc., note 629, par. 32; *R. c. Martel*, préc., note 637, par. 142; *R. v. Fraser*, préc., note 281, par. 12; **Acceptation de responsabilité et responsabilisation** : *R. v. Hartman (BC)*, préc., note 636, par. 32; *R. v. JB*, préc., note 628, par. 79; *R. v. JM*, préc., note 629, par. 32; *R. v. Finestone*, préc., note 637, par. 51; *R. v. Vaux*, préc., note 626, par. 32 **Conscientisation et reconnaissance** : *R. c. Rousseau*, préc., note 636, par. 102; *R. c. Duclos*, préc., note 525, par. 108; *R. v. JB*, préc., note 628, par. 78; *R. v. Somogyi*, préc., note 631, par. 33 et 47 (il a appris reconnaître le problème, sa responsabilité, a avoir des remords, mais pas de « insight » réel sur les dommages potentiels); *R. v. Nepon*, préc., note 628, par. 84 (« sincere insight into the offence of possessing ») **Sensibilisation à sa condition AS** : *Id.*, par. 87.

<sup>971</sup> *R. v. JM*, préc., note 629, par. 32 (proaction); *R. v. JB*, préc., note 628, par. 83 (il a pris les moyens nécessaires pour ne pas récidiver); *R. v. Nepon*, préc., note 628, par. 83 (pro-action avec les policiers), par. 85-87 (pour les traitements et pour les examens), par. 88-90 (il a développé un plan détaillé pour gérer sainement les technologies et sa sexualité). **Participation, coopération et collaboration active ou proactive (avec la police, le tribunal ou le counselling)** : *R. c. Rousseau*, préc., note 636, par. 102 (« une grande mobilisation afin d'éviter toute récidive », « la réhabilitation par ses efforts continus », « la collaboration de l'accusé à toutes les expertises »); *R. c. Grenier*, préc., note 637, par. 67 (« avec les policiers »); *R. c. Duclos*, préc., note 525, par. 108 (« avec les autorités »); *R. v. Kunzig*, préc., note 682, par. 39-40 (« He sought treatment for his substance abuse problem including residential treatment », « his co-operation with the police upon arrest »); *R. v. Kagan*, préc., note 627, par. 22; *R. v. Somogyi*, préc., note 631, par. 29-32 et 48 (traitement, programmes, rencontres); *R. v. NMN*, préc., note 628, par. 47 (collaboration avec la police) et 49 (« willingness to take counselling »); *R. v. JM*, préc., note 629, par. 32 (avec la police et counseling); *R. v. Brunton*, préc., note 637, par. 15 (« on his own volition »; examen des comportements sexuels et traitement pharmaceutique); *R. v. Finestone*, préc., note 637, par. 51 (traitement et counselling); *R. v. Razon*, préc., note 637, par. 33; *R. v. Collier*, préc., note 637, par. 86 (« His commitment to his treatment shows his understanding of the importance of addressing his long-standing psychological issues. »); *R. v. BT*, préc., note 628, par. 128; *R. v. Wolff*, préc., note 637, par. 24, et au par. 65 : « Mr. Wolff does suffer from alcohol addiction disorder. He was, I accept, drinking excessively throughout the material time period. This fact does not mitigate his moral culpability, but his addiction led to consumption and consumption led to lack of inhibition. That he is now addressing that addiction is a mitigating factor on this sentence. »; *R. v. Krywonizka*, préc., note 682, par. 43.

<sup>972</sup> **Dans certains arrêts, la difficulté à exprimer des remords, à reconnaître sa responsabilité ou la gravité de ses actes sont traités comme des facteurs aggravants** : *R. v. Kagan*, préc., note 627, par. 21 (difficulté à exprimer des

Afin d'offrir au public une garantie contre le risque, l'ouverture de l'accusé à gérer ses propres risques au quotidien doit être complétée par la mise en place d'un réseau structurant capable d'assurer le suivi concret de sa réhabilitation dans la collectivité. En prenant en compte le support familial de l'accusé, la possibilité d'occuper un travail durant la période de surveillance ainsi que la présence d'un entourage prosocial à titre de facteurs atténuants de la peine, les tribunaux semblent accorder un certain poids dans la détermination de la peine à la présence de ce réseau social susceptible de structurer la portion « à aire ouverte » de la peine de l'accusé autiste<sup>973</sup>. Comme nous l'avons vu dans le paragraphe précédent, le fait que l'accusé suivait un traitement a été considéré comme un facteur atténuant, ce qui renforce l'idée qu'il est important pour le juge que l'accusé ait un cadre de surveillance *concret* dans la collectivité. *A contrario*, son refus de collaborer ou l'absence de conscientisation face à ses torts et à ses facteurs de risque ont été considérés comme un facteur aggravant. En somme, la possibilité d'aménager un réseau structurant extensif de contrôle et de suivi de nature médicale et judiciaire autour de l'accusé autiste semble constituer une part importante de la décision du juge de prononcer une peine hors de la prison. Nous pouvons identifier dans ces arrêts plusieurs passages<sup>974</sup> où le juge décrit en détail le réseau structurel de surveillance de l'accusé déjà en place, ou qui sera mis en place, lors de la portion à aire ouverte de la peine. Ces passages illustrent bien la « garantie » contre le risque que doit désormais offrir le juge au public lorsqu'il prononce une peine à l'extérieur de la prison.

---

remords comme facteur aggravant); *R. c. Martel*, préc., note 637, par. 138-140 (Minimisation ou refus de responsabilité ou minimisation de gravité de l'offense) et par. 141 (Avoir continué après la visite d'un officier, avoir continué malgré la connaissance de l'âge, la non-dissuasion); *R. v. JED*, préc., note 631, par. 139 (pas expressément des facteurs aggravants, mais semblent agir ainsi, ils suivent l'énumération des facteurs atténuants et viennent les relativiser); *R. v. Brunton*, préc., note 637, par. 9 et 16 (difficulté à voir ses crimes comme mauvais sur le plan émotionnel comme facteur de risque et comme facteur aggravant à part entière); *R. v. Somogyi*, préc., note 631, par. 33, 40, 47 et 55 (comme facteur aggravant, il a pourtant appris à reconnaître le problème après, mais n'avait pas le bon *insight* sur les dommages, il considérerait ses actes comme étant « harmless », il faisait de l'évitement avec la police au départ). Dans *R. v. BT*, préc., note 628, par. 156-159 le manque d'*insight* quant à la gravité de ses actes est utilisé comme un facteur de risque justifiant une ordonnance de l'art. 161 C.cr. durant 10 ans plutôt que 3 ou 5 ans; *R. v. Collier*, préc., note 637, par. 88 (minimiser le facteur atténuant); *R. v. Krywonizka*, préc., note 682, par. 37 (l'accusé avait été averti dans le passé, mais il a continué).

<sup>973</sup> *R. v. Kunzig*, préc., note 682, par. 39; *R. v. Somogyi*, préc., note 631, par. 33, 37 et 49; *R. v. NMN*, préc., note 628, par. 48; *R. v. Hartman* (ON), préc., note 627, par. 46; *R. v. Finestone*, préc., note 637, par. 51; *R. v. Brunton*, préc., note 637, par. 15; *R. v. Razon*, préc., note 637, par. 33; *R. v. Collier*, préc., note 637, par. 87 (« Mr. Collier had a very loving and supportive family. This will assist him as he attempts to move forward from this incident. »); *R. v. BT*, préc., note 628, par. 128; *R. v. Chaignon*, préc., note 682, par. 46; *R. v. Wolff*, préc., note 637, par. 66.

<sup>974</sup> *R. v. Hartman* (BC), préc., note 636, par. 53, 54 et 56-57, 62-64; *R. c. Rousseau*, préc., note 636, par. 124; *R. c. Grenier*, préc., note 637, par. 59 et 68; *R. c. Duclos*, préc., note 525, par. 109; *R. v. Kunzig*, préc., note 682, par. 74; *R. v. Somogyi*, préc., note 631, par. 37, 46, 49, 54, 62, 63 et 65.

Finalement, le fait que l'accusé ait été capable de respecter ses conditions de remise en liberté a été considéré comme un facteur atténuant<sup>975</sup>. Ce facteur permettrait d'indiquer si l'éventuelle peine de contrôle et ses conditions seront véritablement respectées par l'accusé autiste : « Mr. Collier has complied fully with his bail conditions, which demonstrates his capacity to be pro-social. »<sup>976</sup> À l'inverse, la commission d'un crime alors que l'accusé autiste était en libération conditionnelle ou sous probation a été considérée comme un facteur aggravant de la peine<sup>977</sup>.

### II. 5.2.3. La description du profil de risque des autistes condamnés et l'aménagement d'une peine épousant ces facteurs particuliers

Globalement, lorsque le risque était *décrit* comme étant contrôlable et gérable à l'extérieur de la prison, lorsque l'accusé ne présentait pas de déviance ou de pédophilie caractérisée ou lorsque le risque posé ce dernier était qualifié de faible ou de modéré, le délinquant autiste pouvait généralement, avant l'arrêt *Friesen*, bénéficier d'une peine de contrôle à aire ouverte<sup>978</sup>. À titre illustratif, dans *R. c. Rousseau*, le juge, assisté des experts, en vient à la conclusion que le risque de récidive est strictement contrôlé par la conscientisation de l'accusé face à ses actes, la « reprogrammation sexuelle » en cours grâce à la thérapie et la prise d'antidépresseurs<sup>979</sup>. À la question « est-ce qu'il y a un besoin d'isoler le délinquant du reste de la société afin de protéger

<sup>975</sup> *R. c. Rousseau*, préc., note 636, par. 102 (« les conditions sévères de sa remise en liberté, et ce, sur une longue période », en effet dans un autre facteur on dit : « l'absence d'antécédent judiciaire et la non-récidive en deux ans »); *R. v. Kagan*, préc., note 627, par. 22; *R. v. Somogyi*, préc., note 631, par. 28; *R. v. Razon*, préc., note 637, par. 33; *R. v. Collier*, préc., note 637, par. 81; *R. v. BT*, préc., note 628, par. 128; *R. v. Fraser*, préc., note 281, par. 12;

<sup>976</sup> *R. v. Collier*, préc., note 637, par. 81. *R. v. Fraser*, préc., note 281, par. 12 (« The offender has demonstrated that he has potential for rehabilitation and he has complied with his conditions of bail for the past 19 months. »). **Pris en compte, mais des raisons de justice** : *R. c. Duclos*, préc., note 525, par. 98-103 (car nuisait à ses efforts de réhabilitation); *R. v. Nepon*, préc., note 628, par. 91-93 (disproportionnellement sévère et souffrant, en raison du fait qu'il est aveugle, mais aussi à cause de l'isolement que ça a provoqué) *R. v. JM*, préc., note 629, par. 32 (car a un aspect punitif, restriction sévère de liberté).

<sup>977</sup> *R. v. Hartman* (ON), préc., note 627, par. 47; *R. v. Chaignon*, préc., note 682, par. 53

<sup>978</sup> **Pour les analyses des indices de risque démontrant l'intérêt porté par le tribunal envers ces indicateurs et la nécessité d'offrir une garantie contre le risque pour pouvoir bénéficier d'une peine en dehors de la prison** : *R. v. Hartman* (BC), préc., note 636, par. 53-54, 56, 63 (faible risque); *R. c. Rousseau*, préc., note 636, par. 104-106, 113-114; *R. c. Grenier*, préc., note 637, par. 58-59 (ni déviant, ni pédophile); *R. c. Duclos*, préc., note 525, par. 109-110 (déviant, faible risque); *R. v. Kunzig*, 36-38 (risque moyen, mais contrôlable); *R. v. Cantwell*, préc., note 682, par. 22-25 (risque moyen, mais contrôlable); *R. v. Berg*, préc., note 638, par. 6 (faible risque); *R. v. Somogyi*, préc., note 631, par. 46-48 (tendance pédophile, mais intérêt fort envers adulte, faible risque); *R. v. NMN*, préc., note 628, par. 38 (faible, pas pédophile, pas déviant); *R. v. Berman*, préc., note 637, par. 8-9 (non déviant, faible risque); *R. v. Krywonizka*, préc., note 682, par. 43 (faible risque); *R. v. JB*, préc., note 628, par. 83 (récidive jugée « unlikely ») **Après l'arrêt Friesen, toujours possible** : *R. v. Nepon*, préc., note 628, par. 117-118 et 177 (faible risque); *R. v. Vaux*, préc., note 626, par. 25, 26 et 77 (pas déviant, risque modéré; application de la directive de Friesen, *Id.*, par. 122-124).

<sup>979</sup> *R. c. Rousseau*, préc., note 636, par. 104-106.

cette dernière? », le tribunal pourra alors répondre « par la négative » et imposer une peine de contrôle à aire ouverte afin de maintenir la progression du contrevenant vers la réhabilitation<sup>980</sup>.

Au contraire, lorsque le risque était imminent, modéré ou élevé, lorsqu'il était faible, mais néanmoins estimé « non négligeable » ou lorsqu'on diagnostiquait, malgré un faible risque, une pédophilie ou une déviance sous-jacente, ou lorsque le risque était difficilement caractérisable, l'accusé se voyait généralement imposer une peine carcérale<sup>981</sup>. Cela était également le cas lorsque le risque était jugé comme étant faible, mais que le juge estimait que l'accusé devrait bénéficier d'un traitement dans un milieu supervisé et contrôlé ou lorsque le travail de réhabilitation restait à faire.

Suivant la même logique, l'attention portée par les juges à l'endroit du niveau de progression de l'accusé vers la réhabilitation complète apparaît également comme étant révélateur de leur préoccupation concernant la gestion efficace du risque. La réhabilitation de l'accusé a parfois été qualifiée comme étant déjà complétée, significativement entamée, en cours, simplement potentielle ou éloignée. La qualification de ce niveau de progression a un effet important dans la détermination de la peine et dans l'analyse du risque. Lorsque la réhabilitation était décrite comme significativement entamée ou déjà complétée, les juges avaient tendance à prononcer une peine en dehors de la prison alors que lorsqu'elle semblait incertaine, lointaine ou était évoquée au futur, ils prononçaient une peine débutant par une supervision carcérale<sup>982</sup>. À titre illustratif, dans *R. v.*

---

<sup>980</sup> *Id.*, par. 113-114. Similairement voir *R. c. Duclos*, préc., note 525, note de bas de page 101 : « Il ne faut pas oublier que selon l'article 718 du Code criminel, l'objectif essentiel du prononcé des peines est de protéger la société. Dans le cas très particulier qui nous occupe, l'imposition d'une période probatoire remplirait le plus fidèlement cet objectif. »

<sup>981</sup> *R. v. ERDR* préc., note 682 (déviance partielle, pas pédophilie, risque gérable, mais bénéficierait d'un traitement et d'une grande supervision); *R. v. JM.*, préc., note 629 (pédophilie sous-jacente, difficulté à établir le risque, besoin traitement/longue réhabilitation); *R. v. JED*. préc., note 631 (besoin traitement/longue réhabilitation, déviance ou « not normative », risque faible à modéré); *R. v. Brunton*, préc., note 637, par. 16-17 (pédophile, chance de réhabilitation très bonne, risque faible à modéré, le travail reste à faire); *R. c. Martel*, préc., note 637 (risque de récidive comme facteur aggravant, ne peut être éliminé pour l'instant donc traitement/longue réhabilitation); *R. v. Shalit*, 2006 CarswellOnt 4995, par. 21-24 (danger imminent); **Après Friesen, c'est toujours le cas, mais on remarque une plus grande intolérance face au risque** : *R. v. BT*, préc., note 628, par. 53-66, 128(9), 129(5), 156-157 (faible à modéré, mais le juge émet certaines réserves); *R. v. Wolff*, préc., note 637, par. 24, 29 (modéré à élevé); *R. v. Chaignon*, préc., note 682, par. 17 et 55 (élevé); **Dans certains cas, la gravité du crime et l'intolérance associées aux types de crimes commis permettent d'éviter au juge de devoir considérer sérieusement la peine de contrôle à aire ouverte. Elles deviennent inconcevables dans certaines circonstances, peu importe leur niveau de risque au nom de la dénonciation** : *R. v. Finestone* préc., note 637; *R. v. Fraser* préc., note 281; *R. v. Hartman* (ON), préc., note 627, par. 73, 75-77.

<sup>982</sup> **Peines à aire ouverte** : *R. c. Rousseau*, préc., note 636, par. 7 et 102 (prend en compte l'évolution de l'accusé depuis 2 ans et reconnaît comme facteur atténuant « la réhabilitation de l'accusé par ses efforts continus »); *R. v.*

*J.E.D.*, la Cour d'appel du Manitoba évoque plusieurs éléments pour relativiser l'importance à accorder à l'objectif de réhabilitation de l'accusé, incluant le risque de récidive. La Cour semble en effet remettre en doute la progression de l'accusé vers sa réhabilitation. En faveur de sa réincarcération, où les risques qu'il présente pourront être mieux supervisés, la Cour évoque notamment le fait que ses facteurs de risque ne peuvent être contenus actuellement *sans supervision* et que l'accusé n'est pas réhabilité au point où il pourrait être laissé seul en présence d'un enfant. Elle juge que ce dernier ne perçoit pas encore pleinement la gravité de ses actes et que le traitement en cours nécessiterait de se poursuivre pour une période *indéterminée* : « the record is clear that *there is a long road ahead* in terms of developing proper insight into his sexual attitudes and to managing his deviant sexual proclivities *without supervision*. »<sup>983</sup> Il semble dès lors nécessaire d'offrir au public une garantie contre les risques, plus ou moins forte dépendamment du type de préjudice anticipé, si l'on veut prononcer une peine en dehors de la prison.

Ces appréciations du profil de risque et de la progression vers la réhabilitation des personnes autistes sont possibles grâce aux interventions de l'expertise clinique. Les experts et les personnes chargés de remplir le rapport pré-sentenciel sont appelés à *faire la lumière* sur les facteurs de risque particuliers à partir d'un recensement biographique hyperdétaillé. L'enquête menée conjointement par le tribunal et les experts psychiatres permet, finalement, de mettre en place une instance de

---

*Cantwell*, préc., note 682, par. 49 (« a good candidate for rehabilitation, if given the opportunity »); *R. v. Nepon*, préc., note 628, par. 85-87 et 94 (traitement depuis 1 an et demi; il a développé un « tremendous insight »; a atteint une nouvelle autonomie); *R. v. Kagan*, préc., note 627, par. 29 (le jugement sur la peine a lieu vraiment plus tard que le crime donc on évite de devoir faire une prédiction sur le risque de récidive, on sait qu'il n'est pas dangereux); *R. v. Krywonizka*, préc., note 682, par. 46, et au par. 43 : « has taken very meaningful steps to address the challenges presented by his ASD diagnosis, that he now has a better understanding of the reasons behind his compulsive collecting behaviours, and that *he is well positioned to move forward from these charges in a pro-social manner* ») **Peines carcérales** : *R. v. JM*, préc., note 629, par. 32 (« The efforts the Applicant has made to date and his expressed willingness to continue treatment are positive indicators of his *potential* for rehabilitation »); *R. v. Finestone*, préc., note 637, par. 51 (« Mr. Finestone has very good rehabilitative *prospects*. ») et par. 99 (« It is always difficult to sentence a youthful first offender to jail where his *prospects* for rehabilitation in the community are so high. »); *R. v. Fraser*, préc., note 281, par. 12 (« *potential* »); *R. v. JED*, préc., note 631, par. 139; *R. v. Razon*, préc., note 637, par. 32; *R. v. BT*, préc., note 628, par. 126 (réhabilitation « réaliste », mais par. 156 : « He *currently* lacks insight into his offending ») et par. 158 (« His prospects for rehabilitation are really *unknown* at this point.»); *R. v. Collier* préc., note, par. 123-125 (« ongoing » et nécessité de continuer); *R. v. Osadchuk*, préc., note 637, par. 25 (« because of the long road ahead, the risk of recidivism is present. »); *R. v. Chaignon*, préc., note 682, par. 46 (« still has a positive *chance* at rehabilitation and reformation. » parce qu'il est jeune); *R. v. Wolff*, préc., note 637, par. 24 : « alcohol consumption is a risk factor and Mr. Wolff's effort to address that factor goes some way to reduce his risk of reoffending, *though by no means entirely or even mostly*. » (nos italiques); *Id.*, par. 29 : « In this case, Mr. Wolff's overall pattern of risk factors would signal a strong need for management and control in the interests of public safety. »

<sup>983</sup> *R. v. JED*, préc., note 631, par. 139 et 152-154 (nos italiques).

contrôle individualisée grâce à la production d'un récit de type savoir/pouvoir<sup>984</sup>. Ces détails ne devraient pas être d'intérêt pour une institution dont la mission est essentiellement morale et symbolique. Un tel intérêt fournit une autre illustration que l'institution pénale poursuit bel et bien désormais une mission de gestion effective des risques. La meilleure illustration de ce type de relation savoir/pouvoir se trouve dans *R. v. E.R.D.R.* Dans cette affaire, l'hyperparticularisation que favorise une certaine interprétation du principe d'individualisation de la peine, permettra au tribunal et à l'expert de *faire la lumière* sur le mode de vie « inadéquat » de la personne autiste, sur ses goûts et ses passions « anormales », pour en faire ressortir le *risque* : « He spends much of his time on the computer or playing video games. He has a particular interest in Japanese anime cartoons, including pornographic anime, and he likes television shows such as “Teenage Mutant Ninja Turtles” and “My Little Pony” »<sup>985</sup>. Le tribunal résumera que l'expert, sans y avoir trouvé un signe clair de pédophilie, voit dans l'intérêt de l'accusé envers les *anime* une « “partial evidence of sexual deviancy” on the part of [E.R.D.R.], in that his interest in pornographic cartoons is a deviation from normal »<sup>986</sup>. Le tribunal notera ensuite que le même expert est d'avis que l'accusé, quoique ne représentant pas un danger imminent, étant encadré par sa caution, est à risque de récidiver s'il n'est pas *traité* ou *supervisé*. Il note également que l'accusé *bénéficierait* d'un traitement pour les délinquants sexuels; traitement qui est disponible autant dans une institution carcérale que dans la communauté<sup>987</sup>. Le tribunal aménagera donc un traitement pénal mixte, comprenant à la fois une courte période de supervision dans un centre carcéral spécialisé dans le traitement des délinquants sexuels, puis un contrôle extensif dans la communauté durant 3 ans par une probation, une ordonnance de l'art. 161 durant 5 ans et une inscription au registre des délinquants sexuels durant 20 ans. Le juge rejettera à la fois la probation, au nom de la gravité du crime commis et, notamment, du droit de la victime de se sentir en sécurité, ainsi que la peine discontinuée de prison, au nom de l'intolérance grandissante du public envers les risques de

---

<sup>984</sup> Comme le dit si bien M. FOUCAULT, préc., note 341, p. 248 : « Toutes ces choses qui font l'ordinaire, le détail sans importance, l'obscurité, les journées sans gloire, la vie commune, peuvent et doivent être dites – mieux, écrites. Elles sont devenues descriptibles et transcriposables, dans la mesure même où elles sont traversées par les mécanismes d'un pouvoir politique. ». Ces détails biographiques qui permettent de tirer un portrait de sa « dangerosité » ne devraient pas intéresser une institution pénale dont la vocation est symbolique; ces détails personnels devraient rester dans l'ombre.

<sup>985</sup> *R. v. ERDR* (684), préc., note 682, par. 7.

<sup>986</sup> *Id.*, par. 10.

<sup>987</sup> *Id.*, par. 9 et 10.

préjudices visant les enfants (« society and Parliament's obvious concern with respect to the harm done by child sexual assault. »<sup>988</sup>).

Nous avons affirmé qu'en règle générale l'accusé décrit comme présentant un risque faible de récidive se voyait imposer une peine en dehors de la prison et, qu'à l'inverse, un doute quant à son niveau de risque entraînait généralement l'incarcération. Or, depuis l'arrêt *Friesen*, cette situation pourrait avoir légèrement évolué, puisque nous pouvons désormais identifier des arrêts où le tribunal incarcère un accusé même si celui-ci est décrit de manière non équivoque comme étant à faible risque de récidive ou comme ayant de bonnes chances de réhabilitation<sup>989</sup>. Comme nous l'avons précisé d'entrée de jeu, les juges conduisent leur analyse du risque à partir des facteurs atténuants et aggravants *à la lumière du niveau d'intolérance et d'aversion envers certains risques comme indiqué par les indicateurs législatifs de gravité*. Ainsi, depuis les directives sévères de l'arrêt *Friesen*, nous soumettons l'hypothèse que le délinquant autiste qui présente faible risque de récidive et un bon potentiel de réhabilitation sera tout de même incarcéré en raison de l'*extrême* prudence, de l'aversion et de l'intolérance, maintenant *absolue*, envers les risques associés aux crimes de nature sexuelle touchant les enfants.

#### **II. 5.2.4. Conclusion : les indicateurs de risque en friction avec le principe de proportionnalité ou pourquoi il est important de se limiter à une déclaration de principe**

Il est clair que la logique du risque finit par se frayer un chemin dans l'analyse des divers facteurs hyperparticularisés que permet une interprétation large du principe d'individualisation de la peine.

---

<sup>988</sup> *Id.*, 21 et *R. v. ERDR* (1758), préc., note 637, par. 15.

<sup>989</sup> *R. v. Razon*, préc., note 637, par. 34-35. Malgré ce fait, le risque qu'il représentait est décrit comme « réel » et les préjudices évités sont décrits comme « profonds », *Id.*, par. 16; *R. v. Osadchuk*, préc., note 637, par. 61 où on note l'absence d'hébéphilie, l'absence de risque de récidive envers les enfants et sa proactivité dans son traitement, mais au par. 28 et 30 on dit que l'accusé a un risque moyen d'utiliser Internet pour des fins sexuelles et un haut risque pour les victimes adultes; *R. v. Collier*, préc., note 637, par. 57, 110 et 113 (« very low risk ») malgré quelques doutes exprimés par le juge, par. 82 et l'impérativité de s'assurer que la thérapie soit poursuivie pour minimiser ses risques (« ongoing »), par. 123-124; *R. v. BT*, préc., note 628, par. 53-66, 128(9), 129(5), 156-157 le juge décrit le risque de récidive comme étant faible à modéré, mais le juge émet quand même certaines réserves; *R. v. Wolff*, préc., note 637, par. 67 (« Mr. Wolff is young and comes before the court in this sentencing with no criminal record. There should be no serious impediment to his success at rehabilitation. »), mais en même temps il est décrit comme étant à risque modéré à élevé et la réhabilitation reste grandement à faire, *Id.*, par. 20, 24, 29. La courte période d'incarcération de l'accusé autiste est souvent justifiée précisément par l'opportunité de débiter un traitement dans un milieu supervisé et contrôlé et d'assurer son suivi au sein de la communauté par l'ajout d'une probation à sa peine carcérale. Voir *R. v. Collier*, préc., note 637, par. 123-124, où le trouble mental est évoqué non pas pour empêcher une peine carcérale, mais pour adapter son parcours pénal à ses facteurs de risque; *R. v. Wolff*, préc., note 637, par. 29 où la nécessité de supervision est soulevée par l'expert.

Cette interprétation décontextualisée contribue toutefois à l'érosion du principe de proportionnalité à titre de mesure fondamentale de la peine et à la reconceptualisation de la fonction de l'institution pénale. Comme nous l'avons montré au cours de cette sous-partie, le principe d'individualisation permet l'introduction d'une large variété de facteurs, dont certains s'éloignent dangereusement de la responsabilité morale significativement atténuée de l'accusé autiste dans son acte précis et dans la gravité *morale* de cet acte (par opposition à la gravité du crime strictement définie en fonction de la nature du crime, du type de victime et de la réalité des préjudices commis, prévisibles ou évités). En perdant de vue le principe fondamental de la détermination de la peine, plusieurs facteurs qui permettent également d'indiquer le degré de risque ou le potentiel de réhabilitation de l'accusé finissent ou finiront éventuellement par s'imposer au tribunal dans l'exercice de détermination de la peine *juste*.

Le principe de proportionnalité, et le principe thématique entourant la responsabilité morale significativement atténuée des accusés atteints de troubles mentaux, sont susceptibles d'être éclipsés par ce que révèlent les facteurs atténuants et aggravants identifiés lors des représentations sur la sentence. Plusieurs facteurs associés au risque ou au potentiel de réhabilitation créent une évidente friction avec le principe de proportionnalité que l'institution pénale contemporaine essaye tant bien que mal de concilier. Les facteurs se rapportant au trouble mental de l'accusé, et qui justifieraient donc de réduire sa responsabilité morale, peuvent tout à fait, suivant une logique du risque, être inscrits à titre de facteurs aggravants de la peine. Sur ce point, le juge dans l'arrêt *R. v. JM* remarquera justement que, d'un côté, les problèmes sous-jacents de pédophilie détectés chez l'accusé autiste « raises obvious concerns about his risk to reoffend and the safety of children with whom he has contact », mais que de l'autre côté, ses troubles de santé mentale ont un impact sur son choix de commettre le crime, ce qui commande de la compassion : « While these underlying mental health issues will present a challenge in terms of managing the Applicant's risk of reoffending, they are relevant to his level of moral blameworthiness. »<sup>990</sup> Tout en reconnaissant l'importance du principe de proportionnalité<sup>991</sup>, le juge cherchera toutefois à aménager, lui aussi, la peine de manière à contenir au mieux les facteurs de risque et d'assurer la réhabilitation du contrevenant. Le juge fera remarquer qu'une peine d'emprisonnement provinciale, comme celle

---

<sup>990</sup> *R. v. JM*, préc., note 629, par. 31-32.

<sup>991</sup> *Id.*, par. 33 et 44.

qu'il envisage, offre « ironically » une plus longue période de supervision que la PMO de 5 ans prévue par le législateur, en raison de la possibilité de rajouter à l'emprisonnement provincial une période de probation de 3 ans<sup>992</sup>. Le juge affirmera accorder une attention « plus significative encore », mais pas absolue<sup>993</sup>, à l'environnement le plus susceptible d'accueillir, d'encadrer et de mieux traiter les risques particuliers présentés par l'accusé autiste, préférant donc une peine d'incarcération provinciale dans le *St. Lawrence Valley Correctional and Treatment Centre*, tel que conseillé par l'expert, plutôt que dans un pénitencier fédéral<sup>994</sup>. Le juge y ajoutera une probation de 3 ans, une ordonnance d'interdictions de 10 ans et une inscription au registre des délinquants sexuels pour 20 ans. Sous le couvert du principe de proportionnalité, l'accusé se voit donc réserver un circuit de surveillance aménagé, en grande partie, en fonction des risques particuliers qui découlent de ses troubles de santé mentale; un contrôle individualisé qui se veut mieux adapté, plus précis, mais malgré plus extensif et tout aussi punitif.

En définitive, le juge qui n'accorde pas assez d'importance au principe voulant que la responsabilité morale diminuée de l'accusé souffrant de troubles mentaux doit significativement limiter la sévérité de la peine peut facilement commettre quatre erreurs importantes dans le cas du contrevenant autiste.

Premièrement, comme nous l'avons vu, l'absence de remords sincères, le fait de ne pas reconnaître sa responsabilité ou de ne pas reconnaître pleinement la gravité de ses actes ont souvent été traités comme des facteurs aggravants de la peine des autistes condamnés<sup>995</sup>. Pourtant, ces phénomènes peuvent être le résultat de leur TSA, plus particulièrement de leur manque d'empathie cognitive et des déficits dans leur *Theory of mind*, ce qui les empêche de développer, rapidement et par eux-

---

<sup>992</sup> *R. v. JM*, préc., note 629, par. 45. Cette pratique semble être de plus en plus courante, H. PARENT et J. DESROSIERS, préc., note 520, p. 355 : « de nombreuses décisions privilégient cette combinaison puisqu'elle accord « aux juges la souplesse leur permettant d'infliger des peines d'emprisonnement plus courtes et suivies de mesures de supervision dans la collectivité, plutôt que des peines plus longues qu'ils auraient autrement imposées inutilement en vue de parvenir aux mêmes résultats ». Ils nous réfèrent à l'arrêt *R. c. Knott*, [2012] 2 RCS 470, par. 43.

<sup>993</sup> *R. v. JM*, préc., note 629, par. 46 et 20.

<sup>994</sup> *Id.* par. 16-20 et 46.

<sup>995</sup> *R. v. Kagan*, préc., note 627, par. 21; *R. c. Martel*, préc., note 637, par. 138-140 et surtout le par. 141; *R. v. JED*, préc., note 631, par. 139; *R. v. Brunton*, préc., note 637, par. 9 et 16; *R. v. Somogyi*, préc., note 631, par. 33, 40, 47 et 55; *R. v. BT*, préc., note 628, par. 156-159; *R. v. Collier*, préc., note 637, par. 88, et ce malgré le par. 47 où on reconnaît que la personne autiste est capable d'exprimer des remords sincères, comprendre la gravité de ses actes et développer de l'empathie après avoir reçu de l'aide.

mêmes, une bonne compréhension du tort causé à leurs victimes<sup>996</sup>. Comme l'explique la doctrine clinique, les personnes autistes, une fois qu'on leur explique clairement et explicitement la gravité de leurs actes, peuvent exprimer des remords sincères. En raison de leur symptomatologie particulière et de leurs réactions inusitées, les personnes autistes sont plus à risque de faire l'objet d'une évaluation erronée de la part du juge quant à la sincérité de leurs remords :

« Offenders who display traits associated with ASD of flat affect, poor eye contact, other social interaction and communication impairments, and unusually candid responses to questions, *could imply inaccurately that they are unremorseful. Yet deficits in ToM and cognitive empathy may diminish their ability to feel remorse.* Further, if offenders with ASD are unable to understand that their crimes are morally wrong due to impairment of their capacity for complex moral reasoning, *they may be unlikely to feel remorseful for having committed them.* »<sup>997</sup>

Par exemple, dans *R. v. Collier*, le juge a reconnu que l'accusé avait exprimé des remords sincères et avait finalement compris la gravité de ses actes. Cependant, l'effet atténuant de ce facteur a été réduit sous prétexte que l'accusé autiste n'avait développé cette prise de conscience tardivement<sup>998</sup>. Il est permis de penser que cette prise de conscience par l'accusé autiste est généralement possible grâce au suivi thérapeutique qui se poursuit durant le processus judiciaire. Il est donc injuste de ne pas reconnaître pleinement ce facteur atténuant puisque les personnes autistes ont besoin de plus de temps et de support pour venir à cette prise de conscience. Dans *R. v. B.T.*, même si le juge admet la preuve de l'expert qui démontre que le condamné présente un risque de récurrence faible à moyen, et en tient compte comme facteur atténuant, selon lui, des risques non négligeables persistent, notamment en raison du fait que l'accusé « currently lacks insight into his offending », justifiant ainsi une ordonnance d'interdictions durant dix ans après sa peine de prison<sup>999</sup>. Considérant que la personne autiste peut avoir de la difficulté à développer une compréhension adéquate de la gravité de ses actes en raison de son déficit d'empathie cognitive, qu'il peut donc avoir besoin de plus de temps et d'aide psychologique pour y arriver, aide qui souvent n'est offerte qu'après sa mise en accusation ou sa condamnation – une trop grande emphase sur ce facteur aggravant peut faire perdre de vue la nature profondément injuste de cette conclusion. Pour éviter

---

<sup>996</sup> Pourtant, l'arrêt *R. v. Nepon*, préc., note 628, par. 66-67 et 84 explique bien comment cette difficulté est liée au déficit dans la *Theory of the mind* des personnes autistes. Plusieurs autres arrêts démontrent que l'accusé autiste a la possibilité d'apprendre intellectuellement, à la suite d'une éducation ou d'une thérapie, la gravité morale de son crime et d'exprimer des remords sincères : *R. v. NMN*, préc., note 628, par. 46; *R. v. ERDR* (684), préc., note 682, par. 22, *R. v. JB*, préc., note 628, par. 83, *R. v. Berman*, préc., note 637, par. 8; *R. v. Finestone*, préc., note 637, par. 23.

<sup>997</sup> G. WOLF, préc., note 30, p. 1731 (nos italiques).

<sup>998</sup> *R. v. Collier*, préc., note 637, par. 88.

<sup>999</sup> *R. v. BT*, préc., note 628, par. 156, pour les autres réserves, par. 53-66, 128(9), 129(5), 157 dont celle du par. 129(5) où la fréquence du crime est prise en compte comme facteur aggravant, car cela augmente le préjudice de la victime « but it also demonstrates an inability or unwillingness to control and end B.T.'s behaviour ».

une telle friction entre les facteurs servant à l'individualisation et le principe de proportionnalité, il convient, comme le proposait la Cour provinciale de Terre-Neuve dans *R. v. Cross*, de replacer ce facteur aggravant particulier dans le contexte du trouble mental de l'accusé : « in such cases [lorsque les accusés sont atteints de troubles mentaux] an offender's lack of remorse or an inability to understand the serious nature or consequences of her or his conduct should not be overemphasized as aggravating factors in imposing sentence. »<sup>1000</sup>

Deuxièmement, certains des actes de l'accusé autiste avant, pendant et après l'infraction peuvent être interprétés injustement comme étant des indicateurs de *prédation*, de manipulation, de délibération accrue et d'exploitation délibérée de la vulnérabilité de leur victime<sup>1001</sup>, alors qu'en réalité la personne autiste Asperger agit, malgré son *apparence* prédatrice que lui confère son intelligence supérieure, surtout par naïveté sociale, par mimétisme et par incompréhension fondamentale des codes sociaux, moraux et légaux :

« the language they use can *appear* clever, manipulative, and coercive and, for prosecutors and judges not familiar with these games, confirm the assumption that the accused is an antisocial predator. Rather this is generally *an example of very common adaptive skills adopted by those with autism to overcome their lack of intuitive social understanding*. Those with ASD learn is to *mimic* the expressions of neurotypical individuals. They are *very quick to pick up on the wording and expressions and gestures of others that seem to work*. Which Tony Attwood, describes as “borrowed phrases” (Attwood, 20076, pp. 39-40). Calculated mimicry of these successful representations of what is considered socially acceptable in a particular milieu *helps mask their social confusion* (Ormond et al., 2018) *Thus, the young man with ASD will come off as far cleverer and more manipulative than he really is, because he is scripting and mimicking others.* »<sup>1002</sup>

Dans cette optique, il convient de faire preuve d'une grande retenue quand vient le temps de prêter à l'autiste condamné des intentions aussi malicieuses que celles entretenues par un *prédateur sexuel*. La déclaration de principe voulant que la maladie mentale réduise la responsabilité morale du contrevenant permet d'introduire dans la logique interne du droit un tempérament, un élément de prudence et de retenue pour éviter ce genre d'erreurs profondément injustes.

---

<sup>1000</sup> *R. v. Cross*, préc., note 568, par. 2.

<sup>1001</sup> On attribue à la personne autiste des intentions d'exploitation délibérée et des comportements prédateurs dans plusieurs arrêts de notre échantillon, notamment *R. v. Collier*, préc., note 637, par. 76-78. Voir également *R. c. Martel*, préc., note ; *R. v. BT*, préc., note ; *R. v. JED*, préc., note 631.

<sup>1002</sup> M. MAHONEY, préc., note 133, p. 293-294 (nos italiques). Leur naïveté sociale et le fait d'agir par mimétisme pour se faire un ami ou pour plaire à quelqu'un d'autre peuvent expliquer le crime notamment dans *R. v. Vaux*, préc., note 626, par. 77 (« Important to the assessment of risk is Dr. Burnett's finding that Mr. Vaux's offending actions were driven more by opportunity than by deviant sexual interest/disorder. »); *R. v. NMN*, préc., note 628, par. 36, 54, 59, 67-68; *R. v. Kunzig*, préc., note 682, par. 46 et 67 (on décrit la personne autiste comme un « follower », il y a un lien clair ici avec le TSA, mais celui-ci n'a pas été adressé par le juge, *Id.*, par. 24, 65); *R. v. Cantwell*, préc., note 682, par. 47 (« impulsively showing off to this person »).

Troisièmement, la répétition, la durée et la fréquence des actes délictuels, ce qui inclut le nombre d'images d'abus sexuels<sup>1003</sup> ou le nombre d'armes à feu illégales, ont été interprétées injustement à titre de facteur aggravant, et ce, au détriment d'une reconnaissance non équivoque de la tendance des personnes autistes à avoir des intérêts restreints et à adopter des comportements obsessionnels et compulsifs<sup>1004</sup>. Dans *R. v. Krywonizka*, le nombre élevé d'armes à feu de l'accusé a été considéré comme un facteur sérieux et très aggravant<sup>1005</sup>, même si l'expert avait témoigné que ce résultat pouvait s'expliquer par la compulsivité et l'obsessivité qui découlent du TSA :

« Dr. Waldman's report describes the offender as someone who becomes "preoccupied" with learning about his interests and collecting items related to his interests. This preoccupation is exemplified by the nature and number of collections that the accused maintains, which include the following: a street sign and safety equipment collection on display in his backyard; emergency vehicle lighting; smiley face items; a Lego collection; rare books and specialty publications; a model train collection; and a high end brass train collection. Included in his collections were the firearms and weapons-related paraphernalia which were seized by the police. Dr. Waldman described the offender as collecting these items "in a compulsive fashion and does so to manage anxiety". The doctor concluded that his "pattern of life long social skilled deficits and fixated, restricted interests meets the diagnosis criteria for mild Autism Spectrum Disorder", linking the diagnosis to the offences, stating that "it is the fixed and focused interest, which is the symptom of his illness, that contributed to his arrest. »<sup>1006</sup>

---

<sup>1003</sup> *R. c. Duclos*, préc., note 525, par. 107 (l'accusé autiste a un TOC ce qui devrait pouvoir expliquer le nombre de fichiers); *R. v. Nepon*, préc., note 628, par. 80; *R. v. Brunton*, préc., note 637, par. 16; *R. v. Razon*, préc., note 637, par. 16 et 31; *R. v. BT*, préc., note 628, par. par. 129(9); *R. v. Vaux*, préc., note 626, par. 31.

<sup>1004</sup> R. LOFTIN, préc., note 133, p. 263 : « Many autistic people have a tendency to become preoccupied with topics and intense interests. Interests may create marked difficulty when circumscribed interests are in a problematic area (...) Many people with ASD are "completists" who want to possess all of an item within their area of interest. This mentality may extend to accumulating pornography, as well (Mesibov & Skreckovic, 2017). This tendency to collect excessive images can strengthen the charges against them or cause them to appear as more deviant than if fewer images were detected. »; Clare S. ALLELY, Sally KENNEDY et Ian WARREN, préc., note 30, p. 2 : « As with non-offensive activities, the desire for CEM can be excessive and compulsive for individuals with ASD (Mesibov & Sreckovic, 2017). As Sugrue (2017) indicates, there is an assumed, and potentially false, association between the level of risk a person poses to others, and the number and content of images collected. Therefore, it is generally assumed a greater number of images equates to a more severe obsession, which heightens the risk an individual with ASD will act on their sexual urges. Despite this widely held belief, findings from available empirical studies are not consistent with this association (Mahoney, 2009; Stabenow, 2011). »; L. P. VINTER et G. DILLON, préc., note 48, p. 100 : « Related to the discussion earlier in this chapter regarding autism and child sexual abuse image-related offences, Mesibov and Sreckovic (2017) noted that some autistic individuals develop a compulsive and excessive interest in downloading child sexual abuse material. Allely and Dubin (2018) illustrate this by highlighting that in many cases where autistic individuals are caught in possession of child sexual abuse images, collections of such material tend to be large, with many files unopened. This can have implications for understanding risk in autistic individuals who commit child sexual abuse image-related offences. Level of risk in child abuse image offences is often determined, in part, by the number of images an individual possesses; as it is assumed that more images indicate a greater obsession, and therefore a higher risk of acting on related urges (Sugrue, 2017). However, this may not be entirely appropriate when viewing risk in autistic individuals, as it does not necessarily consider a relationship between the volume of material collected and the individual's RRB traits (Allely & Dubin, 2018). »; C. S. ALLELY, *Autism Spectrum Disorder in the Criminal Justice System: A Guide to Understanding Suspects, Defendants and Offenders with Autism*, préc., note 31, p. 45 et 146.

<sup>1005</sup> *R. v. Krywonizka*, préc., note 682, par. 35.

<sup>1006</sup> *Id.*, par. 29.

Le juge dans cet arrêt reconnaissait pourtant lui-même que « there is a nexus between the diagnosis and his offending behaviour, and that the diagnosis helps to frame what was an almost compulsive desire to collect firearms-related items. »<sup>1007</sup>

Quatrièmement, nous avons vu que la prédiction du risque de récidive par un outil actuariel peut être retenue contre la personne autiste à titre de facteur aggravant de sa peine. Lorsque la prédiction n'est pas retenue en tant que telle à titre de facteur aggravant, son utilisation au cours de l'audience et le dévoilement de ses conclusions peuvent tout de même avoir un effet normatif concret dans le processus décisionnel du juge. Les outils actuariels disponibles aujourd'hui ne sont pas à même de prédire efficacement les risques spécifiques des personnes autistes en raison de leur symptomatologie particulière; aucune étude empirique n'est en mesure, à ce jour, de démontrer la validité prédictive des outils actuariels de risque de violence une fois appliqués aux personnes autistes<sup>1008</sup>. Dans *R. v. JM*, le juge a dû composer avec l'incertitude découlant de la possible inapplicabilité des outils actuariels d'évaluation du risque aux personnes autistes Asperger : « because of the Applicant's unique constellation of issues, standard risk assessment instruments are not applicable. Dr. Gojer identified several factors that mitigate risk and several that increase it ». <sup>1009</sup> L'inapplicabilité de ces outils aux personnes autistes Asperger est également soulevée dans

---

<sup>1007</sup> *Id.*, par. 34

<sup>1008</sup> Alexander WESTPHAL et Rachel LOFTIN, « Violence Risk Assessment in Autism Spectrum Disorder (ASD) », dans Fred R. VOLKMAR, Rachel LOFTIN, Alexander WESTPHAL et Marc WOODBURY-SMITH (dir.), *Handbook of Autism Spectrum Disorder and the Law*, Springer, 2021, p. 455 et 461; M. MAHONEY, préc., note 35, p. 23-25; Clare S. ALLELY, Sally KENNEDY et Ian WARREN, préc., note 30, p. 9; C. S. ALLELY, *Autism Spectrum Disorder in the Criminal Justice System: A Guide to Understanding Suspects, Defendants and Offenders with Autism*, préc., note 31, p. 45-46 et 146. Nous craignons que certains outils actuariels puissent même surestimer ces risques. Nous pensons, entre autres, au *Static 99-R* qui considère comme étant un facteur de risque le fait que l'accusé n'ait pas eu de relation amoureuse durant deux années consécutives ce qui pourrait désavantager systématiquement les personnes autistes qui ont tendance à être isolées socialement et avoir de la difficulté à commencer et maintenir une relation intime. Nous pensons aussi au *Risk for Sexual Violence Protocol* ("RSVP") qui prend à titre de facteurs de risque la présence d'un trouble de santé mentale majeure et une variété de facteurs se rapportant aux problèmes dans les relations intimes et sociales, aux problèmes liés au stress ou à la difficulté de reconnaître la gravité de ses actes ce qui pourrait désavantager systématiquement la personne autiste. Ces outils ont été utilisés dans *R. v. BT*, préc., note 628, par. 53, 55-57. Le résultat de l'évaluation actuarielle suggérerait un risque de récidive « faible à modéré », mais le juge est d'avis que, même si ce résultat est un facteur atténuant de la peine, certains facteurs de risque, révélés au cours de ces évaluations et lors du témoignage de l'expert clinique, demeurent « persistants », *Id.*, par. 128. Ces facteurs de risque persistants justifieront donc l'imposition d'une ordonnance d'interdiction de l'article 161 *C.cr.* durant 10 ans plutôt que de 3 ans ou 5 ans comme le recommandait la défense, *Id.*, par. 156 et par. 159. Cette peine est extrêmement sévère pour une personne autiste.

<sup>1009</sup> *R. v. JM*, préc., note 629, par. 16.

*R. c. Rousseau*<sup>1010</sup>. Certains juges pourraient alors être tentés, en raison de l'aversion absolue du public envers certains risques, d'agir par excès de prudence face à cette incertitude. Si nous ne voulons pas nous éloigner à ce point du principe de proportionnalité, il convient plutôt de faire preuve de retenue, de prudence et de scepticisme quant à la capacité de prédire la récidive et de la contrôler à travers une peine, surtout lorsqu'il s'agit d'un accusé atteint d'un trouble mental. Il s'agit là encore d'une bonne raison de demeurer dans le domaine du symbolique et de se limiter à la déclaration de principe.

En conclusion, ces dangers fréquents de glissement et de méprise lorsque le juge évalue les facteurs de risque des personnes autistes, fondamentalement injustes, militent tous en faveur d'une approche davantage axée sur des principes généraux de justice que sur une évaluation hyperindividualisée. Une approche principielle qui se limiterait à exprimer, à travers la peine, une forme de compassion pénale envers les accusés atteints de troubles mentaux serait plus *juste*. Comme l'ont jugé plusieurs Cours d'appel au cours des dernières décennies, même si l'aménagement de la peine n'est pas étrangère à la protection du public et au maintien de la paix, le tribunal ne peut imposer une peine disproportionnée, même si l'extension de cette peine était nécessaire ou avantageuse pour assurer la sécurité du public et la prémunir contre les risques<sup>1011</sup>.

Pour terminer, nous référons à une décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique datant de 2006, donc avant que les réformes du gouvernement Harper soient pleinement mises à exécution, qui contraste énormément avec les décisions que nous venons de voir. Dans *R. v. Harvey*, la Cour a jugé que le haut niveau de risque de récidive de l'accusé autiste itinérant et l'absence de structure sociale de soutien disponible dans la province pour le traiter et le superviser dans la collectivité ne devraient pas être une raison d'augmenter la peine au-delà de la gravité de ses actes<sup>1012</sup>. Quand vient le temps de déterminer le degré de sévérité de la peine, nous pensons qu'il convient, comme dans ce cas, de limiter l'analyse le plus strictement possible à la responsabilité morale de l'accusé et à la gravité de l'acte commis, même si une interprétation large, mais décontextualisée, du principe d'individualisation permet de voir « plus loin » et de *faire la lumière* sur les facteurs de risque de l'accusé.

---

<sup>1010</sup> *R. c. Rousseau*, préc., note 636, par. 62-63.

<sup>1011</sup> *R. v. Legere*, 1995 CanLII 1551 (ON CA); *R. v. Larocque*, 2012 BCCA 216, par. 44-45.

<sup>1012</sup> *R. v. Harvey*, 2006 BCCA 355, par. 17.

## II. 6. La thérapeutique pénale de l'autiste condamné

### II. 6.1. Introduction sur la portion carcérale de sa thérapeutique pénale

Nous en arrivons enfin à aborder les modalités concrètes des peines finalement prononcées à l'endroit des délinquants autistes. Nous verrons ce qui « justifie », dans l'imaginaire social qui soutient le droit pénal contemporain, les pratiques pénales que nous avons vues jusqu'à présent : ce qui « légitimise » la mise en place, en amont, de stratégies préventives de criminalisation, ce pour quoi on a tenu à maintenir l'accusé autiste à l'intérieur de la logique pénale en l'empêchant de bénéficier de la défense de NRCTM, ce pour quoi on lui a opposé, dans la détermination de la peine, toute la vulnérabilité de sa victime tout en refusant de reconnaître pleinement la sienne, ce pour quoi on a cherché à *faire la lumière* sur ses troubles de santé mentale, son historique personnel et ses facteurs de risque lors des représentations sur la peine... Si l'on s'est donné tant de mal – au prix même de la déformation de nos principes fondamentaux de justice –, c'était pour en arriver à aménager le circuit mixte, complexe, multi-actuel et extensif que nous présenterons dans cette dernière sous-partie.

Avant d'aborder la portion à aire ouverte du circuit pénal de l'autiste condamné, il convient de dire quelques mots sur la portion carcérale de ce circuit et sur les motifs qui la justifient. Sa thérapeutique pénale débute généralement, et c'est encore plus vrai depuis l'arrêt *Friesen*<sup>1013</sup>, par une courte période d'emprisonnement en milieu carcéral permettant d'assurer la portion *supervisée* et *contrôlée* de son traitement, avant que celui-ci ne se poursuive à l'extérieur des murs de la prison grâce à l'encadrement continu qu'offrent les nouveaux outils pénaux.

Nous observons que les motifs évoqués par les juges afin de justifier le recours à la prison prennent, sous le couvert de la dénonciation du crime, une teinte fortement inspirée de la gestion du risque et de la réhabilitation. Lorsque l'autiste est envoyé en prison, on peut difficilement dire que c'est simplement pour le « châtier » pour son crime et pour « expier » sa « grande » culpabilité morale. C'est surtout pour le degré de surveillance, de contrôle et de neutralisation des risques qu'offre l'environnement carcéral. En effet, même chez les juges qui prononcent finalement une peine d'incarcération, nous dénotons un malaise évident quant au fait d'envoyer ces personnes

---

<sup>1013</sup> R. c. *Friesen*, préc., note 11.

extrêmement vulnérables dans un établissement carcéral avec la population générale. La plupart des juges, dont certains prononceront tout de même une peine d’incarcération, reconnaissent que la prison n’est pas la peine la plus appropriée pour la personne autiste puisqu’elle met concrètement son intégrité physique et psychologique en danger en raison de ses troubles de santé mentale<sup>1014</sup> :

« I have no doubt that it would have been devastating to this offender, and not in society’s interests. Placing N in the general population of a *provincial correctional centre or a federal institution* would put him at risk and place him in *danger of being harmed both physically and mentally, due to his Autistic Spectrum disorder disability, naivety, and inability to defend him physically and socially.* »<sup>1015</sup>

Plusieurs d’entre eux recommanderont « fortement » que l’autiste condamné soit envoyé dans un centre correctionnel à vocation thérapeutique, pour y subir un traitement supervisé, plutôt que dans un environnement carcéral avec la population générale<sup>1016</sup>, démontrant ainsi le caractère essentiellement « thérapeutique » de la peine que l’on réserve à l’autiste condamné. Avant de l’envoyer en prison, deux juges, dans des affaires distinctes<sup>1017</sup>, s’assureront que le personnel de la prison soit sensibilisé à la condition de l’autisme, démontrant ainsi l’importance de prévenir le personnel du danger extrême qui guette l’autiste incarcéré; l’un de ses juges exigera même qu’une

---

<sup>1014</sup> *R. v. Somogyi*, préc., note 631, par 50-57 : « there is clear concern that he may not be able to survive in the prison system either physically or emotionally. »; *R. v. Nepon* préc., par. 143 : « « Mr. Nepon has such significant deficits in terms of his emotional maturity and social interactions due to the ASD that he has no capacity to interact in a correctional setting, with the level of intimidation in the jail population. »; *Id.*, par. 147 et au par. 148 : « « A jail sentence to be served in a jail, no matter how short its duration, would be grossly disproportionate for Mr. Nepon. », *Id.*, par. 152 et au par. 151 : « These circumstances are Mr. Nepon’s actual, real life circumstances. He is extremely vulnerable due to his blindness, ASD, depression, suicidality and lack of street smarts. Given his vulnerabilities, I am not satisfied Mr. Nepon would even survive a jail sentence. »; *R. v. Berman*, préc., note 637, par. 8; *R. v. Kagan*, préc., note 627, par. 32-33 *R. v. Vaux*, préc., note 626, par. 28 et 91; *R. v. ERDR (1758)*, préc., note 637, par. 17; *R. v. JM.*, préc., note 629, par. 46 : « I accept that he would be vulnerable to abuse due to the combination of his social skills deficits and the nature of the offence he has been convicted of. As a result, the negative effect of the mandatory minimum sentence on the Applicant, in comparison to an alternative sentence, is significant. » *Id.*, par. 3 : « Taking into account all of the testing and the history, as provided by the Applicant and his mother, Dr. Kalia diagnosed him with Asperger’s syndrome, which is an autism spectrum disorder. Asperger’s is characterized by difficulties socializing, recognizing cues and controlling impulsivity. People on the autism spectrum are often highly dependent on routines and struggle with anxiety when placed into new situations. There is no doubt that being incarcerated will be more difficult for the Applicant as a result. »; *Id.*, par. 12; *R. v. JED*, préc., note 631, par. 152-153 (considéré à travers le principe de totalité); *R. v. Brunton* préc., note 637; *R. v. Fraser*, préc., note 281; *R. v. BT*, préc., note 628, par. 128; *R. v. Collier*, préc., note 637, par. 84-85 et 116-117 (comme facteur atténuant); *R. v. Razon*, préc., note 637, par. 34-35; *R. v. Krywonizka*, préc., note 682, par. 32 : « The doctor also expressed significant concerns about the impact of a federal sentence on the health and wellness of the accused. »

<sup>1015</sup> *R. v. NMN*, préc., note 628, par. 68.

<sup>1016</sup> *R. v. Somogyi*, préc., note 631, par. 54 et 59; *R. v. ERDR (1758)*, préc., note 637, par. 47 et 52; *R. v. Brunton*, préc., note 637, par. 20; *R. v. JM*, préc., note 629, par. 59; *R. v. Razon*, préc., note 637, par. 37; *R. v. Collier*, préc., note 637, par. 123-125,

<sup>1017</sup> *Id.*, par. 96 où le juge explique malgré tout ne pas être inquiet que l’accusé sera bien pris en charge; *R. v. Fraser*, préc., note 281, par. 23.

copie du rapport psychiatrique soit envoyée au comité chargé du choix de l'établissement<sup>1018</sup>. Certains juges, lorsqu'ils envoient l'autiste dans un établissement de détention ou dans un pénitencier, portent une attention particulière envers les traitements disponibles au sein de la prison ainsi que leur adaptabilité aux personnes autistes<sup>1019</sup>.

Dans les cas où la prison est évitée, les juges évoqueront des motifs liés à la technologie pénale la plus efficace pour contrôler ses facteurs de risque<sup>1020</sup>. La peine d'incarcération imposée à un accusé autiste est alors décrite comme étant « contreproductive » puisqu'elle finirait même par augmenter les risques de récidive. On remarquera donc que ce départage – entre les cas qui méritent la prison et ceux qui y échappent – n'est pas étranger à la nouvelle fonction « essentielle » de protection effective de la société. Dans *R. c. Duclos*, cette nouvelle fonction est centrale dans les justificatifs donnés par la juge : « envoyer l'accusé en prison risquerait sérieusement de lui fait perdre ses acquis, alors que de lui permettre de continuer ses démarches actuelles diminuerait, selon tous les experts, les risques de récidive », et en note de bas de page elle précise : « *[i]l ne faut pas oublier que selon l'art. 718 du Code criminel, l'objectif essentiel du prononcé des peines est de protéger la société.* »<sup>1021</sup>

De cette manière, que les juges adoptent un point de vue utilitariste ou rétributiviste, le recours à une technologie aussi punitive que la prison est généralement décrié ou contourné, en partie, dans ses effets les plus contreproductifs et dévastateurs. Au-delà de ce débat concernant le caractère utile ou approprié de la prison, les juges s'entendent toutefois tous sur la nécessité de mettre en place un circuit extensif à vocation thérapeutique visant à contrôler en continu les facteurs de risque du délinquant autiste. S'il est intégré à l'intérieur de la logique pénale, c'est principalement pour le

---

<sup>1018</sup> *Id.*, 23

<sup>1019</sup> **Prison provinciale** : *R. v. ERDR* (1758), préc., note 637 ; *R. v. JM*, préc., note 629 ; *R. v. JED*, préc., note 631. **Prison fédérale** : *R. v. BT*, préc., note 628, par. 66 et 139 ; *R. v. Finestone*, préc., note 637.

<sup>1020</sup> *R. c. Rousseau*, préc., note 636, par. 115 ; *R. v. Kunzig*, préc., note 682, par. 49 et 55 ; *R. c. Grenier*, préc., note 637, par. 55 où la juge semble avoir porté une attention toute particulière à ce passage du rapport de l'expert clinique : « Un modèle punitif et carcéral ne pourra qu'augmenter les risques de récidives et de méconduites, la reproduction des comportements inappropriés (par imitation), l'isolement et l'anxiété et malheureusement, un lourd processus de judiciarisation pour M. Grenier. » » *Id.*, par. 60 : « [u]ne peine d'emprisonnement n'apportera rien de positif. Ni à la société ni à l'accusé. » ; *R. c. Duclos*, préc., note 525, par. 95, 112 et 118 ; *R. v. Nepon*, préc., note 628, par. 110-116 ; *R. v. Kagan*, préc., note 627, par. 32 ; *R. v. JB.*, préc., note, par. 88-89 ; *R. v. Somogyi*, préc., note 631, par. 57 où on met en garde que l'accusé, s'il est incarcéré, « may be discharged into the community a much more compromised and potentially dangerous individual. »

<sup>1021</sup> *R. c. Duclos*, préc., note 525, par. 118 et note de bas de page 101 (nos italiques).

faire bénéficier de la thérapie pénale dont nous présenterons, dans la prochaine sous-partie, les modalités à aire ouverte. Nous présenterons, tout d'abord, le nouvel arsenal punitif à la disposition de l'institution pénale et qui est utilisé pour contrôler le délinquant autiste dans la société. Nous enchaînerons ensuite avec les modalités concrètes du circuit à aire ouverte aménagé par l'institution pénale et nous illustrerons son caractère *extensif* pour, finalement, présenter en quoi ce circuit doit également être considéré comme étant intrinsèquement punitif, afflictif et particulièrement souffrant pour la personne autiste.

## **II. 6.2. La portion à aire ouverte de sa thérapie pénale : quelle limite et quelle mesure au contrôle ?**

Outre la prison, l'institution pénale dispose d'un arsenal punitif permettant de gérer directement, en continu et avec effectivité les risques du délinquant en société. Afin de déterminer l'ampleur du poids qui sera porté sur les épaules du délinquant autiste – le degré de souffrance infligée par l'État, le degré de sévérité de sa peine – nous estimons qu'il convient, minimalement, de prendre en compte les ordonnances auxiliaires qui se rajoutent à la peine principale. Ces dernières constituent une extension de l'infliction ponctuelle de la souffrance, font partie de la thérapie pénale de l'accusé autiste (son « circuit ») et constituent la dimension « horizontale » de sa peine.

**Inscription au registre des délinquants sexuels.** Un premier outil disponible pour garantir le contrôle efficace des risques dans la société consiste en l'inscription du criminel au registre des délinquants sexuels (ordonnance « SOIRA »). Dans la jurisprudence sur la peine des accusés autistes, la période d'enregistrement qui leur est imposée va parfois de 10 à 20 ans mais, bien souvent, elle est à perpétuité<sup>1022</sup>. Cette inscription au registre, en perpétuant l'intrusion de l'État dans la liberté du délinquant, en lui imposant des obligations ponctuelles et une surveillance par les autorités policières, en rappelant constamment la peine infligée et en exacerbant la stigmatisation et la marginalisation du condamné, constituent, à n'en pas douter, une peine – c'est-

---

<sup>1022</sup> **SOIRA (490.012 C.cr.)** : *R. c. Rousseau*, préc., note 636 ; *R. c. Grenier*, préc., note 637, par. 89 ; *R. v. JM*, préc., note 629, par. 59 (20 ans) ; *R. c. Duclos*, préc., note 525 (à vie) ; *R. v. Somogyi*, préc., note 631, par. 64 (20 ans) ; *R. v. Vaux*, préc., note 626 (à vie) ; *R. v. Berman*, préc., note 637, par. 15-16 (10 ans) ; *R. v. ERDR (1758)*, préc., note 637, par. 44 (20 ans) ; *R. v. JED (MBPC)*, préc., note 739 (à vie) semble avoir été maintenu par la Cour d'appel ; *R. v. Brunton*, préc., note 637, par. 21 (10 ans) ; *R. v. Finestone*, 100, préc., note, par. (20 ans) ; *R. c. Martel*, préc., note 637, par. 207 (à vie) ; *R. v. BT*, préc., note 628, par. 143 (à vie) ; *R. v. Collier*, préc., note 637, par. par. 136 (à vie) ; *R. v. Osadchuk*, préc., note 637 (à vie) ; *R. v. Wolff*, préc., note 637, par. 91 (10 ans) ; *R. v. Razon*, préc., note 637, par. 39 (à vie).

à-dire une infliction de souffrances servant à réitérer les valeurs bafouées par l'acte du criminel<sup>1023</sup>. Au-delà du débat sur sa qualification véritable, il n'en demeure pas moins que cette inscription au registre, et toutes les autres ordonnances que nous étudierons, doivent être prises en compte selon la Cour d'appel du Québec pour évaluer le degré de sévérité de la peine et peuvent être prises en compte afin de satisfaire les objectifs de dénonciation, de dissuasion et le nouvel objectif « essentiel » de protection de la société :

« Il importe par ailleurs de rappeler que les ordonnances obligatoires et additionnelles auxquelles l'appelant a été condamné permettent également d'atteindre l'objectif de dénonciation et de dissuasion visé par le législateur à l'article 718.01 *C.cr.* Le juge de première instance a prononcé, faut-il le rappeler, une ordonnance de probation de 24 mois avec suivi et une ordonnance de se soumettre à la Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels à perpétuité en vertu de l'article 490.013(2.1) *C.cr.* Or, ces ordonnances attestent de la sévérité de la peine et *permettent d'assurer la sécurité du public* grâce à un suivi rigoureux du comportement de l'appelant pour les deux années à venir. »<sup>1024</sup>

**Ordonnance de l'article 161 *C.cr.*** Tous les autistes condamnés pour un crime de nature sexuelle envers une personne âgée de moins de 16 ans, sauf un<sup>1025</sup>, se sont vu imposer, en plus, une ordonnance d'interdiction en vertu de l'art. 161 *C.cr.* pendant des périodes allant de 5, 10 et même jusqu'à 20 ans<sup>1026</sup>. Cette ordonnance, qui parfois se rajoute à la probation ou à une période de prison intensifie la peine par ses conditions extensives et l'étend temporellement bien au-delà de la peine principale. Le criminel peut se voir priver l'accès aux parcs publics, à toute zone publique où l'on peut se baigner, aux garderies, aux terrains d'école, aux terrains de jeu, aux centres communautaires

---

<sup>1023</sup> Un débat doctrinal et jurisprudentiel persiste actuellement quant à sa qualification véritable, la Cour suprême n'a pas encore tranché la question : Geneviève BEAUSOLEIL-ALLARD, *Le fichage de la délinquance sexuelle : une érosion des principes de justice criminelle et punitive*, Mémoire de maîtrise, Montréal, Université de Montréal, Faculté de droit, 2011 est d'avis que l'ordonnance SOIRA devrait être considérée comme une peine pour que les principes de justice soient applicables; *R. c. Grenier, préc., note 637*, par. 64-65 : « L'accusé sera soumis à perpétuité aux obligations de l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels. Le Tribunal est d'avis que cette obligation constitue une peine [réf. *R. c. Delage*, 2019 QCCQ 1125] et est susceptible d'atteindre les objectifs de dénonciation et de dissuasion visés par le législateur [réf. *Caron Barrette c. R.*, 2018 QCCA 516] »; *R v Ndhlovu*, 2020 ABCA 307, par. 164 et S-12 qui juge que SOIRA n'est pas une peine; *Ontario (Attorney General) v. G*, 2020 SCC 38; *R. c. Thériault*, 2009 QCCA 185.

<sup>1024</sup> *Caron Barrette c. R.*, préc., note 1023, par. 85 (nos italiques).

<sup>1025</sup> L'ordonnance de l'art. 161 n'a pas été accordée et a été jugée comme étant « non-nécessaire » dans un seul jugement, soit *R. v. Finestone*, préc., note 637, par. 101 (pas de déviance, pas de risque). L'accusé dans cette affaire est condamné à une peine dans un pénitencier fédéral.

<sup>1026</sup> **Ordonnance de l'article 161 *C.cr.*** : *R. c. Duclos*, préc., note 525 (10 ans); *R. v. Somogyi*, préc., note 631, par. 64 (par. a durant 20 ans, par. b et c à vie); *R. v. Berman*, préc., note 637, par. 14 (b) et c) pour 10 ans); *R. v. ERDR (B)*, préc., note, par. 42 (5 ans à partir de la fin de l'incarcération); *R. v. JM*, préc., note 629, par. 59 (10 ans); *R. v. JED (MBPC)*, préc., note 739, semble avoir été maintenu par la Cour d'appel (10 ans); *R. v. Brunton*, préc., note 637, par. 21; *R. c. Martel*, préc., note 637, par. 187 et 205 (5 ans; interdiction Internet même si c'est son moyen de socialisation); *R. v. BT*, préc., note 628, par. 156 s. (10 ans); *R. v. Collier*, préc., note 637, par. 131-133 (5 ans, par. b)c)d)); *R. v. Razon*, préc., note 637, par. 40 (10 ans); *R. v. Wolff*, préc., note 637, par. 93 (10 ans, pas d'interdiction d'Internet); *R. v. Vaux*, préc., note 626, par. 110 (10 ans).

où sont dispensés des services aux citoyens ou à proximité de tout autres lieux indiqués par le juge, ce qui est susceptible d'exacerber l'isolement social de la personne autiste, ralentir sa quête d'autonomie et compliquer grandement le développement de liens prosociaux. L'ordonnance peut interdire au délinquant autiste de chercher, d'accepter ou de garder un emploi qui le placerait, d'une manière ou d'une autre, « en relation de confiance ou d'autorité », vis-à-vis de personnes âgées de moins de seize ans, ce qui est susceptible d'empirer une situation d'employabilité déjà très difficile en raison de ses déficits sociaux<sup>1027</sup>. L'ordonnance peut également priver le condamné d'utiliser Internet, ce qui peut aussi exacerber l'isolement des personnes autistes dont l'Internet représente souvent le seul moyen de socialisation<sup>1028</sup>. L'ordonnance de l'art. 161 *C.cr.* constitue officiellement une peine,<sup>1029</sup> mais celle-ci se mesure, curieusement, non pas en fonction de la responsabilité morale, mais en fonction de sa « situation » et donc, bien souvent, principalement des risques qu'il pose pour les personnes vulnérables<sup>1030</sup>.

**Ordonnances reliées aux armes à feu et au prélèvement d'ADN.** D'autres ordonnances sont systématiquement rajoutées à la peine principale de l'autiste condamné, dont l'ordonnance privant ce dernier de détenir une arme et les mesures de surveillance visant le respect de cette condition<sup>1031</sup>, ainsi que l'ordonnance visant le prélèvement d'ADN, permettant de fichier le délinquant sexuel et de le retrouver plus facilement si son ADN est trouvé, pour une raison ou une autre, sur une scène

---

<sup>1027</sup> Pour un exemple de difficultés à maintenir un emploi en raison du TSA, voir *R. v. Collier*, préc., note 637.

<sup>1028</sup> Récemment, la Cour d'appel a jugé que l'interdiction d'utiliser Internet n'était pas à prendre à la légère puisque celle-ci prive le condamné d'un élément central et « essentiel » au fonctionnement de la vie quotidienne : « Ce n'est plus une simple fenêtre sur le monde. Pour un nombre croissant de personnes, Internet *est* leur monde, un endroit où l'on peut faire presque tout ce que l'on a besoin de faire ou que l'on souhaite faire. » Cela est d'autant plus vrai pour les personnes autistes. Une telle interdiction n'est pas méritée dans tous les cas. Il faut faire preuve d'une grande retenue lorsqu'on impose une telle condition à une personne autiste, *Rodrigue c. R.*, 2021 QCCA 456, par. 31.

<sup>1029</sup> *R. c. J. (K.R.)*, 2016 CSC 31 : les nouvelles dispositions de l'art. 161 « restre[i]gnent] sensiblement la faculté qu'a une personne de se livrer à une activité par ailleurs licite ou soumettre une personne à des contraintes substantielles auxquelles les autres citoyens ne sont pas soumis. »

<sup>1030</sup> *Id.*, par. 48; *R. v. Collier*, préc., note 637, par. 129. Selon l'arrêt *R. v. Williams*, préc., note 626, le cadre analytique de l'arrêt *Friesen* axé sur la gravité du crime devrait également conditionner la détermination des conditions de l'ordonnance de l'art. 161.

<sup>1031</sup> **Interdictions relatives aux armes (arts. 109 ou 110 *C.cr.*)** : *R. c. Rousseau*, préc., note 636 ; *R. v. JM*, préc., note 629, par. 59 (à vie); *R. c. Duclos*, préc., note 525 (à vie); *R. v. Kunzig*, préc., note 682, par. 75 (10 ans); *R. v. Somogyi*, préc., note 631 (20 ans); *R. v. Cantwell*, préc., note 682, par. 80 (10 ans; art. 110 aussi); *R. v. Berg*, préc., note 638, par. 25 (3 ans, uniquement 110); *R. v. JB*, préc., note 628, par. 95 (5 ans, uniquement 110); *R. v. Kagan*, préc., note 627, par. 44 (109 et 114); *R. v. Shalit*, préc., note 981, par. 27 (10 ans, uniquement 110); *R. v. JED* (MBPC), préc., note 739 semble avoir été maintenu par la Cour d'appel; *R. v. Brunton*, préc., note 637, par. 22 (uniquement art. 110); *R. v. Finestone*, préc., note 637, par. 100 (10 ans); *R. c. Martel*, préc., note 637, par. 206; *R. v. Fraser*, préc., note 281, par. 24; *R. v. BT*, préc., note 628, par. 144 (10 ans); *R. v. Razon*, préc., note 637, par. 39 (art. 109 durant 10 ans); *R. v. Krywonizka*, préc., note 682, par. 55 (avec exemption de l'art. 113 pour lui permettre de travailler dans certains secteurs); *R. v. Chaignon*, préc., note 682, par. 59 (art. 109 à vie).

de crime<sup>1032</sup>. Ces ordonnances, toujours selon la Cour d'appel du Québec, peuvent être prises en compte dans la détermination de la sévérité et peuvent être suffisantes pour atteindre les objectifs de dénonciation, de dissuasion et de protection de la société<sup>1033</sup>. Ainsi, leur ajout à une peine d'emprisonnement ou une CSO a pour effet de mettre, encore une fois, l'accent sur ces objectifs.

**Les conditions prévues aux ordonnances de probation et d'emprisonnement dans la collectivité (« CSO »).** La probation et l'ordonnance du sursis à l'emprisonnement constituent les deux moyens principaux pour aménager, dans le temps et l'espace, la portion à aire ouverte du circuit pénal du délinquant autiste. Elles poursuivent des objectifs larges, variés et extensifs se rapportant à la correction, la surveillance, le contrôle du délinquant, mais, plus fondamentalement, elles constituent son châtiment et l'organisent. La description de la probation que fait la juge dans *R. c. Rousseau* est particulièrement révélatrice de son aspect multifonctionnel : « Il s'agit, dans les circonstances, d'un outil fort efficace et qui remplit un triple objectif, à savoir : surveiller, punir et réhabiliter »<sup>1034</sup>. En effet, les ordonnances de probation ou d'emprisonnement dans la collectivité ne sont pas dénuées de conditions visant principalement la punition du délinquant. On a pu recourir autant à la probation et qu'à la CSO pour obliger l'autiste condamné à effectuer plusieurs centaines d'heures de travaux communautaires<sup>1035</sup> ou à respecter un couvre-feu particulièrement strict et sévère<sup>1036</sup>.

---

<sup>1032</sup> **ADN (art. 487. 051 C.cr.)** : *R. v. Hartman* (BC), préc., note 636 ; *R. c. Rousseau*, préc., note 636 ; *R. c. Grenier*, préc., note 637, par. 90 ; *R. c. Duclos*, préc., note 535 ; *R. v. Kunzig*, préc., note 682, par. 73 et 75 ; *R. v. Cantwell*, préc., note 682, par. 82 ; *R. v. Kagan*, préc., note 627, par. 44 ; *R. v. Somogyi*, préc., note 631, par. 64 ; *R. v. Berg*, préc., note 638, par. 24 ; *R. v. JB*, préc., note 628, par. 94 ; *R. v. ERDR* (1758), préc., note 637, par. 45 ; *R. v. JM*, préc., note 629, par. 59 ; *R. v. JED* (MBPC), préc., note 739 ; *R. v. Brunton*, préc., note 637, par. 21 ; *R. v. Shalit*, préc., note 981, par. 27 ; *R. v. Finestone*, préc., note 637, par. 100 ; *R. c. Martel*, préc., note 637, par. 207 ; *R. v. Fraser*, préc., note 281, par. 24 ; *R. v. Collier*, préc., note 637, par. 135 ; *R. v. BT*, préc., note 628, par. 142 ; *R. v. Razon*, préc., note 637, par. 39 ; *R. v. Chaignon*, préc., note 682, par. 59 ; *R. v. Wolff*, préc., note 637, par. 90 ; *R. v. Osadchuk*, préc., note 637.

<sup>1033</sup> *Caron Barrette c. R.*, préc., note 1023, par. 85.

<sup>1034</sup> *R. c. Rousseau*, préc., note 636, par. 118. *Id.*, par. 120-123.

<sup>1035</sup> **Travaux communautaires dans une probation** : *R. c. Rousseau*, préc., note 636, par. (240h en 18 mois) ; *R. c. Grenier*, préc., note 637 (200h) ; *R. c. Duclos*, préc., note 525 (100h en 18 mois) ; *R. v. Cantwell*, préc., note 682 (25h) **Travaux communautaires dans une CSO** : *R. v. Krywonizka*, préc., note 682, par. 49 (200h en 18 mois) ; *R. v. Vaux*, préc., note 626 (100h en 12 mois).

<sup>1036</sup> **Couvre-feu dans une probation** : *R. v. Kunzig*, préc., note 682, par. 73 (entre 11h pm et 7 am, pour les 6 premiers mois de la probation sauf urgence ou consentement de l'agent de probation) ; *R. v. Cantwell*, préc., note 682, par. 75 ; (entre 10h30 et 6h à moins d'être en présence de son parent adoptif ou consentement écrit de l'agent). **Couvre-feu dans une CSO** : *R. v. Kagan*, préc., note 627, par. 41 (après 6 mois de house arrest, 11:00 p.m. à 6:00 a.m.; sauf visite familiale en Ontario) ; *R. v. Nepon*, préc., note 628, par. 155 (après 6 mois de house arrest, 6 mois de couvre-feu Minuit à 6 a.m.) ; *R. v. Krywonizka*, préc., note 682, par. 49 ; *R. v. Vaux*, préc., note 626, par. 105 (après 12 mois de house arrest, 11 mois de couvre-feu 6h pm à 8h am) **En plus, la CSO contient, par nature, une ordonnance de rester à la maison; certaines sont plus sévères que d'autres** : *R. v. Berg*, préc., note 638, par. 22 (24h par jour sauf permission du superviseur (indiquant durée et but) à respecter) ; *R. v. JB*, préc., note 628, par. 91 (3 premiers mois : en tout temps

Comme nous pouvons le constater, ces peines poursuivent des visées très larges; pour cette première raison, elles nous apparaissent comme étant *extensives*. Nous estimons également qu'elles sont *extensives* parce qu'elles mettent à contribution, comme nous le verrons incessamment, une large variété d'acteurs externes (psychiatres, médecins, psychologues, travailleurs sociaux, agences communautaires, agent de probation, employeur, pharmacien, membres de la famille proche) qui seront chargés de la punition et de la rééducation sociale du délinquant à l'extérieur de la prison. Tout ceci est chapeauté par la menace d'une peine d'incarcération en cas de défaut du respect de la nouvelle autorité conférée à ces acteurs extrapénaux<sup>1037</sup>. Finalement, ces peines nous apparaissent comme étant particulièrement *extensives* dans la mesure où elles s'étendent dans le *temps* (la probation dure généralement 2 ou 3 ans, mais elle peut se rajouter à une peine carcérale ou à un CSO et être prolongée par une ordonnance de l'art. 161 *C.cr.*) et dans l'*espace*, car elles visent à contrôler le comportement du délinquant au quotidien, dans chacune de ses transactions sociales, et dans divers milieux (au travail, sur le Web, dans ses déplacements, dans le choix de son domicile, dans ses fréquentations, dans le choix de ses lieux de rencontre, de ses loisirs, etc.)

La thérapie pénale réservée à la personne autiste comporte, en plus des conditions obligatoires et de certaines conditions ouvertement punitives que nous venons de voir, une variété de conditions

---

sauf pour l'épicerie, urgence, école, travail, religion, médical, traitement, accès à son enfant; horaire prédéterminé par le superviseur); *R. v. Kagan*, préc., note 627, par. 37-40 (6 premiers mois sauf classes, bénévolat (mais il doit emprunter la route "la plus directe" disponible pour revenir), compétition sportive s'il veut, avec un droit de 6h de liberté par semaine; l'horaire devra être fourni au superviseur pour savoir quand il quittera l'appartement et le motif pour lequel il veut quitter l'appartement); *R. v. Somogyi*, préc., note 631, par. 62 (sauf pour le travail, le traitement, les services cléricaux ou communautaires et s'ils sont supervisés par sa femme ou son père); *R. v. Nepon*, préc., note 628, par. 155 (6 premiers mois avec exceptions); *R. v. Krywonizka*, préc., note 682, par. 49; *R. v. Vaux*, préc., note 626, par. 105 (12 mois).

<sup>1037</sup> N. ROSE, préc., note 262, p. 262. M. FOUCAULT, préc., note 203, p. 26 : « Le long de la procédure pénale, et de l'exécution de la peine, fourmillent toute une série d'instances annexes. De petites justices et des juges parallèles se sont multipliés autour du jugement principal : experts psychiatres ou psychologues, magistrats de l'application des peines, éducateurs, fonctionnaires de l'administration pénitentiaire morcellent le pouvoir légal de punir; on dira qu'aucun d'entre eux ne partage réellement le droit de juger; que les uns, après les sentences, n'ont d'autre droit que de mettre en œuvre une peine fixée par le tribunal, et surtout que les autres — les experts — n'interviennent pas avant la sentence pour porter un jugement, mais pour éclairer la décision des juges. Mais dès lors que les peines et les mesures de sûreté définies par le tribunal ne sont pas absolument déterminées, du moment qu'elles peuvent être modifiées en cours de route, du moment qu'on laisse à d'autres qu'aux juges de l'infraction le soin de décider si le condamné « mérite » d'être placé en semi-liberté ou en liberté conditionnelle, s'ils peuvent mettre un terme à sa tutelle pénale, ce sont bien des mécanismes de punition légale qu'on met entre leurs mains et qu'on laisse à leur appréciation : juges annexes, mais juges tout de même. Tout l'appareil qui s'est développé depuis des années autour de l'application des peines, et de leur ajustement aux individus, démultiplie les instances de décision judiciaire et prolonge celle-ci bien au-delà de la sentence. »

visant plus spécifiquement à minimiser ses facteurs de risque et garantir sa réhabilitation. Dans la quasi-totalité des cas, les juges mettent en place des conditions visant à assurer le suivi de la personne autiste, sa participation et la complétion d'une panoplie de programmes de réhabilitation, de services de conseil thérapeutique, de traitements ou d'évaluations psychologiques ou médicales<sup>1038</sup>. Les juges ne se limitent pas à suggérer un traitement en particulier, mais cherchent à créer un régime de contrôle complet assurant la complétion rigoureuse d'un traitement juridico-médical exhaustif. Dans plusieurs arrêts, les juges ont exigé que l'autiste condamné complète plusieurs types de programmes thérapeutiques en même temps, parfois pour un temps illimité. Ils ont également conféré un pouvoir discrétionnaire à d'autres acteurs, comme les agents de probation, les travailleurs sociaux, les psychiatres ou les médecins spécialistes. Les juges exigent

---

<sup>1038</sup> **PROBATION** : Le « counselling » peut effectivement être imposé dans une probation, arts. 732.1(3)g) et 732.1(3)h) *C.cr.*; *R. c. Duguay*, 2019 BCCA 53; **Suivre, participer et compléter tous programmes, counseling, traitements ou examens conseillés par l'agent de probation** : *R. v. Kunzig*, préc., note 682, par. 73; *R. v. Cantwell*, préc., note 682, par. 66; *R. v. Berg*, préc., note 638, par. 23; *R. v. JB*, préc., note 628, par. 92 (complété à la satisfaction de l'agent); *R. v. Nepon*, préc., note 628, par. 156; *R. v. ERDR* (1758), préc., note 637, par. 38 (AVEC consentement); *R. v. Brunton*, préc., note 637, par. 22 (consentir à ce que soient transmises toutes informations permettant d'assurer le suivi et les progrès); *R. v. Osadchuk*, préc., note 637, par. 62; *R. v. Razon*, préc., note 637, par. 38; *R. v. Collier*, préc., note 637, à l'appendice A (8, 9 et 10) (à la satisfaction de l'agent et signer tous les formulaires de consentement à la communication); *R. v. Wolff*, préc., note 637, par. 115-116; *R. v. Vaux*, préc., note 626, par. 106; **Continuer le suivi thérapeutique (« counselling ») et suivre les recommandations** : *R. v. Hartman (BC)*, préc., note 636, par. 65; *R. c. Rousseau*, préc., note 636 (« aussi longtemps que nécessaire »); *R. c. Grenier*, préc., note 637, par. 88; *R. v. Kunzig*, préc., note 682, par. 73 (à la fréquence recommandée par la psychiatre); *R. v. Shalit*, préc., note 981, par. 27 (« treatment »); **Continuer de suivre le programme des Alcooliques Anonymes** : *R. v. Kunzig*, préc., note 682, par. 73. **Se présenter, participer, compléter le programme Criminal Thinking Errors par l'organisme Restorative Resolutions** : *R. v. Kunzig*, préc., note 682, par. 73; **Continuer à suivre le traitement Royal Ottawa Sexual Behaviours Clinic, suivre toutes recommandations et signer tout document permettant d'indiquer le progrès et d'assurer la présence et le suivi** : *R. v. Brunton*, préc., note 637, par. 22; **Suivre un traitement de gestion de la colère** : *R. v. Shalit*, préc., note 981, par. 27; **Prendre les moyens raisonnables pour maintenir sa condition mentale de manière à ne pas devenir un danger pour soi ou les autres afin de ne pas commettre un autre crime** : *R. v. Cantwell*, préc., note 682, par. 72; **Suivre tous les conseils médicaux, prendre toute médication prescrite** : *R. v. Hartman (BC)*, préc., note 636, par. 65 (« Roger order »; se rapporter à l'agent de probation s'il refuse); *R. c. Rousseau* préc., note 636; *R. v. Cantwell*, préc., note 682, par. 72 (lorsqu'exigé par l'agent de probation, se rapporter aux médecins pour recevoir conseil et traitement médicaux avec consentement mais, si refus, aviser l'agent de probation; aviser le médecin s'il ne prend pas le médicament prescrit et aviser le médecin qu'il doit contacter l'agent de probation s'il ne se présente pas au rendez-vous); *R. v. Berg*, préc., note 638, par. 23; **CSO : Prise en charge de la peine et du traitement par son médecin** : *R. v. Somogyi*, préc., note 631, par. 63; **Accepter et assister à tous les programmes recommandés par son agent de probation et son médecin** : *R. v. Somogyi*, préc., note 631, par. 65; **Assister à tous les rendez-vous médicaux, prendre tous les médicaments prescrits, participer à tous programmes ou thérapie requis par le médecin; autoriser l'échange d'informations entre le médecin et le superviseur pour s'assurer du respect des ordonnances** : *R. v. Berg*, préc., note 638, par. 22; **Participer à tous programmes de counselling, médicaux, psychiatriques, psychologiques ou traitements tel qu'indiqué; parfois à la satisfaction du superviseur; parfois, autoriser le partage d'information au superviseur et/ou autres mesures de suivi** : *R. v. Berg*, préc., note 638, par. 22; *R. v. JB*, préc., note 628, par. 91; *R. v. Nepon*, préc., note 628, par. 155; *R. v. Krywonizka*, préc., note 682, par. 49; *R. v. Vaux*, préc., note 626, par. 105; **Continuer d'assister au counselling suivant le désir du superviseur et suivre les conseils de son counsellor et des autres professionnels traitants** : *R. v. Kagan*, préc., note 627, par. 36.

parfois que le délinquant suive tous les traitements que ces acteurs externes jugeront pertinents. Pour assurer ce suivi, ils exigent aussi que le contrevenant notifie l'agent de probation si jamais il refuse un de ces traitements, qu'il lui communique certaines informations, qu'il signe tous les documents permettant la communication de renseignements entre les acteurs médicaux et l'agent de probation. Ces décisions confèrent à ces acteurs externes le pouvoir d'exiger le respect de tous les conseils et recommandations qu'ils jugeront adéquats afin de contrôler ses facteurs de risque. L'exemple le plus frappant de l'aménagement d'un circuit soutenu par un partenariat médico-judiciaire se trouve dans *R. v. Somogyi* où le juge entérinera les nombreuses recommandations de traitement du docteur dans la CSO. La peine sera donc modulée en fonction des recommandations des experts médicaux et le suivi de la progression sera assuré personnellement par le juge et l'agent de probation :

« Dr. Goger makes the following observations and recommendations with respect to Mr. Somagi's sentence which I agree with: Mr. Somogyi should remain in treatment. If placed on probation, special funding can be made available for him to attend the socialization group with Dr. Pollock again. This group is specially designed for sex offenders with social deficits. He should continue to see Dr. Doupe for individual and marital counselling. (...) Mr. Somogyi's counselling needs can be adequately addressed through counselling at my clinic or CAMH and this can be supervised through a probationary period. »<sup>1039</sup>

« Dr. Goger has agreed to quarterback Mr. Somogyi's conditional sentence and treatment. As is my practice when I order a conditional sentence, I will monitor matters to ensure that the terms of the sentence are being complied with and invite counsel to attend with Dr. Goger after Mr. Somogyi has served his 31 days in custody. »<sup>1040</sup>

« Mr. Somogi shall take any recommended programs as determined by his probation officer and Dr. Goger and undergo any recommended assessments. »<sup>1041</sup>

Dans une autre affaire un juge ira même plus loin en exigeant, de manière très large, vague et imprécise, du délinquant autiste qu'il « take reasonable steps to maintain yourself, such that your condition of mental health will not likely cause you to conduct yourself in a manner dangerous to yourself or to anyone else, and will not likely result in you committing any criminal offence. »<sup>1042</sup> De cette manière, le juge fait l'économie de l'effort de prescrire un traitement précis. Il trouve le moyen de faire reposer l'entièreté de la gestion des risques sur les épaules du condamné autiste et lui indique qu'aucune prise de risque de sa part ne sera tolérée par l'État.

---

<sup>1039</sup> *R. v. Somogyi*, préc., note 631, par. 54.

<sup>1040</sup> *Id.*, par. 63.

<sup>1041</sup> *Id.*, par. 65.

<sup>1042</sup> *R. v. Cantwell*, préc., note 682, par. 72.

L'étude des conditions généralement imposées aux délinquant autistes nous amène à remarquer le rôle important des agents de probation et des superviseurs dans la gestion de leur circuit pénal. L'agent de probation ou le superviseur de la CSO se voient souvent conférer un immense pouvoir discrétionnaire susceptible de faire varier, d'un cas à l'autre, l'intensité de la peine dépendamment de la personnalité et de la philosophie de l'agent, du degré de participation de l'accusé dans sa réhabilitation et de sa progression dans la gestion du risque qu'il pose<sup>1043</sup>. Entre autres, on a exigé de l'autiste condamné qu'il suive « toutes » les recommandations de l'agent de probation ou du superviseur en leur donnant les moyens d'assurer le respect des conditions qu'ils édicteront, notamment en exigeant du délinquant autiste qu'il dévoile certaines informations intimes à l'agent ou au superviseur, dont ses nouvelles relations intimes et sexuelles lorsqu'il s'agit d'un parent ou gardien d'enfant mineur<sup>1044</sup> ou en exigeant d'offrir sur demande tous ses appareils électroniques

---

<sup>1043</sup> **PROBATION : Suivre toutes les recommandations de l'agent de probation** : *R. c. Rousseau* préc., note 636; *R. c. Grenier*, préc., note 637, par. 88 (« un suivi en probation »); *R. c. Duclos*, préc., note 525 (« au sujet de toute forme de thérapie ou de suivi relativement à ses problèmes particuliers »); **Coopérer avec l'agent** : *R. v. Razon*, préc., note 637, par. 38; **Contacteur, se rapporter à l'agent de probation ou à une personne désignée souvent au gré de l'agent** : *R. v. Hartman* (BC), préc., note 636, par. 65; *R. c. Rousseau*, préc., note 636, (en 48h); *R. c. Duclos*, préc., note 525 (en 24h); *R. v. Kunzig*, préc., note 682, par. 73 (à l'intérieur de 2 jours de travail; au moins 1 fois par semaine puis aux 2 semaines, etc.); *R. v. Cantwell*, préc., note 682, par. 63; *R. v. JB*, préc., note 628, par. 92; *R. v. Shalit*, préc., note 981, par. 27; *R. v. ERDR* (1758), préc., note 637, par. 23 (au temps et de la manière choisie par l'agent de probation); *R. v. Osadchuk*, préc., note 637, par. 62; *R. v. Razon*, préc., note 637, par. 38; *R. v. Collier*, préc., note 637, à l'appendice A(4); *R. v. Vaux*, préc., note 626, par. 106 (en 48h); *R. v. Wolff*, préc., note 637, par. 106 (au gré de l'agent) **Signer tous documents de consentement (« releases »)** : *R. v. JB*, préc., note 628, par. 92; *R. v. Razon*, préc., note 637, par. 38 **Résider à un endroit approuvé par l'agent de probation** : *R. v. Kunzig*, préc., note 682, par. 73; *R. v. Cantwell*, préc., note 682, par. 66 (ne pas changer d'adresse sans consentement de l'agent); *R. v. ERDR* (1758), préc., note 637, par. 35 (et ne pas changer d'adresse sans obtenir le consentement de l'agent, incluant toute place temporaire dans le cadre d'un emploi); *R. v. Collier*, préc., note 637, à l'appendice A(5) **Permettre en tout temps à un agent de probation ou à un agent de la paix d'entrer dans sa résidence afin de s'assurer du respect de la probation** : *R. v. ERDR* (1758), préc., note 637, par. 36; **Donner le nom, l'âge, le genre de toute personne vivant de manière temporaire ou permanente dans la même résidence** : *R. v. ERDR* (1758), préc., note 637, par. 37; **Ne pas quitter la province sans consentement de l'agent de probation ou d'une Cour; l'informer de la méthode de voyage, les dates de voyage, lieu où il reste, avec qui, la destination et la raison du voyage** : *R. v. ERDR* (1758), préc., note 637, par. 40; **Ne pas changer d'adresse ou de numéro de téléphone sans le consentement de l'agent** : *R. v. Vaux*, préc., note 626, par. 106; *R. v. Wolff*, préc., note 637, par. 108; **CSO : Chercher, maintenir un emploi ou un cours comme indiqué par l'agent ou le superviseur** : *R. v. Berg*, préc., note 638, par. 22; **Coopérer avec le superviseur, offrir des preuves du respect de la CSO sur demande, signer tout consentement à communiquer pour assurer le respect du CSO** : *R. v. JB*, préc., note 628, par. 91; **Se rapporter à la demande du superviseur** : *R. v. Krywonizka*, préc., note 682, par. 49; *R. v. Vaux*, préc., note 626, par. 105; **Vivre à un endroit désigné par le superviseur** : *R. v. JB*, 91; **Répondre à la porte à la demande du superviseur ou d'un agent de la paix pour vérifier le respect du CSO** : *R. v. JB*, préc., note 628, par. 91; *R. v. Nepon*, préc., note 628, par. 155 (et au téléphone, maintenir une ligne fixe); *R. v. Krywonizka*, préc., note 682, par. 49; **Ne pas quitter la province ou changer d'adresse sans le consentement du superviseur** : *R. v. Vaux*, préc., note 626, par. 105.

<sup>1044</sup> **PROBATION : 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** : *R. v. ERDR* (1758), préc., note 637, par. 39.

pour en vérifier l'historique<sup>1045</sup>. Dans *R. v. Vaux*, le juge va même jusqu'à donner le pouvoir au superviseur 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 » :

« You must not associate or have a relationship with anyone named by your conditional sentence supervisor if your supervisor *has reasonably determined the relationship or association to be a risk* to yourself or others or to be detrimental to your programming, counselling, reintegration into the community, or presents a risk to the public. »<sup>1046</sup>

On a aussi exigé à plusieurs reprises d'un délinquant autiste qu'il réside à un endroit désigné par l'agent ou qu'il se rapporte à lui, à sa demande, à l'endroit qu'il choisira, à l'intérieur d'un délai limité (en 24h ou en 48h). Cette obligation est un moyen efficace de s'assurer indirectement que l'accusé demeure tout au long de sa peine à proximité géographique et temporelle de son agent.

Souvent, le juge a aménagé le circuit pénal de la personne autiste de manière à l'exclure des lieux interactionnels quotidiens des victimes ou de leurs proches de manière à renforcer concrètement leurs aires d'autonomie<sup>1047</sup>. On lui a également imposé toute une série d'interdictions variées et extensives visant à protéger le public et les victimes potentielles et visant à assurer l'invisibilisation et le contrôle social du délinquant<sup>1048</sup>. On pense en particulier aux interdictions se rapportant à

---

<sup>1045</sup> **CSO et PROBATION : Offrir tous ses appareils électroniques à son superviseur, à son « community integration manager » ou à la police sur demande pour en vérifier l'historique** : *R. v. Nepon*, préc., note 628, par. 155 et 156; *R. v. Wolff*, préc., note 637, par. 118 (à la demande de la police).

<sup>1046</sup> *R. v. Vaux*, préc., note 626, par. 105 (nos italiques).

<sup>1047</sup> **PROBATION : Ne pas communiquer ou avoir de contact direct ou indirect avec la victime** : *R. v. Hartman (BC)*, préc., note 636, par. 65; *R. c. Rousseau* préc., note 636; *R. v. Cantwell*, préc., note 682, par. 74; *R. v. JB*, préc., note 628, par. 92; *R. v. ERDR (1758)*, préc., note 637, par. 41; **Ne pas aller dans la résidence, l'école ou le lieu de travail des victimes ou dans un lieu fréquenté par elles** : *R. v. Hartman (BC)*, préc., note 636, par. 65; *R. v. JB*, préc., note 628, par. 92; *R. v. ERDR (1758)*, préc., note 637, par. 41; **Ne pas contacter directement ou indirectement, ne pas être à deux blocs de certains lieux, ne pas être dans le même lieu que les victimes** : *R. v. Vaux*, préc., note 626, par. 106 **Ne pas se rapprocher du lieu du crime** : *R. v. Cantwell*, préc., note 682, par. 76 (à « three miles » du parc fréquenté par la victime, sauf consentement de l'agent ou pour respecter la probation); **CSO : Ne pas contacter ou communiquer directement ou indirectement avec son fils sauf approbation; ne pas être à 20 mètres de toute place qu'il sait que son fils fréquente** : *R. v. JB*, préc., note 628, par. 91; **Ne pas contacter directement ou indirectement les victimes, être à « deux blocs » ou à « 100 m » de certains lieux, ne pas être dans le même lieu que les victimes ou même évoquer publiquement les victimes** : *R. v. Vaux*, préc., note 626, par. 105; *R. v. Wolff*, préc., note 637, par. 99-105

<sup>1048</sup> **PROBATION : S'abstenir de consommer ou de posséder drogues et alcool** : *R. v. Kunzig*, préc., note 682, par. 73; *R. v. Cantwell*, préc., note 682, par. 70; *R. v. Vaux*, préc., note 626, par. 105; *R. v. Wolff*, préc., note 637, par. 113; **Ne pas être dans un bar ou un endroit où on vend de l'alcool** : *R. v. Wolff*, préc., note 637, par. 114; **Ne pas utiliser ou posséder un ordinateur** : *R. v. Brunton*, préc., note 637, par. 22 (sauf sur le lieu de travail surveillé par son employeur); **Ne pas posséder ou utiliser un appareil ayant accès à Internet sauf exception** : *R. v. Collier*, préc., note 637, à l'appendice 11; **Ne pas communiquer avec toute personne qui raisonnablement pourrait avoir moins de 16 ans** : *R. v. Wolff*, préc., note 637, par. 118; **Ne pas accéder à Internet pour accéder à du « contenu qui enfreint la loi »** : *R. v. Wolff*, préc., note 637, par. 117; **Ne pas posséder d'images d'enfants (sauf famille)** : *R. v.*

certains lieux, à certains biens, à certaines activités, à certains emplois ou à certaines interactions sociales. Certaines interdictions imposées à l'autiste condamné se rapportent à des comportements déjà illégaux, ce qui en cas de contravention de ces conditions résulte en une double criminalisation, l'une pour le non-respect de la condition et l'autre pour le crime lui-même. D'autres interdictions touchent à des comportements légaux. Par exemple, on a interdit à des personnes autistes d'accéder à de la pornographie adulte ou de posséder ou de consommer de l'alcool, ce qui revient à criminaliser indirectement des comportements jugés « risqués » que pourtant la collectivité, à travers son *Code criminel*, n'a pas cherché à condamner directement. Dans *R. v. Osadchuk*, on a inscrit cette condition excessivement large dans la probation d'un contrevenant autiste : « Abstain using internet for sexual purposes »<sup>1049</sup>.

Comme l'expliquait récemment la Cour suprême dans *R. c. Zora*, dans le contexte des conditions de mise en liberté sous caution, chaque condition au sein d'une ordonnance permet de criminaliser des comportements qui autrement seraient légaux et chacune d'entre-elles « crée une nouvelle source de responsabilité criminelle éventuelle », ce qui commande une importante retenue dans l'édition des conditions<sup>1050</sup>. En effet, chaque condition de mise en liberté sous caution est associée à une menace d'emprisonnement en cas de contravention. Cela est également vrai pour la probation<sup>1051</sup>, l'ordonnance de sursis d'emprisonnement dans la collectivité<sup>1052</sup>, l'ordonnance d'enregistrement au registre des délinquants sexuels et l'ordonnance de l'art. 161 *C.cr.*<sup>1053</sup>.

---

*Nepon*, préc., note 628, par. 156; **Ne pas posséder ni accéder à de la pornographie juvénile** : *R. v. Brunton*, préc., note 637, par. 22; *R. v. Collier*, préc., note 637, à l'appendice A(12); **Ne pas accéder à des sites de pornographie adulte** : *R. v. Nepon*, préc., note 628, par. 156; *R. v. Brunton*, préc., note 637, par. 22; *R. v. Osadchuk*, préc., note 637, par. 62; **Ne pas être dans une position de « care » ou de contrôle d'enfant au travail ou au bénévolat** : *R. v. Nepon*, préc., note 628, par. 156; *R. v. Wolff*, préc., note 637, par. 110; **Ne pas avoir de contact, être en compagnie ou avoir une communication directe ou indirecte avec un mineur sans la surveillance d'une personne autorisée** : *R. v. Brunton*, préc., note 637, par. 22; *R. v. Collier*, préc., note 637, à l'appendice A(6); **Ne pas être dans un parc, centre communautaire, aréna ou concert sauf si l'évènement est pour adulte seulement** : *R. v. Nepon*, préc., note 628, par. 156; **CSO : Ne pas consommer drogue et alcool ou médicaments sans ordonnance** : *R. v. Kagan*, préc., note 627, par. 36; *R. v. Krywonizka*, préc., note 682, par. 49; *R. v. Vaux*, préc., note 626, par. 105; **Ne pas posséder d'armes (couteau, poivre de cayenne)** : *R. v. Kagan*, préc., note 627, par. 36; **Ne pas accéder à Internet sans supervision** : *R. v. Somogyi*, préc., note 631, par. 65; **Ne pas être en présence d'un enfant sans supervision** : *R. v. Somogyi*, préc., note 631, par. 65; *R. v. Vaux*, préc., note 626, par. 105; **Autres interdictions variées** : *R. v. Nepon*, préc., note 628, par. 155.

<sup>1049</sup> *R. v. Osadchuk*, préc., note 637, par. 62

<sup>1050</sup> *R. c. Zora*, 2020 CSC 90, Par. 14

<sup>1051</sup> Arts. 730(4) et 732.2(5) *C.cr.* Voir également art. 733.1 *C.cr.*

<sup>1052</sup> Art. 742.6(9) *C.cr.*

<sup>1053</sup> Art. 161(4) *C.cr.* Voir l'art. 490.031 *C.cr.* pour l'infraction de non-conformité à l'ordonnance d'enregistrement.

La mise en place de conditions devrait commander une importante retenue, non seulement en raison de la menace constante d'emprisonnement associée à chacune des conditions imposées par le juge ou par les acteurs externes, mais aussi en raison du caractère afflictif de chacune d'entre-elles et du lourd fardeau de stress qu'elles imposent au condamné. Comme l'explique la Cour suprême dans *Boudreault*, la menace de l'emprisonnement éventuel en cas de non-respect d'une ordonnance augmente le stress de n'importe quel délinquant (a fortiori chez la personne autiste) et donc celle-ci doit être considérée comme contribuant au degré de sévérité de la peine<sup>1054</sup>. Le délinquant autiste doit porter non seulement le poids de sa maladie et de la stigmatisation sociale qui en découle, mais, en plus, celui de sa responsabilisation forcée par la menace d'une éventuelle peine s'il ne respecte pas ses conditions et ses nouvelles obligations. Le stress et la souffrance infligée par la peine sont donc multipliés par *chacune* des conditions de *chacune* des ordonnances.

Les peines de contrôle dans la collectivité peuvent parfois donner l'impression d'être des peines moins sévères. Or, il n'en est rien. Même lorsque la personne autiste évite la peine d'emprisonnement dans un milieu carcéral, il se voit bel et bien imposer un châtiment et subir une souffrance infligée par l'État qui doit être minutieusement mesurée pour éviter une sévérité excessive. Par exemple, dans le cas des ordonnances de sursis à l'emprisonnement, la Cour suprême explique qu'

« [i]l ne faut pas sous-estimer les stigmates d'une ordonnance de sursis à l'emprisonnement assortie de la détention à domicile. Le fait que le délinquant vive dans la collectivité sous des conditions strictes et que ses voisins soient bien au fait de son comportement criminel peut, dans bien des cas, produire un effet dénonciateur suffisant. Dans certaines circonstances, en raison de la honte que le délinquant ressent lorsqu'il rencontre des membres de la collectivité, *il peut même être plus difficile pour ce dernier de purger sa peine au sein de la collectivité qu'en prison*. Le degré de dénonciation produit par une ordonnance de sursis à l'emprisonnement est largement tributaire *de la situation du délinquant*, de la nature des conditions assortissant l'ordonnance et de la collectivité au sein de laquelle la peine est purgée. »<sup>1055</sup>

La nécessité de faire preuve de retenue dans la mise en place de conditions est renforcée par le fait que leur respect peut s'avérer illusoire lorsqu'elles sont trop nombreuses, générales, complexes, discrétionnaires ou extensives ou encore lorsqu'elles sont inévitablement vouées à l'échec.

---

<sup>1054</sup> R. c. *Boudreault*, 2018 CSC 58, par. 71 : « S'il est vrai que le stress causé par le risque d'être incarcéré ne peut, à lui seul, créer une disproportion exagérée, je rejette la prétention des intimés voulant que le stress causé par la suramende soit le même que celui causé par toute autre dette. La plupart des dettes ne font même pas naître la possibilité d'un emprisonnement, alors que la dette dont il est question en l'espèce le fait de deux façons distinctes et cumulatives : la détention préalable à l'audience relative à l'incarcération et l'emprisonnement en cas de défaut de paiement. Le stress susceptible de découler de cette situation contribue au caractère disproportionné de la suramende. »

<sup>1055</sup> R. c. *Proulx*, préc., note 547, par. 105-106

L'imposition exagérée de conditions pourraient s'avérer profondément injustes puisqu'elles condamnent à retardement et d'une manière détournée l'accusé atteint de troubles mentaux à une peine d'incarcération. Cela est d'autant plus vrai, lorsqu'elles sont imposées à un accusé dont les troubles mentaux peuvent interférer avec sa capacité de respecter ces restrictions. Un arrêt important démontre comment le TSA peut rendre beaucoup plus difficile le respect de conditions. Dans *R. v. Doncaster*<sup>1056</sup>, le juge reconnaît que le fonctionnement social limité de la personne autiste Asperger, son mode de compréhension littérale, son incapacité à être restreint par le « gros bon sens » et à se référer à ce qui est implicitement raisonnable rendent plus difficile pour lui de comprendre la portée des ordonnances de probation, notamment la condition générale de « ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite » :

« Shared experience and shared understanding of human behaviour on some elementary level constitutes common sense. The inability to grasp those concepts and to react appropriately when faced them, is a *very unfortunate condition* that seriously limits one's ability to understand the law in anything more than a superficial way. »<sup>1057</sup>

« While others may be restrained by common sense from acting in certain ways, such as going to the house of an estranged wife who has filed a peace bond application, late at night, going around to the back of the house and banging on the doors and windows to see what she could do about a perceived death threat from her brother, when the police have already been called, *Mr. Doncaster thinks differently. If he is given specific rules he can follow them.* In light of his condition I determined that it would be best if Mr. Doncaster be accommodated by providing him with information that might allow him to better comprehend the restrictions placed on him. »<sup>1058</sup>

Il est difficile de mesurer avec précision comment certaines conditions au sein de ces peines de contrôle affectent les autistes condamnés et comment elles peuvent, de par leur contrôle extensif, exacerber leur stigmatisation et leur isolement social. L'avocat américain spécialisé Mark Mahoney s'est penché sur cette question. Dans le cadre de sa pratique, il a observé comment les restrictions géographiques, les interdictions de contact et de proximité, l'enregistrement obligatoire au registre des délinquants sexuels (qui est public aux États-Unis) et le confinement à domicile peuvent affecter disproportionnellement les personnes Asperger en raison de leur vulnérabilité sociale initiale :

« Persons with AS experience lifelong difficulties. Young persons with AS are often unable to live independently, and need to live with their parents and siblings. As researchers have demonstrated, sex offender registration and zoning laws have wreaked havoc on the lives of young neurotypical offenders because these offenders, more so than the older offenders, tend to live with their parents and younger siblings in school- or park populated areas. *Sex offender registration and residency restrictions would have even a greater*

---

<sup>1056</sup> 2013 NSPC 13

<sup>1057</sup> *Id.*, par. 67 (nos italiques)

<sup>1058</sup> *Id.*, par. 64-65 (nos italiques)

*cumulative and disastrous effect in AS cases than in those involving neurotypical young adults because AS individuals often are not even capable of living independently because they are extraordinarily vulnerable to anything taxing their poor common sense, improvisational skills, understanding of social context, etc. Adolescents with AS often exhibit ongoing difficulty with self-care, organization and disturbances in social and romantic relationships” for the duration of their lives, and, “despite high cognitive potential, most remain at home.” AS individuals already face social ostracization because of their misunderstood behavior, making independent living difficult and lonely. Although AS individuals are usually of average or above-average intelligence, they are often underemployed because they have trouble with the interview process and “fitting in” at the workplace. The difficulties neurotypical young offenders face, like affordable housing on their own, would be compounded for AS young offenders who need familial support to carry on day-to-day existence in society. »<sup>1059</sup>*

S’il est encore difficile de déterminer précisément comment les ordonnances et obligations peuvent exacerber les troubles de santé mentale, la santé physique, l’anxiété et la dépression de la personne autiste, nous savons, en revanche, que l’autiste condamné se retrouve grandement affecté, psychologiquement, physiquement et socialement par la simple intervention de l’institution pénale à son endroit et par le processus judiciaire. Nous avons identifié plusieurs arrêts où l’état psychologique de la personne autiste s’était aggravé suite à sa mise en accusation<sup>1060</sup>. Dans *R. c. Grenier*, l’impact de l’arrestation a conduit l’accusé autiste à s’enfermer pendant des mois dans sa chambre et, lors de son apparition à l’audience, il est apparu à la juge comme étant particulièrement « vulnérable et démuné »<sup>1061</sup>. Dans *R. c. Engel*, la menace d’une peine éventuelle suite à son arrestation a contribué à exacerber l’anxiété de l’accusé au point où celui-ci a essayé de se suicider, nécessitant l’intervention des autorités médicales<sup>1062</sup>. Dans *R. v. Nepon*, le juge explique comment la mise en accusation et les conditions de remise en liberté ont grandement affecté l’accusé :

« The Major Depressive Disorder was triggered by the fear and stress of the charge, the fear of going to jail and how he would cope with that, and the significant impact that the conditions of his release have had on him. Those prohibitions and the prohibition against using a computer have also resulted in an inability to sleep, a complete loss of his social life, and his vocations/avocations of photography and wrestling. He has experienced very significant symptoms with the depression, including suicidality, sleep loss, pronounced anhedonia, a marked lack of interest, vegetative symptoms of depression, pessimism, and loss of energy. »<sup>1063</sup>

Dans *R. v. Hartman*, la personne autiste avait été accusée de ne pas s’être conformée à une des conditions de sa « promesse ». L’obligation de se présenter, sur demande, à son agent de probation a été décrite comme étant plus difficile en raison de sa condition médicale. Son anxiété « extrême » – exacerbée par les procédures judiciaires – et le sentiment d’être « dépassé » par celles-ci ont eu

---

<sup>1059</sup> M. MAHONEY, préc., note 35, p. 62-63 (nos italiques).

<sup>1060</sup> Se référer aux arrêts mentionnés ci-après. Voir en plus, *R. v. Collier*, par. 46 et 85; *R. v. Vaux*, préc., note 626, par. 64.

<sup>1061</sup> *R. c. Grenier*, préc., note 637, par. 28 et 56.

<sup>1062</sup> *R. v. Engel*, préc., note 723, par. 17.

<sup>1063</sup> *R. v. Nepon*, préc., note 628, par. 61-62.

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 »<sup>1064</sup>.

Nous pouvons rajouter à cela les conséquences sociales intrinsèques découlant de l’intervention pénale, notamment l’impact du casier judiciaire sur la situation d’emploi souvent déjà précaire de l’accusé autiste en raison de ses limitations sociales. Rappelons que depuis 2012 le casier judiciaire est permanent pour tous les crimes sexuels envers les enfants, sauf dans de très rares circonstances liées à la nature du crime commis<sup>1065</sup>. Dans *R. v. Hartman*, le juge explique comment le simple fait d’imposer un casier judiciaire à l’accusé autiste entraînerait des conséquences négatives significatives, notamment en rendant l’accès à un logement indépendant ou à un emploi plus difficile<sup>1066</sup>. Dans *R. v. Collier*, l’historique d’emploi et d’études de l’accusé autiste Asperger a été ponctué de plusieurs effondrements psychologiques qui l’ont obligé de réorienter ses choix de carrière à plusieurs reprises. Avant d’être accusé et condamné par le juge, l’accusé autiste se dirigeait finalement vers la profession d’infirmier. Il sera contraint d’abandonner une fois de plus ce projet de carrière en raison de sa condamnation et de la peine imposée par la juge – le juge prendra cette conséquence en considération, mais ne cherchera pas à l’éviter<sup>1067</sup>. Plusieurs exemples démontrent l’impact important de la simple intervention de l’institution pénale sur le fonctionnement social et psychologique de l’accusé autiste. Nous pouvons alors imaginer comment la mise en place d’une structure extensive de contrôle peut être profondément souffrante pour les personnes autistes.

Ces effets préjudiciables collatéraux exacerbés par les ordonnances auxiliaires doivent donc être contenus si l’institution pénale ne veut pas rater sa fonction normative propre de pacification sociale, de décélération des désirs vindicatifs et de dissolution du mal :

« (...) tout ce qui prolonge la réprobation, après la peine, au-delà de la peine, empêche l’effet d’effacement et d’oubli, qu’il s’agisse du casier judiciaire, tout au moins pour les bulletins délivrés au public, notamment à l’employeur, d’interdiction de séjour ou même de ces interdictions professionnelles – utiles dans leur principe – mais dont la durée, parfois indéterminée, constitue comme un moyen de prolonger, de perpétuer la réprobation sociale, le rejet du criminel. (...) tout ce qui prolonge la réprobation au-delà de la peine empêche l’effet

---

<sup>1064</sup> *R. v. Hartman* (BC), préc., note 636, par. 17, 40, 55 et 61.

<sup>1065</sup> *Loi sur le casier judiciaire*, L.R.C. (1985), ch. C-47, art. 4(2) et Annexe 1

<sup>1066</sup> *R. v. Hartman* (BC), préc., note 636, par. 44 et 58. En dehors de cet arrêt, l’impact du casier judiciaire sur la personne autiste est uniquement considéré dans le calcul de la sévérité de la peine dans *R. v. Kunzig*, préc., note 682, par. 61. Tous les autres arrêts ne considèrent pas cet enjeu.

<sup>1067</sup> *R. v. Collier*, préc., note 637, par. 83.

magique d'effacement, et qu'à l'inverse, tout ce qui bloque, freine ou dissout cette réprobation, comme la « réhabilitation », judiciaire ou légale, doit être encouragé. »<sup>1068</sup>

Toute une pénologie reste à développer autour des limites morales devant s'imposer aux peines de contrôle. La définition même de ces limites dépasse cependant l'objet du présent mémoire. Il y a lieu de se demander si ces peines, puisqu'elles contribuent encore plus concrètement à la stigmatisation sociale de la personne autiste, constituent véritablement une réponse « modérée » de l'État et si, surtout, le principe de proportionnalité ne devrait pas s'appliquer avec moins de désinvolture lorsqu'elles sont infligées. Nous pensons qu'elles doivent être soumises au principe de la responsabilité morale atténuée des délinquants atteints de troubles mentaux; le principe modérateur qui soutient la responsabilité morale permettrait d'exprimer également, dans la logique interne de la détermination de la peine, l'importante retenue à conserver dans l'édiction de ces conditions en raison des effets sociaux collatéraux de celles-ci sur leur fonctionnement social et psychologique. Cet important principe modérateur doit s'imposer malgré l'opportunité qu'offrent ces nouveaux outils de réformer et de « guérir » *définitivement* l'accusé autiste. Les nouvelles pratiques en matière de peine suggèrent que les ordonnances et les conditions qu'elles contiennent, une fois renforcées par la menace d'une sanction encore plus sévère, ont des visées curatives qui nous apparaissent hors de la fonction propre de l'institution pénale et de l'efficacité du châtiment. Au contraire, ces obligations, une fois intégrées dans la logique pénale et la menace d'une peine, confèrent même à la thérapeutique du condamné autiste une dimension punitive et afflictive qui nous apparaît en contradiction avec l'approche médicale et les discours qu'elle tient sur le sujet clinique. La Cour suprême dans *Boudreault* semble d'ailleurs émettre un sérieux doute quant à la légitimité et à l'efficacité de la peine pour contrôler les facteurs de risque et « guérir » le délinquant de ceux-ci. Cela suggère que la fonction normative de la peine et, plus largement de l'institution pénale, est *autre* que curative, que son efficacité réelle demeure incertaine et qu'elle commande d'être exercée avec une grande retenue :

« En outre, dans le cas de ces contrevenants, les conditions rattachées à une ordonnance d'absolution ou de probation prévoiraient vraisemblablement une interdiction de consommer des drogues et de l'alcool. Le tribunal peut légalement assujettir un contrevenant toxicomane à une telle condition : al. 732.1(3)c du *Code criminel*; *R. c. Shoker*, 2006 CSC 44, [2006] 2 R.C.S. 399, par. 17. *Cependant, la toxicomanie ne se guérit pas par la simple menace d'une sanction de l'État.* Comme l'a fait valoir la Société d'aide juridique du Yukon, les personnes qui souffrent de dépendances cumulent généralement de nombreuses infractions, sans pour autant causer de dommages importants à quiconque. »<sup>1069</sup>

---

<sup>1068</sup> M. DELMAS-MARTY, préc., note 182, p. 259.

<sup>1069</sup> *R. c. Boudreault*, préc., note 1054, par. 86 (nos italiques).

Les peines de contrôle et les conditions actuellement imposées aux autistes condamnés, que nous venons de voir, nous apparaissent s'éloigner radicalement des directives de retenue et de modération exprimées par la Cour suprême. Les jugements que nous avons étudiés concernant la peine du délinquant autiste font rarement état, voire jamais, des préoccupations quant au degré d'extensivité, d'invasivité et de sévérité des conditions mises en place. Les peines imposées reflètent plutôt la préoccupation des juges envers la sécurité, la protection du public, le contrôle des risques posés par l'accusé et sa rééducation sociale définitive. Ces considérations occultent tous les autres préceptes moraux et déforment les principes fondamentaux de justice auxquels nous adhérons collectivement.

### **II. 6.3. Conclusion : faire dévier l'éclairage sur l'institution pénale ou les bienfaits collectifs de l'amnistie**

Nous revenons donc, en somme, au problème initial posé par ce mémoire, celui de la confusion de l'institution pénale quant à sa fonction normative propre. En l'absence d'un sérieux tri dans le catalogue des crimes ou d'un élargissement de la défense de NRCTM, voici ce que nous proposons pour faciliter cette reprise de conscience par l'institution pénale de sa fonction. Considérant que même la « peine » d'absolution inconditionnelle a des conséquences sociales significatives<sup>1070</sup>, il est impératif de réfléchir à la création d'une véritable amnistie pour certaines personnes atteintes de troubles mentaux; à l'imposition d'une peine qui ne serait associée à aucun casier judiciaire, à une forme d'absolution qui effacerait rétroactivement la déclaration de culpabilité et qui servirait pour l'institution pénale à exprimer au mieux des valeurs d'égalité, de dignité humaine, de tolérance et de compassion envers les personnes vivant avec des troubles de santé mentale. Pareille

---

<sup>1070</sup> L'absolution a des conséquences importantes sur la possibilité de voyager aux États-Unis ou sur l'obtention d'un emploi, Art. 6.1(1)(2) *Loi sur le casier judiciaire*, préc., note 1065 (« casier judiciaire temporaire »). La GRC conserve le relevé d'absolution durant un an, s'il s'agit d'une absolution inconditionnelle, ou durant 3 ans, s'il s'agit d'une absolution conditionnelle. Durant tout ce temps, la personne est susceptible d'avoir des problèmes pour voyager et pour se trouver un emploi, car les employeurs peuvent accéder à ces informations et l'employé est obligé de le déclarer si on lui demande s'il a été déclaré coupable sans avoir obtenu de pardon. En somme, « [l]e bénéfice réel de l'absolution tient donc dans l'obtention « d'une radiation administrative automatique du casier judiciaire (auj. Retrait des relevés d'absolution) des inscriptions portant sur les absolutions avec ou sans conditions [après un an ou 3 ans] alors que les autres types de condamnations, pour être retirés du casier judiciaire, doivent donner lieu à la présentation d'une demande de réhabilitation de la personne condamnée (auj. demande de suspension du casier) », H. PARENT et J. DESROSIERS, préc., note 520, p. 323; *Id.*, p. 320-322, en plus, la personne absoute est également fichée par la police, son profil génétique est inscrit à la Banque nationale de données génétiques malgré son absolution, cf. arts. 487.04, 487.051 et 490.012(1) *C.cr.* La personne absoute peut également être inscrite au Registre des délinquants sexuels. Il y a une possibilité d'assujettir l'accusé absous à des ordonnances d'interdictions relatives aux armes à feu, même pour l'absolution inconditionnelle, art. 109(1) *C.cr.*

peine permettrait, après avoir condamné le crime, reconnu l'injustice subie par la victime et déclaré l'accusé coupable et criminellement responsable, de corriger et d'éviter les conséquences sociales intrinsèques qui découlent de ce verdict de culpabilité tout en réaffirmant d'autres valeurs qui sont partagées par la société canadienne. Après le verdict de culpabilité qui est susceptible de satisfaire, en partie, les attentes du public, le prononcé d'une peine amnistiante permettrait à l'institution pénale de réaffirmer au public et aux victimes sa fonction normative particulière, qui est de « châtier » des criminels, et non de contrôler les risques des asociaux. Cela lui permettrait d'expliquer son rôle limité dans la résolution concrète des conflits sociaux, plus calmement et rationnellement – une fois les attentes quant à la reconnaissance de la culpabilité pénale satisfaites. Cette peine amnistiante et pédagogique permettrait également d'exprimer, dans les motifs du juge qui la prononce, l'inopportunité de maintenir un ordre collectif de valeurs par la stigmatisation additionnelle et l'infliction de souffrances à ces personnes hautement vulnérables. En refusant de prendre la place laissée vacante par l'institution clinique suite à la désinstitutionalisation, l'institution pénale, à travers cette peine, qui reconnaît la part de responsabilité morale de l'État dans les infractions commises par les malades mentaux, pourrait également en appeler à une véritable prise en charge par l'État de ces personnes, notamment par la mise en place d'un accès universel aux soins de santé mentale, par un meilleur encadrement dans le système d'éducation et par le financement massif de la recherche scientifique.

Bien souvent, la simple arrestation, la détention préventive, la confiscation des biens prohibés, la déclaration de responsabilité et le processus judiciaire qui mène à celle-ci représentent une peine suffisamment sévère, souffrante et stigmatisante pour le contrevenant autiste<sup>1071</sup>. Le seul processus judiciaire avait d'ailleurs été reconnu à quelques reprises avant l'arrêt *Friesen*, comme étant à même de dissuader la personne autiste de récidiver<sup>1072</sup>. Supportant ce point de vue, des cliniciens ont observé que la technologie punitive, après le verdict de culpabilité, n'a pas ou peu de force dissuasive chez les personnes autistes :

---

<sup>1071</sup> C. SAINT-GERMAIN, préc., note 9, p. 236 sur l'effet stigmatisant de la seule participation au procès de nature criminelle : « Autrement dit, la présence et la participation d'un accusé à la mise en scène judiciaire ne laissent jamais intacte la réputation de quiconque s'y voit engagé. La scène du procès est un vecteur de contagion de la culpabilité par association ou par interpellation. La prudence des États démocratiques à initier la mise en place d'un pareil dispositif – en particulier, lors de la tenue de commissions d'enquête – implique ce souci de ne pas causer préjudice aux citoyens susceptibles d'y prendre part comme accusés ou même comme témoins. »

<sup>1072</sup> *R. v. Hartman* (BC), préc., note 636, par. 61; *R. c. Grenier*, préc., note 637, par. 68; *R. v. Berman*, préc., note 637, par. 8; *R. v. JB*, préc., note 628, par. 83-84. Voir le principe dans *R. c. Bernard*, 2019 QCCA 638.

« It may often be unnecessary for courts to pursue the objective of specific deterrence in sentencing offenders with ASD. (...) Yet clinicians have observed particularly of young people with ASD that penalties are unlikely to deter them from repeating 'inappropriate behaviour' or reoffending regardless of their intelligence because they are motivated by reward rather than punishment, which they perceive not as shameful, but as part of a repetitive routine, and they are not innately interested in pleasing others. Further, individuals with ASD may be unable to appreciate the purpose of sanctions if their offending was not motivated by malice.<sup>1073</sup>

Comme le reconnaît avec justesse le juge dans *R. v. Hartman*, il y a lieu de douter de l'apport dissuasif général et spécifique de la punition imposée aux personnes autistes :

« Such individuals have a variety of symptoms, behaviours and functional abilities. I doubt that someone with a developmental disorder that results in reduced or impaired function and/or reasoning abilities would be deterred by punishment of others. *However, even presupposing some deterrent effect this individual, even with a high functioning form of Autism, would likely find the experience of undergoing public criminal proceedings, restrictions on liberty including regular reporting to a bail supervisor while awaiting a trial, court appearances including a trial, as well as the imposition of conditions forming part of a sentence – sufficient to deter them from engaging in similar conduct.* »<sup>1074</sup>

En somme, force est de constater qu'avec la seule déclaration de culpabilité, l'institution pénale a déjà accompli le maximum qu'elle pouvait faire à l'égard des personnes autistes, sans être contreproductif, injuste ou disproportionné à leur égard. Le châtement de la personne atteinte d'un trouble neurodéveloppemental n'étant d'aucun apport symbolique substantiel et appréciable, il convient d'utiliser cette occasion pour discourir haut et fort sur la fonction normative particulière de l'institution pénale; discours sur la fonction, dont la *signature finale* devrait logiquement être l'amnistie de la personne atteinte d'un trouble de santé mentale.

---

<sup>1073</sup> G. WOLF, préc., note 30, p. 1723.

<sup>1074</sup> *R. v. Hartman (BC)*, préc., note 636, par. 61 (nos italiques).

## **CONCLUSION AU MÉMOIRE. LES CHEMINS DE LA MODÉRATION**

Notre étude des pratiques pénales contemporaines – en matière de criminalisation, de responsabilité criminelle et de peine – nous amène à conclure que l’institution pénale doit absolument reprendre conscience de sa fonction propre et mieux la communiquer au public à travers ses jugements; seule une fonction normative bien définie est susceptible de limiter ses interventions et d’orienter ses différentes pratiques de manière *juste* et cohérente. Au lieu de chercher, à ce point, à *faire la lumière* sur la « culpabilité » de l’autiste, elle aurait tout intérêt à retourner le miroir vers elle pour reprendre conscience du rôle qu’elle est destinée à jouer dans la société. La juxtaposition actuelle de ses pratiques révèle une méprise importante quant à sa fonction propre.

Si la fonction de l’institution pénale est bel et bien d’exprimer des valeurs *par l’infliction de souffrance*, et qu’il y a un malaise évident avec le fait de punir des accusés atteints de troubles mentaux, pourquoi avoir cherché à accélérer et faciliter leur rencontre avec l’institution pénale par la mise en place de stratégies de criminalisation si, au final, ce n’est pas pour les punir? Qu’est-ce qui justifie leur maintien au sein de l’institution pénale par la reconnaissance de la responsabilité criminelle et l’exclusion de la protection offerte par la défense de NRCTM ?

Si c’est bel et bien pour les « châtier » que nous les intégrons à la logique pénale, alors il faut s’interroger sur ce qui peut être exprimé par l’entremise du châtiment de l’accusé autiste. Quelles valeurs sont exprimées et quel apport symbolique émane de cette punition ? L’apport symbolique qui découle de la répression des accusés autistes nous est apparu plutôt faible, voire négatif puisque contradictoire. En effet, essayer de renforcer les aires d’autonomie des personnes socialement vulnérables par l’infliction de souffrances à l’endroit d’autres personnes hautement stigmatisées et socialement vulnérables affecte négativement notre sens de la justice. Personne ne ressort grandit de leur châtiment : ni la collectivité, ni le délinquant. L’expression punitive, stigmatisante et afflictive de l’institution pénale est antinomique avec l’expression, et même la concrétisation positive, des valeurs d’égalité et d’autonomie individuelle – qui sont pourtant au coeur des nouvelles infractions en matière sexuelle – surtout lorsque ce châtiment est imposé aux personnes atteintes de troubles mentaux.

Si ce n'est pas réellement pour « châtier » l'autiste que son maintien au sein de l'institution pénale est souhaité, mais bien pour lui faire « bénéficiaire » d'une thérapeutique pénale visant sa réintégration sociale, alors nous pouvons nous demander quelle prise en charge, quelle éducation, quel traitement peuvent être réalistement réalisés par les moyens limités dont dispose cette institution destinée à punir. Si elle s'intéresse au délinquant autiste dans le but d'assurer sa rééducation sociale, de le « guérir », il y a lieu ici aussi de s'opposer à cette « valeureuse » intention, puisque nous ne pouvons pas détacher le caractère thérapeutique des visées de l'institution pénale du stigmatisant, de la souffrance institutionnelle et de la répression qui sont intrinsèques à chacune de ses interventions. D'autres institutions sont mieux placées pour se charger du traitement de la personne autiste; et celles-ci ne devraient pas être chapeautées par les outils de l'institution pénale que sont la menace, la surveillance, la punition et la responsabilisation coercitive. Pour ces raisons, l'institution pénale ne devrait pas poursuivre une fonction de protection effective et de gestion des risques dans la société, mais y contribuer plus humblement par un apport symbolique. La protection de la société et la sécurité des personnes vulnérables peuvent aussi être assurées plus efficacement par un ensemble d'institutions, en commençant, nous ne le répéterons jamais assez, par un accès universel aux soins de santé psychologique.

Même si collectivement nous souhaitons contrôler et prévenir plus efficacement les risques de préjudices associés à la criminalité dans la société et reconnaître pleinement les divers préjudices subis par les victimes, nous ne pouvons imaginer un système de droit pénal *total*, donc qui « serrerait la vis partout », et qui ne serait jamais limité dans ses interventions par des considérations morales plus larges, comme c'est le cas lorsqu'on fait place à la possible part d'innocence morale chez le criminel. Le droit pénal, malgré ses nombreuses mutations historiques, n'a jamais renoncé à certains concepts modérateurs, comme en témoignent, notamment, la persistance de la norme fondamentale du doute raisonnable et de la présomption d'innocence<sup>1075</sup>. L'institution pénale a besoin, pour s'imposer, de renforcer non seulement son autorité coercitive, mais doit également bénéficier d'une grande autorité morale pour assurer sa légitimité. Son autorité

---

<sup>1075</sup> *Woolmington v. DPP*, [1935] UKHL 1: « Throughout the web of the English criminal law one golden thread is always to be seen - that it is the duty of the prosecution to prove the prisoner's guilt subject to what I have already said as to the defence of insanity and subject also to any statutory exception. If, at the end of and on the whole of the case, there is a reasonable doubt, created by the evidence given by either the prosecution or the prisoner, as to whether the prisoner killed the deceased with a malicious intention, the prosecution has not made out the case and the prisoner is entitled to an acquittal. »

morale est directement liée à sa capacité d'induire une certaine forme de pacification sociale, d'oubli du trouble généré par le crime et de relativisation des désirs vindicatifs et des attentes en matière de conformité socio-comportementale. Elle ne peut atteindre ces objectifs par la seule démonstration de sa force et l'efficacité de son contrôle; elle a besoin aussi de conserver un certain contrôle sur les représentations symboliques dans la société, de travailler son discours moral et de faire preuve, lorsque nécessaire, de compassion. Il y a le Dieu vengeur, celui qui punit, certes, mais il y a aussi le Dieu miséricordieux qui sait pardonner.

Dans la foulée de l'ouvrage de Mireille Delmas-Marty, nous entrevoyons donc que la répression, et son corolaire, la modération, sont susceptibles en droit pénal canadien d'emprunter trois « chemins » différents<sup>1076</sup>. Nous pouvons identifier trois façons de juxtaposer les pratiques de l'institution pénale de manière à assurer un *juste* équilibre et éviter qu'elle se transforme en une administration destinée à produire un ordre de sécurité pour une nouvelle classe privilégiée de citoyens au détriment des personnes atteintes de troubles mentaux.

1° Si on persiste dans la mise en place de stratégies de criminalisation axées sur le risque qui sont proactives et préventives tout en s'aventurant dans le renforcement des peines dans le but de concrétiser les aires d'autonomie des plus vulnérables, alors il faudra élargir les bases de la défense de NRCTM. Il faudra reconnaître, à l'étape de la détermination de la responsabilité criminelle, les divers déterminismes des personnes autistes ainsi que l'importance d'avoir un sens de l'empathie cognitive et une cognition sociale fonctionnelle pour pouvoir se conformer aux nouveaux seuils socio-comportementaux exigés par ces stratégies de criminalisation.

2° Autrement, si on veut que l'institution pénale soit cohérente avec la fonction normative qui lui est propre et qu'elle se remette à « châtier » des « criminels », et non simplement des inadaptés sociaux, alors il faudra s'assurer que le « catalogue des crimes » reste assez limité, qu'il ne criminalise les comportements qu'en dernier recours, c'est-à-dire lorsque l'État n'a pas d'autre réponse rationnelle à offrir. En l'absence d'une *juste* défense de NRCTM, l'institution pénale devra s'assurer de n'intégrer dans son engrenage que des sujets ayant fait preuve de « malice », des sujets de droit moralement coupables, des personnes qu'il est « opportun de punir » en rehaussant par

---

<sup>1076</sup> M. DELMAS-MARTY, préc., note 182.

exemple les critères pour obtenir un verdict de culpabilité et en retirant les obligations de prise de mesures raisonnables. Un sérieux tri devra alors être réalisé dans le catalogue actuel des crimes.

3° Si on veut plutôt exprimer dans le *Code l'ensemble* des conduites inacceptables et socialement problématiques et agir par précaution en mettant en place des stratégies de criminalisation préventive axées sur le risque pour intercepter l'accusé avant qu'il ne crée trop de dommages, et ce, sans pour autant ouvrir les valves de la défense de NRCTM de peur de ne pas pouvoir les refermer, alors il faudra des peines scrupuleusement mesurées, systématiquement et significativement limitées, lorsque les accusés sont atteints de troubles mentaux. Il faudra que les peines soient en mesure de reconnaître et de corriger le décalage important existant entre la responsabilité criminelle quantitative, qui présume que tous sont capables de se conformer à la loi pénale seulement par leur cognition, et l'ampleur des responsabilités pro-actives et des seuils socio-comportementaux à la hausse exigés par le nouveau catalogue des crimes, qui nécessite évidemment beaucoup plus que la simple cognition pour s'y conformer. Il faudra donc penser sérieusement à la création d'une peine amnistiante pour les personnes atteintes de sérieux déterminismes, comme les troubles neurodéveloppementaux.

En somme, s'il devait exister une certaine forme d'« imaginaire social » reflété par l'institution pénale et ses pratiques, nous dirions que, collectivement, la société a jugé *nécessaire* à ce jour, pour maintenir l'ordre commun, de reconnaître l'accusé autiste comme étant criminellement responsable pour ses actes; que ses seuls actes, « délibérément » commis, fournissent à l'institution pénale la légitimité nécessaire pour le prendre en charge. Collectivement, nous avons toutefois jugé, qu'à l'étape de la peine, il conviendrait de prendre en considération les particularités et les déterminismes mentaux propres au délinquant souffrant de troubles mentaux et de faire preuve de modération à son égard. C'est donc à cette étape qu'était accueillie jusqu'à tout récemment la discussion sur cette causalité intriquée, subtile et complexe qui lie les troubles mentaux et la commission d'un acte criminel. En effet, ni les débats à la chambre des communes lors de la création de nouveaux crimes, ni l'« évaluation » de la responsabilité criminelle dans le cadre de la défense de NRCTM, ne portent attention aux troubles neurodéveloppementaux qui pourraient faciliter l'entrée de la personne autiste dans les rouages de l'institution pénale.

Cela dit, il est légitime de se demander si – à l'étape de la détermination du degré de souffrance à infliger au condamné – il n'est pas déjà *trop tard*; si l'exercice du maintien d'un ordre *juste* n'est pas déjà compromis ou altéré par la mise en accusation et la déclaration de culpabilité de l'accusé autiste<sup>1077</sup>; s'il ne convient pas plutôt de revisiter le catalogue des crimes ou la défense de non-responsabilité pour cause de troubles mentaux. En effet, même si nous en arrivions à la conclusion que l'étape de la détermination de la peine constitue bel et bien le *forum* adéquat pour traiter des enjeux liés aux problématiques de santé mentale, nous craignons que, si les conditions primaires de la peine *juste* changent irrémédiablement, comme c'est le cas présentement, pour se réorienter autour de la protection effective des personnes vulnérables, des victimes réelles et potentielles, que ces accusés hautement vulnérables soient éventuellement oubliés face à notre désir de réaliser un ordre de sécurité pour « tous ». Si l'institution pénale juge dorénavant que la peine *juste* est celle qui « reflète fidèlement » le préjudice et toute la vulnérabilité de la victime, que la peine *juste* est celle qui « reconnaît pleinement » le droit égal de la victime à la protection de son autonomie et de sa sécurité; face à cet absolu, restera-t-il encore de la place pour un certain « relativisme » moral en fonction de la réalité psychologique et sociale du condamné atteint de troubles mentaux ? Il est clair que si nous voulons revoir le droit de la peine pour le recentrer autour des préjudices subis, évités et prévisibles, sans faire preuve d'un déni *complet*, d'un bout à l'autre de la procédure, concernant l'impact des troubles mentaux sur l'agir criminel, il faudra alors nécessairement réintégrer un concept modérateur quelque part dans le droit pénal, soit au niveau du « catalogue des crimes » et des conditions pour obtenir un verdict de culpabilité ou, encore, au niveau de la défense de NRCTM.

---

<sup>1077</sup> A.-M. BOISVERT et A. JODOUIN, préc., note 534, p. 775-776 : « On peut, toutefois, s'interroger sur l'efficacité de la peine comme moyen général et obligé d'exprimer de façon plus juste la culpabilité morale de l'accusé et d'ainsi rétablir un principe que le droit pénal général est en voie d'abandonner. En effet, le droit de la détermination de la peine est soumis aux mêmes tensions et élaboré par les mêmes intervenants — le Parlement et les tribunaux d'appel, surtout la Cour suprême du Canada — que les règles de la responsabilité pénale. Il n'est donc pas surprenant qu'on constate la même tendance vers le nivellement moral du droit répressif que celle qui a marqué l'activité normative récente. ». Surtout dans le contexte actuel de la réorientation de la fonction de l'institution pénale qui donne une place importante à la protection des victimes réelles et potentielles, *Id.* p. 773 : « Le procès de la personne accusée sera devenu le forum d'une discussion sur les droits de l'accusé, les droits des victimes et les droits de la société en général. » Les auteurs reconnaissent également que cette voie n'est pas parfaite pour les personnes atteintes de troubles mentaux, car il existe plusieurs obstacles structurels qui leur empêchent d'avoir systématiquement une peine empreinte de modération, *Id.*, p. 792, et à la p. 793 : « Par contre, la solution présente des inconvénients sur le plan de la théorie et de la méthode : elle n'envisage pas que la notion de degré de responsabilité puisse avoir un contenu autonome et relègue la considération des facteurs que cette notion pourrait viser soit au choix des objectifs, soit à l'examen des circonstances atténuantes. Ces deux options ont pour effet de laisser la détermination de la gravité de l'infraction comme mesure première de la proportionnalité. »

## **Les références bibliographiques**

### **LÉGISLATION**

*Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.) (ci-après « Charte »)

*Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46

*Code criminel*, S.R.C. (1970), c. C-34

*Loi de 2001 modifiant le Droit criminel*, L.C. 2002, c 13.

*Loi édictant la Charte canadienne des droits des victimes et modifiant certaines lois*, L.C. 2015, c. 13

*Loi modifiant le Code criminel (emprisonnement avec sursis)*, L.C. 2007, c. 12

*Loi modifiant le Code criminel (leurre d'enfants)*, L.C. 2007, c 20

*Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, L.C. 2005, c. 32

*Loi modifiant le Code criminel et la Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, Projet de loi C-5, 2021-2022

*Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois*, L.C. 2019, ch. 25

*Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19

*Loi sur la lutte contre les crimes violents*, L.C. 2008, ch. 6

*Loi sur la protection des collectivités et des personnes victimes d'exploitation*, L.C. 2014, ch. 25

*Loi sur la sécurité des rues et des communautés*, L.C. 2012, c.1, art. 54

*Loi sur le casier judiciaire*, L.R.C. (1985), ch. C-47

*Loi sur le renforcement des peines pour les prédateurs d'enfants*, L.C., 2015, c-46

*S/N*, L.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19

### **JURISPRUDENCE**

*Caron Barrette c. R.*, 2018 QCCA 516

*Cooper c. R.*, [1980] 1 R.C.S. 1149

*Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada c. The Queen*, [1956] R.C.S. 303  
*K.F. c. R.*, 2021 QCCA 67  
*Kjeldsen c. La Reine*, [1981] 2 RCS 617  
*La Reine c. King*, [1962] RCS 746  
*Ontario (Attorney General) v. G*, 2020 SCC 38  
*R v Al-Rawi*, 2018 NSCA 10  
*R v C.J.*, 2020 SKQB 318  
*R v G.F.*, 2019 ONCA 493  
*R v Hynes*, 1991 CanLII 6851 (NL CA)  
*R v Kwon*, 2020 SKCA 56  
*R v Melrose*, 2021 ABQB 73  
*R v MNJ*, 2002 YKTC 15  
*R v Ndhlovu*, 2020 ABCA 307  
*R v Zhu*, 2021 ABPC 252  
*R. c. Swain*, [1991] 1 RCS 933  
*R. c. A.I.*, 2010 QCCQ 3934  
*R. c. Abbey*, [1982] 2 RCS 24  
*R. c. Antonelli*, 2008 QCCA 1573  
*R. c. Bain*, 2019 QCCA 460  
*R. c. Barabash*, 2015 CSC 29  
*R. c. Barnier*, [1980] 1 R.C.S. 1124  
*R. c. Barton*, 2019 CSC 33  
*R. c. Bernard*, 2019 QCCA 638  
*R. c. Bissonnette*, 2022 CSC 23  
*R. c. Boisvert*, 2011 QCCS 6564  
*R. c. Bouchard-Lebrun*, 2011 CSC 58  
*R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58  
*R. c. Capano*, 2014 ONCA 599  
*R. c. Charest*, 2019 QCCA 1401

*R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293  
*R. c. Chaulk*, [1990] 3 RCS 1303  
*R. c. Costello*, (2019) AJ No. 334 (C.A)  
*R. c. Cross*, (1993) 110 Nfld. & P.E.I.R. 16, 346 A.P.R. 16 (C.P.T.-N.)  
*R. c. Duclos*, 2019 QCCQ 5680  
*R. c. Duguay*, 2019 BCCA 53  
*R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 RCS 330  
*R. c. Ferland*, 2022 QCCS 472  
*R. c. Ferland*, 2022 QCCS 2166  
*R. c. Friesen*, 2020 CSC 9  
*R. c. G.F.*, 2021 CSC 20  
*R. c. Gardiner*, [1982] 2 RCS 368  
*R. c. Germain*, 2022 QCCQ 1715  
*R. c. Gladue*, [1999] 1 RCS 688  
*R. c. Grenier*, 2019 QCCQ 6622  
*R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19  
*R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13  
*R. c. J. (K.R.)*, 2016 CSC 31  
*R. c. J.A.*, 2011 CSC 28  
*R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229  
*R. c. Jutras*, 2017 QCCS 4629  
*R. c. L.(J.-J.)*, [1998] R.J.Q. 971  
*R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64  
*R. c. Landry*, [1991] 1 RCS 99  
*R. c. Leary*, [1978] 1 RCS 29  
*R. c. Legare*, 2009 CSC 56  
*R. c. Lockyer* (2000) NJ no. 306  
*R. c. M. (C. A.)*, [1996] 1 RCS 500  
*R. c. M. N.*, 2017 ONCA 434

*R. c. Martel*, 2019 QCCQ 2883  
*R. c. Martin*, 2012 QCCA 2223  
*R. c. Martineau*, [1990] 2 RCS 633  
*R. c. Moreau*, 1992 CanLII 3313  
*R. c. Morelli*, 2010 CSC 8  
*R. c. Morrison*, 2019 CSC 15  
*R. c. Morrow*, 2008 NBCP 4  
*R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6  
*R. c. Nette*, 2001 CSC 78  
*R. c. Nur*, 2015 CSC 15  
*R. c. Oommen*, [1994] 2 RCS 507  
*R. c. Park*, [1995] 2 RCS 836  
*R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871  
*R. c. Penunsi*, 2019 CSC 39  
*R. c. Pitt*, [1992] 16 WCB (2d) 508  
*R. c. Pitt*, [1993] 1 RCS 466  
*R. c. Proulx*, 2000 CSC 5  
*R. c. Ratti*, 1991 CanLII 112 (CSC)  
*R. c. Régnier*, 2018 QCCA 306  
*R. c. Ricketts*, (1985) 61 A.R. 175 (C.A.)  
*R. c. Rousseau*, 2018 QCCQ 3861  
*R. c. Ruzic*, 2001 CSC 24  
*R. c. S. C.*, 2019 ONCA 199  
*R. c. Schwartz*, [1977] 1 RCS 673  
*R. c. Scofield*, 2019 BCCA 3  
*R. c. Seaboyer : R. c. Gayme*, [1991] 2 RCS 577  
*R. c. Snelgrove*, 2019 CSC 16  
*R. c. Stone*, [1999] 2 RCS 290  
*R. c. Szostak*, 2012 ONCA 503

*R. c. Thériault*, 2009 QCCA 185  
*R. c. V. (K.B.)*, [1993] 2 RCS 857  
*R. c. Vaknin*, 2021 QCCQ 6594  
*R. c. Valiquette*, 1990 CanLII 3048 (QC CA)  
*R. c. Wust*, 2000 CSC 18  
*R. c. Zora*, 2020 CSC 90  
*R. v. J.B.*, 2016 ONCJ 312  
*R. v. Adamo*, 2013 MBQB 225  
*R. v. Alexander*, 2015 BCCA 484 (CanLII)  
*R. v. Ayorech*, 2012 ABCA 82 (CanLII)  
*R. v. Ayotte*, 2014 YKTC 21  
*R. v. B.T.*, 2021 BCSC 948  
*R. v. Badhesa*, 2019 BCCA 70  
*R. v. Barabash*, 2012 ABQB 99  
*R. v. Batisse*, 2009 ONCA 114  
*R. v. Belcourt*, 2010 ABCA 319  
*R. v. Bennight*, 2012 BCCA 461  
*R. v. Berg*, 2017 SKPC 11  
*R. v. Berman*, 2010 ABPC 371  
*R. v. Betchuk*, 2021 ABPC 197  
*R. v. Brunton*, 2011 ONSC 285  
*R. v. C.*, 2019 NSPC 82  
*R. v. Cantwell*, 2016 BCSC 837  
*R. v. Capewell*, 2020 BCCA 82  
*R. v. Chaignon*, 2021 BCPC 312  
*R. v. Chen*, 2021 BCSC 882  
*R. v. Chheng*, 2021 ONCJ 248  
*R. v. Codere*, (1916) 12 Cr. App. R. 21 (C.C.A.)  
*R. v. Cole*, 2021 BCSC 293

*R. v. Collier*, 2021 ONSC 6827  
*R. v. Cornish*, 2016 ONCA 578  
*R. v. Crosdale*, 2018 ONCJ 800  
*R. v. Cross*, 2012 CanLII 62515 (NL PC)  
*R. v. Dedeckere*, 2017 ONCA 799  
*R. v. Doncaster*, 2013 NSPC 13  
*R. v. E.R.D.R.*, 2016 BCSC 1758  
*R. v. E.R.D.R.*, 2016 BCSC 684  
*R. v. Edmunds*, 2012 NLCA 26  
*R. v. Elliott*, 2017 ABCA 395  
*R. v. Ellis*, 2013 ONCA 739  
*R. v. Engel*, 2013 SKPC 215  
*R. v. Finestone*, 2017 ONCJ 22  
*R. v. Folino*, 2005 CanLII 40543  
*R. v. Forner*, 2020 BCCA 103  
*R. v. Fraser*, 2007 SKCA 113  
*R. v. Fraser*, 2014 NSSC 110  
*R. v. Friesen*, 2016 MBCA 50  
*R. v. Friesen*, 2021 ABPC 223, par. 127.  
*R. v. Hagen*, 2021 BCCA 208  
*R. v. Haly*, 2012 ONSC 2302  
*R. v. Hartman*, 2018 BCPC 240  
*R. v. Hartman*, 2019 ONCJ 148  
*R. v. Harvey*, 2006 BCCA 355  
*R. v. Hiltermann*, 1993 CanLII 16387 (AB CA)  
*R. v. I.A.D.*, 2021 ONCA 110  
*R. v. Ingram-Piruzevski*, 2019 ONSC 4470  
*R. v. J. (M.)*, 2016 ONSC 2769  
*R. v. J.F.*, 2019 ONCA 432

*R. v. J.L.M.A.*, 2010 ABCA 363  
*R. v. JED*, 2017 MBPC 33  
*R. v. JED*, 2018 MBCA 123  
*R. v. JMO*, 2017 MBCA 59  
*R. v. Kagan*, 2008 NSSC 26  
*R. v. Killam*, 1999 CanLII 2489 (ON CA)  
*R. v. Krywonizka*, 2021 MBPC 49  
*R. v. Kunzig*, 2011 MBPC 81  
*R. v. L. (J.H.Q.)*, [1995] B.C.J. No. 1447, 61 B.C.A.C. 150 (B.C.C.A.)  
*R. v. Larocque*, 2012 BCCA 216  
*R. v. LBC*, 2019 ABCA 505  
*R. v. Legere*, 1995 CanLII 1551 (ON CA)  
*R. v. Leong*, 2011 ABPC 151  
*R. v. Lundrigan*, 2012 NLCA 43  
*R. v. Lutoslawski*, 2010 ONCA 207  
*R. v. Maan*, 2018, BCSC 2414  
*R. v. Maier*, 2015 ABCA 59  
*R. v. Milne*, 2021 BCCA 166  
*R. v. Minassian*, 2021 ONSC 1258  
*R. v. Muldoon*, 2006 ABCA 321  
*R. v. Nepon*, 2020 MBPC 48  
*R. v. Newby*, 1991 ABCA 307  
*R. v. NMN*, 2019 ABPC 16  
*R. v. Osadchuk*, 2020 QCCQ 2166  
*R. v. Patey*, [2012] N.J. No. 113 (P.C.)  
*R. v. Peters*, 2000 NFCA 55 (CanLII)  
*R. v. Priest* (1996), 110 C.C.C. (3d) 289 at 298 (Ont. C.A.).  
*R. v. Ramsay*, 2012 ABCA 257  
*R. v. Rathwell*, 2021 ABPC 254

*R. v. Razon*, 2021 ONCJ 616  
*R. v. Resler*, 2011 ABCA 167  
*R. v. Robinson*, 1974 CanLII 1491 (ON CA)  
*R. v. Saadatmandi*, 2008 BCSC 250  
*R. v. Sellars*, 2013 NSCA 129  
*R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2  
*R. v. Shevchenko*, 2018 ABCA 31  
*R. v. Shrivastava* 2018 ABQB 998  
*R. v. Siddiqui*, 2004 BCSC 1717  
*R. v. Sigsworth*, 2020 BCSC 175  
*R. v. Simpson*, [1977] 35 C.C.C. (2d) 337 (Ont. A.C.)  
*R. v. Somogyi*, 2011 ONSC 483  
*R. v. Swaby*, 2018 BCCA 416  
*R. v. Taylor*, 1985 ABCA 51  
*R. v. Taylor*, 2014 BCCA 304  
*R. v. Thompson*, 2013 ONCA 202  
*R. v. Tremblay*, 2006 ABCA 252  
*R. v. Vaux*, 2021 BCSC 1773  
*R. v. Virani*, 2012 ABCA 155  
*R. v. Wesley*, 2014 BCCA 321  
*R. v. Williams*, 2019 BCCA 295  
*R. v. Williams*, 2020 BCCA 286  
*R. v. Wolff*, 2020 BCPC 174  
*R. v. Woodward*, 2009 ONCA 911  
*R. v. Yuan*, 2013 ONSC 2855  
*R. v. Peyachew*, 2016 SKCA 21  
*Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513  
*Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S.  
*Regina v. Leech*, [1972] 10 C.C.C. (2d) 149 (Alta. S.C.)

*Regina v. Roberts*, 1962 CanLII 187 (ON CA)  
*Regina v. Taylor*, 1975 CanLII 1447 (ON CA)  
*Regina v. Wallace*, 1973 CanLII 1434 (ON CA)  
*Regina v. Wilmott*, 1966 CanLII 222 (ONCA)  
*Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée* [2010] 3 RCS 457  
*Renvoi Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486  
*Rodrigue c. R.*, 2021 QCCA 456  
*Yombo c. R.*, 2022 QCCA 667

### ***Jurisprudence anglaise***

*R. v. M'Naghten*, (1843) 8 E.R 718  
*Woolmington v. DPP*, [1935] UKHL 1

### ***Jurisprudence Australienne***

*R. c. Porter* (1933), 55 C.L.R. 182 (H.C. Austr.)  
*Stapleton c. The Queen* (1952), 86 C.L.R. 358 (H. C. Austr.)

## **DOCTRINE**

### ***Thèse et mémoire***

Caroline VALLET, *La protection des mineurs face à la cyberpédopornographie - Étude comparée entre le droit criminel canadien et français*, thèse de doctorat, Montréal, Université de Montréal, Faculté de droit, 2009

Christian SAINT-GERMAIN, *Le néo-sujet du droit criminel. Effets secondaires des psychotropes sur l'anthropologie pénale*, thèse de doctorat, Montréal, Université de Montréal, Faculté de droit, 2012

Geneviève BEAUSOLEIL-ALLARD, *Le fichage de la délinquance sexuelle : une érosion des principes de justice criminelle et punitive*, Mémoire de maîtrise, Montréal, Université de Montréal, Faculté de droit, 2011

Kévin MOUSTAPHA, *Le libre arbitre à l'épreuve du déterminisme : les troubles du psychopathe en tant qu'instruments d'étude de la défense de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux*, Thèse de doctorat, Université de Montréal, Faculté de droit, 2018

Moira AIKENHEAD, *Revisions to Canada's Sentencing Regime as a Remedy to the Over-Incarceration of Persons with Mental Disabilities*, Mémoire de maîtrise, Université de Colombie-Britannique, 2014

Simon ROY, *L'erreur de fait attribuable à l'intoxication comme moyen de défense en droit criminel canadien*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2001

Ugo Gilbert TREMBLAY, *La responsabilité criminelle a-t-elle un avenir? : enquête sur les fondements philosophiques, juridiques et psychologiques de l'imputabilité pénale à l'ère des neurosciences*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 2020

### ***Manuel et dictionnaire***

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *DSM-5 Manuel Diagnostique et Statistique des Troubles Mentaux*, par Claire GUILABERT (Éd.), Philadelphie, Elsevier, Health Sciences Division, 2015, sur ProQuest Ebook Central, en ligne : <http://ebookcentral.proquest.com/lib/umontreal-ebooks/detail.action?docID=4337396>

Anatole BAILLY, *Dictionnaire grec-français*, L. Séchan et P. Chantraine (Éds.), Éditions Hachette, Paris, 1950

### ***Monographie, Chapitre de livre et ouvrages collectifs***

Alvaro P. PIRES, « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique », (2001) 33-1 *Sociologie et Sociétés* 179

Andrew ASHWORTH et Lucia ZEDNER, « Technologies of Responsibility », dans Iyiola SOLANKE (Dir.), *On Crime, Society, and Responsibility in the work of Nicola Lacey*, Oxford Scholarship Online, 2021

Antonio R. DAMASIO, *Descartes' Error: Emotion, Reason and the Human Brain*, New York, Avon Books, 1994

Arthur SCHOPENHAUER, *Le monde comme volonté et représentation*, Tome 1, Christian Sommer, Vincent Stanek et Marianne Dautrey (Trad.), Gallimard, Paris, 2009

Benjamin BERGER, « Mental Disorder and the Instability of Blame in the Criminal Law », dans François TANGUAY-RENAUD et James STRIBOPOULOS (dir.), *Rethinking Criminal Law Theory*, Oxford, Hart Publishing, 2012

Charles TAYLOR, *Modern Social Imaginaries*, Duke University Press, 2003

Charles TAYLOR, *Sources of the Self*, Cambridge, Harvard University Press, 1989

- Clare S. ALLELY, « Autism Spectrum Disorders in the Criminal Justice System: Police Interviewing, the Courtroom and the Prison Environment », dans *Recent Advances in Autism*, SM Group Open Access eBooks, 2015
- Clare S. ALLELY, *Autism Spectrum Disorder in the Criminal Justice System: A Guide to Understanding Suspects, Defendants and Offenders with Autism*, 1ère édition, Londres, Routledge, 2022
- Cyprien DE CARTHAGE, *L'Unité de l'Église*, Éditions du Cerf, 2006.
- D.P. SUGRUE, « Forensic assessment of individuals with autism spectrum charged with child pornography violations » dans A. LAWRENCE, J. D. DUBIN, et E. HOROWITZ (Dir.), *Caught in the web of the criminal justice system: Autism, developmental disabilities, and sex offenses*, London, UK: Jessica Kingsley Publishers, 2017
- David GARLAND, *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford, Oxford University Press, 2001
- Deborah LIPSKY, *From anxiety to meltdown: How individuals on the autism spectrum deal with anxiety, experience meltdowns, manifest tantrums, and how you can intervene effectively*, London, Jessica Kingsley Publishers, 2011
- Didier OTTAVIANI, « Foucault - Deleuze : de la discipline au contrôle », dans Emmanuel DA SILVA, *Lectures de Michel Foucault. Volume 2 : Foucault et la philosophie*, Lyon, ENS Éditions, 2003, p. 59-73
- Fernand DELIGNY, *L'arachnéen et autres textes*, Paris, L'arachnéen, 2008
- Fred R. VOLKMAR, Rachel LOFTIN, Alexander Westphal et Marc WOODBURY-SMITH (dir.), *Handbook of Autism Spectrum Disorder and the Law*, Springer, 2021
- Friedrich NIETZSCHE, *Crépuscule des idoles*, Henri Albert (trad.) dans « Œuvres », Flammarion, 2011
- George P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000
- Gilles DELEUZE, *Foucault*, Paris, Éditions de Minuit, 1986/2004
- Gilles DELEUZE, *Pourparlers*, Paris, Éditions de Minuit, 1990/2003
- Gunther TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, PUF, 1993
- Hans ASPERGER, « Autistic psychopathy' in childhood », dans Uta Frith (dir.), *Autism and Asperger Syndrome*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, p. 81

- Hélène DUMONT, « Contre la contre-réforme en matière punitive: comment s’y prendre et comment repenser la réforme de la pénologie canadienne », dans INSTITUT CANADIEN D’ADMINISTRATION DE LA JUSTICE, *Détermination et l’exécution des peines : La pénologie mise en pratique*, Montréal, Éditions Thémis, 2011
- Herbert L. PACKER, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford, Stanford University Press, 1968
- Hugues PARENT et Julie DESROSIERS, *Traité de droit criminel*, 5e édition, tome 3 « La peine », Montréal, Éditions Thémis, 2020
- Hugues PARENT, *Discours sur les origines et les fondements de la responsabilité morale en droit pénal*, Montréal, Éditions Thémis, 2001
- Hugues PARENT, *Traité de droit criminel*, 5e édition, tome 1 « L’imputabilité et les moyens de défense », Montréal, Éditions Thémis, 2019
- Ilona MIELKE, « Autism and the Imaginative Mind », dans Ilona Roth (Dir.), *Imaginative Minds*, Oxford, British Academy, 2007
- James Fitzjames STEPHEN, *General View of the Criminal Law of England*, London, Cambridge, Macmillan and Co., 1863
- Joël FEINBERG, *Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton University Press, Princeton, 1970
- Julie DESROSIERS et Geneviève BEAUSOLEIL-ALLARD, *L’agression sexuelle en droit canadien*, 2e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2017
- Katharina PAXMAN, « Empathy, Autism and Hume », dans Philip A. Reed et Rico vitz (dir.), *Hume’s Moral Philosophy and Contemporary Psychology*, Routledge, 2018
- Kent ROACH, *Due Process and Victims’ Rights: The New Law and Politics of Criminal Justice*, Toronto, University of Toronto Press, 1999
- Lindsay FARMER, *Making the Modern Criminal Law*, Oxford University Press, 2016
- Luke P. VINTER et Gayle DILLON, « Autism and Sexual Crime », dans *Sexual Crime and Intellectual Functioning*, Kerensa Hocken, Rebecca Lievesley, Belinda Winder, Helen Swaby, Nicholas Blagden, Phil Banyard (Dir.), Palgrave Macmillan Cham, 2020, p. 97
- Marie-Ève SYLVESTRE, Nicholas BLOMLEY, et Céline BELLOT, *Red Zones: Criminal Law and the Territorial Governance of Marginalized People*. Cambridge, Cambridge University Press, 2020.

- Michel FOUCAULT, *Dits & Écrits II. 1976-1988*, François EWALD et Daniel DEFERT (dir.), Paris, Éditions Gallimard, 2001, p. 768
- Michel FOUCAULT, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris, Éditions Gallimard, 1972
- Michel FOUCAULT, *Histoire de la sexualité - Volonté de savoir*, Paris, Éditions Gallimard, 1976
- Michel FOUCAULT, *L'ordre du discours*, Paris, Gallimard, 1971
- Michel FOUCAULT, *Les anormaux*, Paris, Éditions Gallimard, 1999
- Michel FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique - Cours au Collège de France (1978-1979)*, Paris, Seuil/Gallimard, 2004
- Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir – Naissance de la prison*, Paris, Éditions Gallimard, 1975
- Mireille DELMAS-MARTY, *Les chemins de la répression - Lectures du code pénal*, Paris, Presses universitaires de France, 1980
- Neil MACCORMICK, *Institutions of law: an essay in legal theory*, Oxford, Oxford University Press, 2008
- Nicola LACEY, *In Search of Criminal Responsibility: Ideas, Interests, and Institutions*, Oxford University Press, 2017
- Nikolas ROSE, *Powers of Freedom*, Cambridge, Cambridge University Press 1999
- P.J. FITZGERALD, *Criminal Law and Punishment*, Oxford, Clarendon Press, 1962
- Paul RICOEUR, *Le juste I*, Paris, Éditions Esprit, 1995-2001
- Peggy LARRIEU, Bernard ROULLET et Colin GAVAGHAN, *Neurolex sed ... dura lex? L'impact des neurosciences sur les disciplines juridiques et les autres sciences humaines : études comparées*, 2013, disponible en ligne : [http://www.antonioacasella.eu/dnlaw/Neurolex\\_NZ\\_%202013.pdf](http://www.antonioacasella.eu/dnlaw/Neurolex_NZ_%202013.pdf)
- Pierre GUIBENTIF, *Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu : Une génération repense le droit*, Droit et société, vol. 53, LGDJ, Paris, Lextension éditions, p. 81-156.
- Samuel BECKETT, *Molloy*, Paris, Éditions de Minuit, 1982
- Simon BARON-COHEN, *Mindblindness : An essay on autism and theory of mind*, MIT Press, 1995
- Simon BARON-COHEN, *The Science Of Evil: On Empathy And The Origins Of Cruelty*, 2012, Basic Books
- Tony ATTWOOD et Isabelle HÉNAULT, *The autism spectrum, sexuality and the law*, London, Jessica Kingsley Publishers, 2014

Tony ATTWOOD, *The Complete Guide to Asperger's Syndrome*, Londres, Jessica Kingsley Publishers, 2007, p. 113.

Uta Frith, *Autism: Explaining the Enigma*. Malden, Blackwell, 1989

William A. SCHABAS, *Les infractions d'ordre sexuel*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995

### ***Documents gouvernementaux et rapports***

Benjamin L. BERGER, « Réforme des objectifs et principes de détermination de la peine : document de réflexion », Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, Division de la recherche et de la statistique, 2016

COMITÉ CANADIEN DE LA RÉFORME PÉNALE ET CORRECTIONNELLE, *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle : justice pénale et correction : un lien à forger*, Ottawa, Imprimeur de la Reine pour le Canada, 1969 (« Ouimet »)

COMMISSION CANADIENNE SUR LA DÉTERMINATION DE LA PEINE, *Reformer la sentence: une approche canadienne*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1987, p. 168. (« Archambault »)

COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Les principes de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence*, Document de travail 3, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1974 (« Hartt »)

COMMISSION ROYALE SUR LA DÉFENSE D'ALIÉNATION MENTALE EN MATIÈRE CRIMINELLE, *Rapport de la Commission royale sur la défense d'aliénation mentale en matière criminelle*, Canada, Imprimeur de la Reine, 1956

GOUVERNEMENT DU CANADA, *Le droit pénal dans la société canadienne*, Ottawa, Ministère de la justice du Canada, 1982 (« Chrétien »)

Jeff LATIMER et Austin LAWRENCE, « Les systèmes de commissions d'examen au Canada : Survol des résultats de l'étude de la collecte de données sur les accusés atteints de troubles mentaux », *Rapport préparé pour le ministère de la Justice du Canada*, 2006

Julian ROBERTS, « L'énigme du sphinx : l'emprisonnement avec sursis après l'arrêt R. c. Proulx de la Cour suprême », dans MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *le nouveau visage de l'emprisonnement avec sursis*, Ottawa, Ministère de la justice du Canada, division de la recherche et de la statistique, 2000

### *Articles de revue*

- A.G. CROCKER et al. « The National Trajectory Project of Individuals Found not Criminally Responsible on Account of Mental Disorder in Canada: Part 2: the People Behind the Label », (2015) 60-3 *Canadian Journal of Psychiatry* 106
- Ami KLIN et al., « Defining and Quantifying the Social Phenotype in Autism », (2002) 59 *Am J Psychiatry* 895
- Ami KLIN et al., « Validity and Neuropsychological Characterization of Asperger Syndrome: Convergence with Nonverbal Learning Disabilities Syndrome », (1995) 36 *J Child Psychol* 1127
- Ami KLIN, « Autism and Asperger syndrome: an overview », (2006) 28 *Rev Bras Psiquiatr* 3, p. 9.
- Amit PINCHEVSKI, « Bartleby's Autism: Wandering along Incommunicability. », (2011) 78 *Cultural Critique* 27
- Andrew ASHWORTH, « Victim Impact Statements and Sentencing » (1993) *Crim L Rev* 498, p. 503.
- Ann BROWNING et Laura CAULFIELD, « The prevalence and treatment of people with Asperger's Syndrome in the criminal justice system », (2011) 11-2 *Criminology & Criminal Justice* 165
- Ann CREABY-ATTWOOD et Clare S. ALLELY, « A Psycho-Legal Perspective on Sexual Offending in Individuals with Autism Spectrum Disorder », (2017) 55 *International Journal of Law and Psychiatry* 72
- Anne-Marie BOISVERT et André JODOUIN, « De l'intention à l'incurie : le déclin de la culpabilité morale en droit pénal canadien », (2002) 32-3 *Revue générale de droit* 759
- Anthony N. DOOB, et Cheryl Marie WEBSTER, « Sentence Severity and Crime: Accepting the Null Hypothesis », (2003) 30 *Crime and Justice* 143
- Ariane BIGENWALD et Valerian CHAMBON, « Criminal Responsibility and Neuroscience: No Revolution Yet », (2019) 10 *Frontiers in Psychology*
- Aviram, HADAR, « Progressive Punitivism: Notes on the Use of Punitive Social Control to Advance Social Justice Ends », (2019) *Buffalo Law Review*, Forthcoming, UC Hastings Research Paper No. 364
- Barbara G. HASKINS et J. Arturo SILVA, « Asperger's Disorder and Criminal Behavior: Forensic-Psychiatric Considerations », (2006) 34-3 *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* 374

- Benjamin L. BERGER, « Sentencing and the Saliency of Pain and Hope », (2015) 70 *Supreme Court Law Review* 337
- Brian WAUHOP, « Mindblindness: Three Nations Approach the Special Case of the Criminally Accused Individual with Asperger's Syndrome », (2009) 27-3 *Penn State International Law Review* 965
- C.M. BERRYESSA, « Defendants with Autism Spectrum Disorder in Criminal Court: A Judges' Toolkit », (2021) 13-4 *Drexel Law Review* 841
- Caitlin ROBERTSON et Jane MCGILLIVRAY, « Autism Behind Bars: A Review of the Research Literature and Discussion of Key Issues », (2015) 26(6) *Journal of Forensic Psychiatry and Psychology* 719
- Charles TAYLOR, « Modern Social Imaginaries », (2002) 14-1 *Public Culture* 91
- Christian SAINT-GERMAIN, « Les leçons de Pierre Legendre sur la casse subjective : nouvelle clinique juridique autour du tiers? », (2011) 41 *R.D.U.S.*
- Clare S. ALLELY et Ann CREABY-ATTWOOD, « Sexual offending and autism spectrum disorders », (2016) 7-1 *Journal of Intellectual Disabilities and Offending Behaviour* 35
- Clare S. ALLELY, « Contributory role of autism spectrum disorder symptomology to the viewing of indecent images of children (IIOC) and the experience of the criminal justice system », (2020) 11-3 *Journal of Intellectual Disabilities and Offending Behaviour* 171
- Clare S. ALLELY, « Experiences of prison inmates with Autism Spectrum Disorders and the knowledge and understanding of the spectrum amongst prison staff: A review », (2015) 6-2 *Journal of Intellectual Disabilities and Offending Behavior* 55
- Clare S. ALLELY, Sally KENNEDY et Ian WARREN, « A legal analysis of Australian criminal cases involving defendants with autism spectrum disorder charged with online sexual offending », (2019) 66 *International Journal of Law and Psychiatry*
- Damian MILTON, « Tracing the influence of Fernand Deligny on autism studies », (2016) 31-2 *Disability & Society* 285
- Damien GALLAND, Carol JONAS, Renaud JARDRI, Maroussia WILQUIN, Olivier COTTENCIN, Pierre THOMAS et Benjamin ROLLAND, « Comparaison du concept de « responsabilité » en neurosciences et en droit pénal : une revue croisée de littérature pour l'expertise psychiatrique », (2016) 45-6 *La Presse Médicale* 559;

- Daniel C. MURRIE, Janet I. WARREN , Marianne KRISTIANSSON et Park E. DIETZ, « Aspergers Syndrome in Forensic Settings », (2002) 1 *INT'L J. OF FORENSIC MENTAL HEALTH* 59
- David KIMMEL et Daniel ROBINSON, « Sex, Crime, Pathology: Homosexuality and Criminal Code Reform in Canada, 1949-1969 », (2001) 16-1 *Canadian Journal of Law and Society* 147
- David MURPHY et Clare S. ALLELY, « Autism Spectrum Disorders in High Secure Psychiatric Care: A Review of Literature, Future Research and Clinical Directions », (2019) 6-1 *Advances in Autism*
- Elizabeth JANZEN, « The Dangers of a Punitive Approach to Victim Participation in Sentencing: Victim Impact Statements after the Victims Bill of Rights Act », (2020) 43-4 *Man LJ* 85 (sur Lexis Nexis)
- Franck CHAUMON, « L'autiste, au bord du politique », (2014) 1-800 *Critique* 131
- G. DE LA CUESTA, « A selective review of offending behaviour in individuals with autism spectrum disorders », (2010) 1-2 *Journal of Learning Disabilities and Offending Behaviour* 47
- G. OUELLET, D. MORIN, C. MERCIER, et A. CROCKER, « Nouvelle normativité sociale et déficience intellectuelle : l'impasse pénale », (2012) 67 *Lien social et Politiques* 139
- G. RUSSELL, et al., « Time trends in autism diagnosis over 20 years: a UK population-based cohort study » (2022) 63-6 *J Child Psychol Psychiatr* 674
- Gabrielle WOLF, « Growing Enlightenment: Sentencing Offenders With Autism Spectrum Disorder in Australia », (2021) 44-4 *University of New South Wales Law Journal* 1701
- H.D. CRITCHLEY, E.M. DALY, E.T. BULLMORE et al., « The functional neuroanatomy of social behavior: changes in cerebral blood flow when people with autistic disorder process facial expressions », (2000) 123 *Brain* 2203
- Hélène DUMONT, « Chronique canadienne - une décennie de populisme pénal et de contre-réformes en matière punitive au canada », (2011) 1-1 *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 239
- Ian FRECKELTON et David LIST, « Asperger's Disorder, Criminal Responsibility and Criminal Culpability », (2009) 16-1 *Psychiatry, Psychology and Law* 16
- Ian LEE, « L'agression sexuelle et la justice fondamentale : réflexions sur l' obligation d' agir raisonnablement », 26-1 *Revue de droit d'Ottawa* 48

- James R. BLAIR, « Fine cuts of empathy and the amygdala : Dissociable deficits in psychopathy and autism », (2008) 61 *The Quarterly Journal of Experimental Psychology* 157, p. 164.
- Jamie WALVISCH, « Mental Disorder' and Sentencing: Resolving the Definitional Problem », (2018) 26 *Journal of Law and Medicine* 1
- Jill PEAY, « Sentencing mentally disordered offenders: conflicting objectives, perilous decisions and cognitive insights », (2015) *LSE Law, Society and Economy Working Paper Series*
- Joël FEINBERG, « Problematic Responsibility in Law and Morals », (1962) 71 *Philosophical Review* 340
- Joël FEINBERG, « The Expressive Function of Punishment. », (1965) 49-3 *The Monist* 397
- Johanna E. MERCER, Clare S. ALLELY, « Autism Spectrum Disorders and Stalking », (2020) 10-3 *Journal Of Criminal Psychology* 201
- Joshua GREENE et Jonathan COHEN, « For the law, neuroscience changes nothing and everything », (2004) 349-1451 *Philosophical transactions of the Royal Society of London. Series B, Biological sciences* 1775
- 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
- Justin B. BARRY-WALSH et Paul E. MULLEN, « Forensic aspects of Asperger's Syndrome », (2004) 15-1 *The Journal of Forensic Psychiatry & Psychology* 96
- Kathryn C. SEIGFRIED-PELLAR, Casey L. OQUINN & Kellin N. TREADWAY, « Assessing The Relationship Between Autistic Traits And Cyberdeviancy In A Sample Of College Students », (2014) 34 *Behaviour & Information Technology* 533
- Katy-Louise PAYNE et al., (2019) « Is There a Relationship Between Cyber-Dependent Crime, Autistic-Like Traits and Autism? », 49 *Journal Of Autism And Developmental Disorders* 4159
- Kieran A. COOK et Alissa N. WILLMERDINGER, « The History of Autism » (2015) *Narrative Documents Book*, disponible en ligne : <http://scholarexchange.furman.edu/schopler-about/1>
- Liliana DELL'OSSOA, Riccardo Dalle LUCHEA, Camilla GESI, Ilenia MORONIA, Claudia CARMASSIA et Mario MAJB, « From Asperger's Autistischen Psychopathen to DSM-5 Autism Spectrum Disorder and Beyond: A Subthreshold Autism Spectrum Model », (2016) 12 *Clinical Practice & Epidemiology in Mental Health* 120

- Luke P. VINTER , Gayle DILLON et Belinda WINDER, « ‘People don’t like you when you’re different’: exploring the prison experiences of autistic individuals », (2020) *Psychology, Crime & Law*
- M. ULJAREVIC et A. HAMILTON, « Recognition of emotions in autism: A formal metaanalysis », (2013) 43-7 *Journal of Autism and Development* 1517
- M.R. WOODBURY-SMITH, I.C.H. CLARE, A.J. HOLLAND et A. KEARNS, « High functioning autistic spectrum disorders, offending and other law-breaking: Findings from a community sample », (2006) 17-1 *The Journal of Forensic Psychiatry and Psychology* 108
- Marc R. WOODBURY-SMITH, Isabel C. H. CLARE, Anthony J. HOLLAND, Anthony KEARNS, Ekkehart STAUFENBERG et Peter WATSON, « A Case-Control Study of Offenders with High Functioning Autistic Spectrum Disorders », (2005) 16 *J. Forensic Psychiatry & Psych.* 747
- Marie MANIKIS, « The Principle of Proportionality in Sentencing: A Dynamic Evolution and Multiplication of Conceptions », 59(3) *Osgoode Hall Law Journal*, forthcoming 2022
- Marie-Ève SYLVESTRE et André JODOUIN, « Changer les lois, les idées, les pratiques : réflexions sur l’échec de la réforme de la détermination de la peine », (2009) 50-3-4 *Les Cahiers de droit* 519
- Matthew LERNER, Omar Sultan HAQUE, Eli C. NORTHRUP, Lindsay LAWER et Harold J. BURSZTAJN, « Emerging Perspectives on Adolescents and Young Adults With High Functioning Autism Spectrum Disorders, Violence, and Criminal Law », (2012) 40-2 *J Am Acad Psychiatry Law* 177
- Mattia PINTO, « Historical Trends of Human Rights Gone Criminal », (2020) *Human Rights Quarterly*, LSE Legal Studies Working Paper No. 4
- Melanie Clark MOGAVERO, « Autism, sexual offending, and the criminal justice system », (2016) 7-3 *Journal of Intellectual Disabilities and Offending Behaviour* 116
- Melina SEVLEVER, Matthew E. ROTH et Jennifer M. GILLIS, « Sexual Abuse and Offending in Autism Spectrum Disorders », (2013) 31 *Sexuality and Disability* 189
- Michael GULAYETS, « Exploring Differences between Successful and Unsuccessful Mental Disorder Defences », (2016) 58-2 *Canadian J Criminology & Crim Just* 161
- Michael HARDT, « The Global Society of Control », (1998) 20-3 *Discourse* 139

- Michael V. LOMBARDO et Simon BARON-COHEN, « The role of the self in mindblindness in autism », (2010) *Consciousness and Cognition*
- Michel FOUCAULT, « L'évolution de la notion d' «individu dangereux" dans la psychiatrie légale », (1981) 5-4 *Déviance et Société* 403
- Michelle A. FARDELLA, Priscilla BURNHAM RIOSA et Jonathan A. WEISS, « A Qualitative Investigation Of Risk And Protective Factors For Interpersonal Violence In Adults On The Autism Spectrum », (2018) 33 *DISABILITY & SOCIETY* 1460
- Nachum KATZ et Zvi ZEMISHALNY, « Criminal Responsibility in Asperger's Syndrome », (2006) 43 *Israel J. Psychiatry & Relative Science* 166
- Nicola LACEY, « The Jurisprudence Annual Lecture 2013: Institutionalising Responsibility: Implications for Jurisprudence », (2013) 4-1 *Jurisprudence* 1
- Niklas LÅNGSTRÖM et al., « Risk Factors for Violent Offending in Autism Spectrum Disorder », (2008) 24 *Journal Of Interpersonal Violence* 1358
- Owen P. O'SULLIVAN, « Autism spectrum disorder and criminal responsibility: historical perspectives, clinical challenges and broader considerations within the criminal justice system », (2018) 35 *Irish Journal of Psychological Medicine* 333
- Pierre LANDREVILLE, «Grandeurs et misères de la politique pénale au Canada : du réformisme au populisme », (2007) 40-2 *Criminologie* 19
- Richard DUBÉ et Sébastien LABONTÉ, « La dénonciation, la rétribution et la dissuasion : repenser trois obstacles à l'évolution du droit criminel moderne », (2016) 57-4 *Cahier de Droit* 685
- Richard DUBÉ, « La fonction du droit criminel moderne : de la protection de la société à la stabilisation des attentes normatives », 82-3 *Droit et société* 659, 2012
- Robert ROZEMA, « Manga and the Autistic Mind », (2015) 105-1 *The English Journal* 60
- S.E. MOURIDSEN, « Current status of research on autism spectrum disorders and offending », (2012) 6-1 *Research in Autism Spectrum Disorders* 79
- S.E. MOURIDSEN, « Current status of research on autism spectrum disorders and offending », (2012) 6-1 *Research in Autism Spectrum Disorders* 79
- Sheena FOSTER, « Autism is not a tragedy... ignorance is : suppressing evidence of Asperger's syndrome and high-functioning autism in capital trials prejudices defendants for a death sentence », (2015) 2 *Lmu Law Review* 9

Simon BARON-COHEN, H. RING, S. WHEELWRIGHT et al., « Social intelligence in the normal and autistic brain: an fMRI study », (1999) 11 *Eur J Neurosci* 1891

Simon N VERDUN-JONES et Amanda BUTLER, « Sentencing Neurocognitively Impaired Offenders in Canada », (2013) 55-4 *Canadian J Criminology & Crim Just* 495

Lawrence R. SUTTON, et al., « Identifying Individuals With Autism in a State Facility for Adolescents Adjudicated as Sexual Offenders: A Pilot Study » (2013) 28-3 *Focus on Autism and Other Developmental Disabilities* 175

Tamsin HIGGS et Adam J. CARTER, « Autism spectrum disorder and sexual offending: Responsivity in forensic interventions », (2015) 22 *Aggression and Violent Behavior* 112

Tessa GRANT, Rosaria FURLANO, Layla HALL et Elizabeth KELLEY, « Criminal Responsibility in Autism Spectrum Disorder: A Critical Review Examining Empathy and Moral Reasoning », (2018) 59-1 *Canadian Psychology* 65

Uta FRITH, « Emanuel Miller lecture: Confusions and controversies about Asperger syndrome », (2004) 45-4 *Journal of Child Psychology and Psychiatry* 672

### **Autres**

CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION, « Data & Statistics on Autism Spectrum Disorder » en ligne : <https://www.cdc.gov/ncbddd/autism/data.html> (2022-06-06)

CENTRE CANADIEN DE PROTECTION DE L'ENFANCE, « Projet Arachnid : l'accessibilité des images d'abus pédosexuels sur Internet », p. 11 , en ligne : <https://protectchildren.ca/fr/ressources-et-recherche/projet-arachnid-accessibilite-images-abus-pedosexuels/> (2022-06-06)

Leon HILTON, « Mapping the Wander Lines: The Quiet Revelations of Fernand Deligny », (2015) *Los Angeles Review of books*, en ligne : <https://lareviewofbooks.org/article/mapping-the-wander-lines-the-quiet-revelations-of-fernand-deligny>

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

Maureen BEENIE, « Tantrum vs Autistic Meltdown: What Is The Difference? », (2016) Blogue sur Autism Awareness Centre Inc., en ligne : <https://autismawarenesscentre.com/what-is-the-difference-between-a-tantrum-and-an-autistic-meltdown/>

Michael John CARLEY et al. « Principles for Prosecutors Considering Child Pornography Charges Against People with Asperger Profiles », (2008) disponible en ligne : <https://www.aane.org/principles-for-prosecutors/>

Peter HESS, « autism behind bars », (2020) Blogue sur *Spectrum*, en ligne : <https://www.spectrumnews.org/features/deep-dive/autism-behind-bars/>

Site web de RANGEFINDR, « MMS WATCH », en ligne : <https://mms.watch/>

Site web du Centre national de ressources textuelles et lexicales : <https://www.cnrtl.fr/etymologie/compassion>

### ***Articles de journaux***

Ariane LACOURSIÈRE, « Plaidoyer pour le retour du diagnostic du syndrome d'Asperger », *La Presse*, 12 Novembre 2019, en ligne : <https://www.lapresse.ca/actualites/sante/201911/11/01-5249315-plaidoyer-pour-le-retour-du-diagnostic-du-syndrome-dAsperger.php>