



**COUR SUPRÊME DU CANADA**

**RÉFÉRENCE** : R. c. Khawaja, 2012 CSC 69

**DATE** : 20121214

**DOSSIER** : 34103

**ENTRE** :

**Mohammad Momin Khawaja**

Appelant

et

**Sa Majesté la Reine**

Intimée

- et -

**Procureur général de l'Ontario, Groupe d'étude en droits et libertés de la  
Faculté de droit de l'Université Laval, Association canadienne des libertés civiles  
et Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique**  
Intervenants

**TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE**

**CORAM** : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Abella, Rothstein,  
Cromwell et Karakatsanis

**MOTIFS DE JUGEMENT** : La juge en chef McLachlin (avec l'accord des juges LeBel,  
(par. 1 à 132) Fish, Abella, Rothstein, Cromwell et Karakatsanis)

**NOTE** : Ce document fera l'objet de retouches de forme avant la parution de sa  
version définitive dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada*.

---

R. c. KHAWAJA

**Mohammad Momin Khawaja**

*Appelant*

*c.*

**Sa Majesté la Reine**

*Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario, Groupe d'étude en droits  
et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval,  
Association canadienne des libertés civiles et Association  
des libertés civiles de la Colombie-Britannique**

*Intervenants*

**Répertoire : R. c. Khawaja**

**2012 CSC 69**

N° du greffé : 34103.

2012 : 11 juin; 2012 : 14 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Accusé déclaré coupable d'infractions de terrorisme sous le régime de la partie II.1 du Code criminel — L'objectif ou l'effet des dispositions porte-t-il atteinte au droit à la liberté d'expression? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b); Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.01(1)b)(i)(A).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Portée excessive — Infractions de terrorisme — Disposition criminalisant la participation ou la contribution à une activité d'un groupe terroriste — La disposition a-t-elle une portée plus grande que nécessaire pour réaliser l'objectif sous-jacent ou a-t-elle une incidence disproportionnée? — La disposition va-t-elle à l'encontre des principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7; Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.18.*

*Droit criminel — Appels — Infractions de terrorisme — Équité du procès — Juge du procès ayant conclu à l'inconstitutionnalité de la disposition suivant laquelle est terroriste l'activité qui est menée au nom d'un but de nature politique, religieuse ou idéologique — Infirmité de cette conclusion par la Cour d'appel, mais confirmation par elle des déclarations de culpabilité — La Cour d'appel a-t-elle eu tort d'appliquer la disposition réparatrice? — Les déclarations de culpabilité sont-elles déraisonnables? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.01(1)b)(i)(A) et 686(1)b)(iii).*

*Sécurité nationale — Terrorisme — Détermination de la peine — Principe de totalité — Accusé déclaré coupable d'infractions de terrorisme et condamné par le juge du procès à 10 ans et demi d'emprisonnement, sans possibilité de libération conditionnelle avant 5 ans — Substitution par la Cour d'appel d'une peine d'emprisonnement à perpétuité et de peines consécutives totalisant 24 ans d'emprisonnement, sans possibilité de libération conditionnelle avant 10 ans — La Cour d'appel a-t-elle eu tort d'annuler la peine infligée en première instance?*

Devenu obsédé par Oussama ben Laden et ses préceptes, K a communiqué avec un Américain qui a reconnu par la suite sa culpabilité à des accusations d'appui matériel ou financier à Al-Qaida et avec le dirigeant d'une cellule terroriste basée à Londres (Royaume-Uni) qui, de pair avec d'autres personnes, a été déclaré coupable de complot en vue de commettre des attentats à la bombe au R.-U. et ailleurs en Europe. K leur a maintes fois offert son aide, leur a versé de l'argent, a conçu un détonateur à distance et a recruté une femme pour faciliter les transferts de fonds. Il s'est rendu au Pakistan, a participé à un camp d'entraînement au maniement d'armes légères et a proposé de confier à un partisan de la cellule une mission suicide en Israël.

Sept accusations ont été portées contre K en application des dispositions sur le terrorisme du *Code criminel* (partie II.1). Il a présenté une requête préliminaire pour faire déclarer inconstitutionnelles certaines des dispositions. Le juge des requêtes a estimé que la div. 83.01(1)b)(i)(A), qui prévoit qu'une activité terroriste est

une action ou une omission commise au nom — exclusivement ou non — « d'un but, d'un objectif ou d'une cause de nature politique, religieuse ou idéologique » (la « disposition relative au mobile »), portait atteinte *prima facie* aux droits reconnus aux al. 2*a*), *b*) et *d*) de la *Charte* et que cette atteinte ne pouvait être justifiée au regard de l'article premier. Il a donc retranché la disposition du par. 83.01(1). Au procès, comme deux des infractions (avoir eu l'intention de causer une explosion aux conséquences déterminées sur l'ordre d'un groupe terroriste et avoir eu en sa possession une substance explosive dans le but de permettre à un groupe terroriste de mettre autrui en danger) exigeaient la preuve de la connaissance du complot d'attentat à la bombe fomenté par la cellule du R.-U., une preuve que le ministère public n'a pas faite hors de tout doute raisonnable, le juge a déclaré K coupable d'infractions incluses moins graves (avoir travaillé à la conception d'un détonateur et avoir eu en sa possession une substance explosive). Il a par ailleurs déclaré K coupable de cinq chefs qui font intervenir les art. 83.03 (fournir ou rendre disponibles des biens ou des services à des fins terroristes), 83.18 (participer à une activité d'un groupe terroriste ou y contribuer), 83.19 (faciliter une activité terroriste) et 83.21 (charger une personne de se livrer à une activité pour un groupe terroriste). Il a condamné K à 10 ans et demi d'emprisonnement sans retrancher la durée de la détention avant procès afin de ne pas contrevenir au principe de l'exemplarité de la peine, et il a fixé à 5 ans la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle vu l'absence d'élément de preuve selon lequel l'appelant avait des remords, désirait s'amender ou s'engageait à respecter désormais les lois et les valeurs canadiennes. La Cour d'appel a statué que la disposition relative au mobile est constitutionnelle et qu'elle n'aurait

pas dû être retranchée, mais elle a rejeté l'appel formé par K contre sa déclaration de culpabilité, en application de la disposition réparatrice du *Code criminel*, le sous-al. 686(1)b(iii). Elle a rejeté l'appel à l'encontre des peines interjeté par K, mais accueilli l'appel incident du ministère public et substitué l'emprisonnement à perpétuité à la peine infligée pour la fabrication d'un détonateur en vue de causer une explosion meurtrière. Soulignant la gravité des actes, elle a infligé pour les autres chefs des peines consécutives totalisant 24 ans d'emprisonnement devant être purgées concurremment avec l'emprisonnement à vie et elle a fixé à 10 ans plutôt qu'à 5 la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle.

*Arrêt* : Le pourvoi est rejeté.

#### *Constitutionnalité des dispositions*

K conteste la constitutionnalité de la Loi au motif que la disposition relative au mobile a un effet paralysant sur l'expression des croyances et des opinions et va de ce fait à l'encontre de l'art. 2 de la *Charte*. Dans leurs pourvois connexes (*Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70), S et N prétendent également que l'objectif de la loi est contraire à l'art. 2 de la *Charte*. Ils allèguent également l'inconstitutionnalité de l'art. 83.18 au motif que sa portée est excessive contrairement à l'art. 7 de la *Charte*. Par souci d'ordre pratique, toutes les allégations d'inconstitutionnalité sont analysées dans le présent pourvoi.

L'article 83.18 ne porte pas atteinte au droit garanti à l'art. 7 de la *Charte*. Suivant une interprétation téléologique de l'*actus reus* et de la *mens rea* exigés à l'art. 83.18, il ne peut y avoir déclaration de culpabilité (i) pour un acte innocent ou socialement utile accompli sans intention d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter, ni (ii) pour un acte qu'une personne raisonnable ne tiendrait pas pour susceptible d'accroître sensiblement cette capacité. L'objet légitime des dispositions sur le terrorisme du *Code criminel* est d'offrir des moyens de prévenir les actes de terrorisme et de punir leurs auteurs. Étant donné cet objet, la perpétration de l'infraction exige un degré élevé de *mens rea*. Avant de déclarer une personne coupable de l'infraction prévue à l'art. 83.18, le juge doit être convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait l'intention spécifique d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter. L'intention se démontre par preuve directe ou s'infère de la preuve de ce que savait l'accusé et de la nature de ses actes. L'emploi des mots « dans le but » à l'art. 83.18 exige d'établir une intention subjective d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter. Il faut prouver que l'accusé entendait précisément que ses actes aient un tel effet général. De plus, le comportement qui présente au plus un risque négligeable d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter ne correspond pas à l'*actus reus* de l'infraction prévue à l'art. 83.18. La portée de la disposition exclut le comportement qui, pour une personne raisonnable, ne serait pas susceptible d'accroître sensiblement la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter. L'issue d'une telle appréciation

fondée sur l'optique d'une personne raisonnable dépend de la nature du comportement et des circonstances en cause. Lorsque l'on pondère la portée ainsi circonscrite de la disposition et l'objectif de celle-ci, on ne peut pas conclure que le moyen retenu par le législateur a une portée excessive ou une incidence disproportionnée.

L'objectif de la Loi ne porte pas atteinte à la liberté d'expression. Bien que les actes visés par les dispositions sur le terrorisme du *Code criminel* soient en quelque sorte des activités expressives, la plupart des actes qui tombent sous le coup des dispositions constituent des actes de violence ou des menaces de violence. Comme l'acte de violence, la menace de violence ne bénéficie pas de la garantie prévue à l'al. 2*b*). Qui plus est, la nature particulière des actes énumérés aux div. 83.01(1)*b*)(ii) (A), (B), (C) et (D) justifie que l'on tienne l'encouragement à la perpétration, le complot ou la complicité après le fait pour des actes étroitement liés à la violence ainsi qu'au danger que présente cette violence pour la société canadienne, de sorte qu'aucun n'est protégé par l'al. 2*b*) de la *Charte*. Cependant, point n'est besoin de décider de manière générale si l'encouragement à la perpétration, le complot ou la complicité après le fait sont visés par l'inapplication du droit à la liberté garanti par l'al. 2*b*) de la *Charte*. Interprétée globalement et téléologiquement, la div. 83.01(1)*b*)(ii)(E), qui a dans sa mire la personne qui perturbe intentionnellement des infrastructures indispensables et sans lesquelles la vie peut être gravement bouleversée et la santé publique menacée, ne vise elle aussi que les actes de violence et les menaces de violence. On ne peut toutefois pas

exclure la possibilité que, dans une affaire ultérieure, on arrive à la conclusion que la div. 83.01(1)*b*(ii)(E) réprime une activité protégée. Il s'agira alors de déterminer si la restriction de la liberté d'expression est justifiée suivant l'article premier de la *Charte*.

En l'espèce, sans éléments de preuve, il est impossible d'inférer que la disposition relative au mobile (la div. 83.01(1)*b*(i)(A)) a un effet paralysant sur l'exercice des libertés garanties à l'art. 2. Le libellé de la disposition contestée respecte clairement la diversité en ce qu'il permet l'expression pacifique d'opinions de nature politique, religieuse ou idéologique (par. 83.01(1.1)).

#### *Application des dispositions en l'espèce et détermination de la peine*

Le rétablissement par la Cour d'appel de la disposition relative au mobile n'a pas rendu inéquitables le procès de K et les déclarations de culpabilité dont il a fait l'objet. Le juge du procès conclut précisément que le volet de la définition d'activité terroriste qui correspond au mobile est prouvé hors de tout doute raisonnable, ce qui étaye suffisamment cet élément des infractions pour lesquelles il y a déclaration de culpabilité. Qui plus est, la preuve du mobile et du fait que K savait que les membres de la cellule terroriste et lui partageaient ce mobile était accablante et non contestée pour l'essentiel. L'affirmation de K selon laquelle il aurait témoigné — ou il aurait pu le faire — afin de soulever un doute raisonnable quant au mobile si la disposition n'avait pas été invalidée n'a pas de vraisemblance. En somme, le

rétablissement en appel d'un élément essentiel de l'infraction n'a causé aucun préjudice en l'espèce.

La preuve non contredite dont disposait le juge du procès établit hors de tout doute raisonnable l'inapplication à K de l'exception du conflit armé prévue à l'al. 83.01(1)*b*) in fine, qui dispose que l'activité terroriste ne s'entend pas de l'action ou de l'omission commise au cours d'un conflit armé et conforme au droit international. Il incombe au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que les actes reprochés à l'accusé correspondent à la définition d'activité terroriste, et tout doute raisonnable joue en faveur de l'accusé. Toutefois, comme l'exception du conflit armé offre un moyen de défense, l'accusé doit la faire valoir et prouver son application *prima facie*. En l'espèce, K ne pouvait s'acquitter de cette obligation, car aucune preuve n'étayait l'applicabilité de l'exception. Le juge du procès conclut expressément que K savait que les activités terroristes du groupe débordaient le cadre du conflit armé sévissant en Afghanistan et qu'il partageait les visées terroristes du groupe. De solides éléments de preuve réfutent la thèse que les actes de K s'inscrivaient dans le cadre d'un conflit armé régi par le droit international. Il est invraisemblable que K ait cru que le groupe comptait respecter le droit international ou qu'il s'en soit soulié.

Les prétentions de K selon lesquelles les déclarations de culpabilité sont déraisonnables sont infondées. Cependant, le juge du procès commet de graves erreurs dans la détermination de la sanction qui s'impose. Il minimise bel et bien,

malgré la preuve, la gravité des actes de l'appelant et ne tient pas dûment compte du danger que l'appelant présente toujours pour la société. S'il vaut mieux laisser au juge du procès le soin de décider dans chaque cas de l'importance qu'il convient d'accorder à la réinsertion sociale, en l'espèce, l'absence de données sur les possibilités de réinsertion sociale justifie une peine plus sévère que celle qui aurait convenu autrement. Enfin, l'extrême gravité des infractions de terrorisme en cause dans la présente affaire justifie des peines consécutives totalisant plus de 20 ans d'emprisonnement, et ce, sans entorse au principe de totalité. Les principes généraux de la détermination de la peine, dont celui de la totalité, valent pour les infractions de terrorisme.

## **Jurisprudence**

**Arrêts examinés :** *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *R. c. Malmö-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *R. c. Clay*, 2003 CSC 75, [2003] 3 R.C.S. 735; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; **distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. Déry*, 2006 CSC 53, [2006] 2 R.C.S. 669; **arrêts mentionnés :** *Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70; *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.R. 729; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Criminal Code (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *United States of America c. Nadarajah*, 2010 ONCA 857, 109 O.R. (3d) 680; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *R. c. Ahmad* (2009), 257 C.C.C. (3d) 199; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Greater*

*Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants* — *Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Downey*, 2010 ONSC 1531 (CanLII); *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500.

### **Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2, 7.

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, partie II.1, art. 83.01(1) « activité terroriste », « groupe terroriste », *a*), *b*), (1.1), 83.02, 83.03, 83.04, 83.05, 83.18, 83.19, 83.2, 83.21, 83.23, 83.24, 83.26, 686(1)*b*(iii), 718*c*), 718.2, 719.

*Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41.

### **Doctrine et autres documents cités**

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, n° 95, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 16 octobre 2001, p. 6165.

Davis, Kevin E. « Cutting off the Flow of Funds to Terrorists: Whose Funds? Which Funds? Who Decides? », in Ronald J. Daniels, Patrick Macklem and Kent Roach, eds., *The Security of Freedom : Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*. Toronto : University of Toronto Press, 2001, 299.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2011, release 1).

Nations Unies. Conseil de sécurité. N.U. Doc. S/Res/1373, 28 septembre 2001.

Parent, Hugues, et Julie Desrosiers. *Traité de droit criminel*, t. 3, *La peine*. Montréal : Thémis, 2012.

Roach, Kent. « Terrorism Offences and the Charter : A Comment on R. v. Khawaja » (2007), 11 *Can. Crim. L.R.* 271.

Roach, Kent. « The New Terrorism Offences and the Criminal Law », in Ronald J. Daniels, Patrick Macklem and Kent Roach, eds., *The Security of Freedom : Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*. Toronto : University of Toronto Press, 2001, 151.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Moldaver et Cronk), 2010 ONCA 862, 103 O.R. (3d) 321, 271 O.A.C. 238, 82 C.R. (6th) 122, 273 C.C.C. (3d) 415, [2010] O.J. No. 5471 (QL), 2010 CarswellOnt 9672, qui a annulé une décision du juge Rutherford en matière constitutionnelle (2006), 214 C.C.C. (3d) 399, 42 C.R. (6th) 348, 147 C.R.R. (2d) 281, [2006] O.J. No. 4245 (QL), 2006 CarswellOnt 6551, qui a confirmé les déclarations de culpabilité inscrites par le juge Rutherford (2008), 238 C.C.C. (3d) 114, [2008] O.J. No. 4244 (QL), 2008 CarswellOnt 6364, et qui a modifié les peines infligées par le juge Rutherford (2009), 248 C.C.C. (3d) 233, [2009] O.J. No. 4279 (QL). Pourvoi rejeté.

*Lawrence Greenspon et Eric Granger*, pour l'appelant.

*Croft Michaelson et Ian Bell*, pour l'intimée.

*Michael Bernstein*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Yan Paquette et Louis-Philippe Lampron*, pour l'intervenant le Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval.

*Anil K. Kapoor* et *Lindsay L. Daviau*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Kent Roach* et *Michael Fenrick*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

## I. Introduction

[1] L'appelant, Mohammad Momin Khawaja, a été déclaré coupable de cinq infractions sous le régime de la partie II.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (les dispositions sur le terrorisme). Il a été condamné à l'emprisonnement à perpétuité et, concurremment, à 24 ans d'emprisonnement sans possibilité de libération conditionnelle avant 10 ans. Il se pourvoit devant la Cour en invoquant différents moyens qui peuvent être résumés comme suit : (1) les dispositions de la partie II.1 du *Code criminel* en application desquelles il a été déclaré coupable vont à l'encontre de la *Charte canadienne des droits et libertés* et sont inconstitutionnelles; (2) elles ont été mal appliquées ou mal interprétées, ce qui a donné lieu à un procès

inéquitable ou à un verdict déraisonnable; (3) la Cour d'appel de l'Ontario a commis une erreur dans la détermination de la peine.

[2] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter chacune des prétentions de l'appelant. Les questions en litige dans la présente affaire recourent celles des pourvois connexes *Sriskandarajah* et *Nadarajah* (*Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70). Par souci pratique, j'examine ci-après toutes les questions constitutionnelles que soulèvent ces affaires.

## II. La preuve

[3] Les faits correspondant aux infractions ne sont pas contestés pour l'essentiel. Une volumineuse correspondance électronique atteste sans équivoque l'adhésion idéologique de l'appelant au « *jihād* » armé et aux activités menées en son nom au Canada et ailleurs dans le monde afin de promouvoir le terrorisme d'inspiration jihadiste.

[4] L'appelant vivait au Canada avec ses frères et sa sœur lorsqu'il est devenu obsédé par Oussama ben Laden et ses préceptes. Il a commencé à communiquer avec d'autres partisans de la violence exercée au nom de l'Islam. Il appelait certains de ses interlocuteurs ses « frères ». Il a correspondu clandestinement par courriel avec Junaid Babar, un Américain de descendance pakistanaise qui a reconnu par la suite à New York sa culpabilité à cinq chefs d'accusation d'appui matériel ou financier à Al-Qaida. Il a également eu une correspondance soutenue

avec le dirigeant d'une cellule terroriste basée à Londres, au Royaume-Uni (le « R.-U. »), Omar Khyam. Ce dernier et d'autres personnes ont été déclarés coupables de complot en vue de commettre des attentats à la bombe au R.-U. et ailleurs en Europe.

[5] L'appelant a maintes fois offert son aide à Khyam et à Babar. Il a versé de l'argent à Khyam pour financer un attentat à la bombe au R.-U. ou ailleurs en Europe. Il a remis à Babar de l'argent liquide, du matériel et des cartes SIM devant permettre à Babar de communiquer avec Khyam pendant le transport de détonateurs vers l'Europe. Il a en outre fourni des fonds pour appuyer les activités « jihadistes » de Babar, de Khyam et de ses « frères ». Il a conçu un détonateur à distance qu'il a nommé le « hifidigimonster », puis a offert de le faire entrer clandestinement au R.-U. et d'en apprendre le maniement aux membres de la cellule britannique. Il a recruté une femme à Ottawa pour faciliter les transferts de fonds. Il a également offert de se procurer des lunettes de vision nocturne dont pourraient se servir les membres du groupe.

[6] L'appelant s'est rendu au Pakistan, à l'occasion seul, parfois avec Khyam, et il a participé à un camp d'entraînement au maniement d'armes légères organisé par Babar. Il a mis à la disposition de ses « frères » la résidence de ses parents au Pakistan. Il a proposé que les membres de la cellule du R.-U se rendent au Canada afin de s'y entraîner au maniement d'armes. Dans un courriel, il a aussi proposé à Khyam de confier à un partisan de sa cellule une mission suicide en Israël.

[7] Le 29 mars 2004, la GRC a arrêté l'appelant et soumis à une perquisition sa maison située à Ottawa, dans le secteur Orléans. Elle a saisi le « hifidigimonster », des composants et dispositifs électroniques, des pièces permettant de fabriquer d'autres détonateurs à distance, des documents expliquant le processus d'assemblage du dispositif, des documents explicatifs relativement au « hifigimonster », des appareils électroniques, des armes, y compris des fusils et des munitions de calibre militaire, des disques durs, la somme de 10 300 \$ en billets de cent dollars, des livres sur l'armée et sur le *jihad*. Nulle capsule détonante ou autre forme de détonateur, ni aucun composant explosif n'ont été découverts.

### III. L'historique judiciaire

[8] Par voie de mise en accusation directe, sept accusations ont été portées contre l'appelant en application des dispositions sur le terrorisme du *Code criminel*. L'appelant a présenté une requête préliminaire de nature constitutionnelle (accueillie en partie) et une requête sollicitant un verdict imposé d'acquiescement (rejetée). Après avoir opté pour un procès devant juge seul, il a été déclaré coupable de cinq accusations et de deux infractions incluses.

#### A. *La contestation constitutionnelle préalable (2006), 214 C.C.C. (3d) 399*

[9] Avant son procès, l'appelant a demandé au tribunal de déclarer inconstitutionnelles certaines des dispositions du *Code criminel* portant sur le terrorisme (par. 83.01(1), al. 83.03a), art. 83.18, par. 83.18(1), al. 83.18(3a),

art. 83.19, art. 83.2 et par. 83.21(1)). Le juge des requêtes a conclu que ces dispositions n'étaient pas inconstitutionnelles pour cause d'imprécision ou de portée excessive.

[10] Toutefois, il a estimé que la div. 83.01(1)*b*(i)(A), qui prévoit qu'une activité terroriste est une action ou omission commise au nom — exclusivement ou non — « d'un but, d'un objectif ou d'une cause de nature politique, religieuse ou idéologique », portait atteinte *prima facie* aux droits reconnus aux al. 2*a*), *b*) et *d*) de la *Charte*. À son avis, cette « disposition relative au mobile » [TRADUCTION] « fait porter l'enquête policière et l'examen du poursuivant sur les croyances, les opinions et les idées exprimées par des personnes ou des groupes », ce qui a un effet paralysant sur l'expression des croyances et des opinions (par. 58). Il conclut que l'atteinte ne peut être justifiée au regard de l'article premier et retranche donc la disposition relative au mobile du par. 83.01(1).

B. *Le procès (2008), 238 C.C.C. (3d) 114*

[11] Au procès, le juge a tenu pour acquis que la disposition relative au mobile était retranchée de la Loi, puis il a déclaré l'appelant coupable de sept infractions.

[12] Le juge du procès conclut que la culpabilité aux deux premiers chefs (avoir eu l'intention de causer une explosion aux conséquences déterminées sur l'ordre d'un groupe terroriste et avoir eu en sa possession une substance explosive dans le but de permettre à un groupe terroriste de mettre autrui en danger) exige la

preuve de la connaissance du complot d'attentat à la bombe fomenté par la cellule du R.-U., une preuve que le ministère public n'a pas faite hors de tout doute raisonnable. L'avocat de la défense ayant reconnu que des éléments établissaient la perpétration d'infractions incluses moins graves, sur le premier chef, le juge déclare l'appelant coupable d'avoir travaillé à la conception d'un détonateur contrairement à l'al. 81(1)a) du *Code criminel* et, sur le deuxième chef, d'avoir eu en sa possession une substance explosive, contrairement à l'al. 81(1)d). Il suspend conditionnellement la procédure relativement à ce dernier chef en application de l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729. Il conclut que, pour les cinq autres chefs d'accusation, la culpabilité ne dépend pas de ce que l'appelant savait ou non que la cellule britannique planifiait un attentat à la bombe. Voici quelles sont en résumé ses conclusions pour chacun des autres chefs :

Troisième chef: L'appelant a fait partie d'un groupe terroriste en se rendant dans un camp d'entraînement situé dans le nord du Pakistan pour y apprendre le maniement des armes en vue d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter;

Quatrième chef: L'appelant, en recourant à la ruse, a amené une jeune femme à servir d'intermédiaire pour le transfert de fonds dans le but d'accroître la capacité du groupe de Khyam de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter;

Cinquième chef: L'appelant a mis la résidence pakistanaise de ses parents à la disposition du groupe de Khyam en vue de la poursuite d'un objectif commun, à savoir le *jihad* armé, rendant ainsi des biens disponibles aux fins de faciliter une activité terroriste ou au bénéfice d'un groupe terroriste;

Sixième chef: Tous les actes de l'appelant liés à la mise au point d'un détonateur à distance ont emporté sa participation ou sa contribution à l'activité d'un groupe terroriste dans le but d'accroître la capacité de ce groupe de se livrer à une activité terroriste;

Septième chef: L'appelant a sciemment facilité le terrorisme, notamment en remettant à Babar de l'argent, une trousse médicale, des cartes SIM et des stylos à l'encre invisible, en offrant de se procurer du matériel, en proposant que Khyam et un autre membre du groupe s'entraînent au tir au Canada, en offrant un cours d'électronique, en proposant qu'un tiers se voit confier une mission suicide en Israël, en envisageant la possibilité de mettre ses compétences en informatique au service de ses « frères ».

[13] Le juge du procès conclut que la cellule britannique constituait un groupe terroriste au sens des dispositions sur le terrorisme du *Code criminel*. Après avoir pris connaissance d'office de données tirées entre autres de documents disponibles sur le site Web des Nations Unies, il statue que l'activité insurrectionnelle menée en Afghanistan constitue une activité terroriste parce qu'elle sème la mort et la

destruction et qu'elle vise à intimider la population afghane et à réduire l'appui dont jouit le gouvernement légitime. Dès lors, en appuyant l'insurrection contre les forces de la coalition en Afghanistan et en se préparant à y prendre part, la cellule britannique facilitait l'activité terroriste et pouvait être considérée comme un groupe terroriste. Le juge statue que l'appelant [TRADUCTION] « savait qu'il avait affaire à un groupe dont la raison d'être englobait l'activité terroriste au sens des dispositions sur le terrorisme du *Code criminel* » (par. 131).

[14] Le juge du procès refuse d'appliquer l'exception que prévoit le sous-al. 83.01(1)*b*) *in fine* à l'égard du conflit armé. Suivant cette disposition, l'activité terroriste ne s'entend pas de l'acte (action ou omission) commis au cours d'un conflit armé et conforme au droit international. Le juge conclut que ni l'appelant ni aucun membre de la cellule britannique n'étaient engagés dans un conflit armé.

C. *La peine* (2009), 248 C.C.C. (3d) 233

[15] Le juge du procès prend en compte l'effet atténuant de la situation personnelle de l'appelant, mais il souligne l'absence de données sur l'attitude ou le comportement ultérieur prévisible de l'appelant qui résulte de son refus d'être interrogé aux fins de l'établissement d'un rapport présentenciel. Il conclut que, même si pour déterminer la peine infligée à l'auteur d'un acte de terrorisme, il faut mettre l'accent sur la dénonciation, la dissuasion et la protection du public, la possibilité de la réinsertion sociale doit être considérée. Le juge refuse de condamner l'accusé à la

peine dont ont écopé les membres de la cellule du R.-U. — l'emprisonnement à perpétuité —, car il n'est pas convaincu qu'il y a identité de délinquance et de circonstances entre l'appelant et ces derniers. Il estime plutôt que l'appelant n'a été qu'un partisan enthousiaste et dévoué.

[16] Le juge du procès condamne l'appelant à 10 ans et demi d'emprisonnement, dont il ne retrace pas la durée de la détention avant procès afin de ne pas contrevenir au principe de l'exemplarité de la peine. Il fixe à 5 ans la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle vu l'absence d'élément de preuve selon lequel l'appelant a des remords, désire s'amender ou s'engage à respecter désormais les lois et les valeurs canadiennes.

*D. La Cour d'appel, 2010 ONCA 862, 103 O.R. (3d) 321*

[17] La Cour d'appel de l'Ontario rejette l'appel formé par l'appelant contre sa déclaration de culpabilité. Elle estime cependant que le juge du procès a tort de conclure à l'inconstitutionnalité de la disposition relative au mobile. Pour elle, l'activité expressive qui revêt une forme de violence n'est pas protégée par l'al. 2b) de la *Charte*, car la violence sape les valeurs mêmes qui sous-tendent le droit à la liberté d'expression. Pour la même raison, la menace de violence ne bénéficie pas non plus de la protection constitutionnelle. Partant, la Loi restreint une forme d'expression qui sape les principes sous-jacents à la liberté d'expression et, par conséquent, elle ne saurait porter atteinte au droit garanti à l'al. 2b). En outre, la Cour d'appel statue que la conclusion du juge du procès sur l'effet paralysant des

dispositions contestées s'appuie entièrement sur des hypothèses plutôt que sur quelque élément établissant que des membres de la collectivité se sentent effectivement restreints dans l'expression de leurs croyances ou de leurs opinions.

[18] La Cour d'appel convient par ailleurs avec le juge du procès que l'exception du conflit armé ne s'applique pas aux actes reprochés. Nul élément de preuve n'établit que l'appelant ou les insurgés afghans se sont livrés à un conflit armé *conforme au droit international*. Le dossier révèle que l'appelant lui-même considérait que sa participation au *jihad* armé était illégale. Qui plus est, ses actes visaient à appuyer l'activité terroriste tant sur le territoire afghan, où des combats faisaient rage, qu'à l'extérieur de ce territoire.

[19] Selon la Cour d'appel, le juge du procès n'a pas tort de prendre connaissance d'office de la nature des hostilités qui ont cours en Afghanistan. De plus, les déclarations de culpabilité qu'il inscrit lui paraissent amplement étayées par le dossier et raisonnables.

[20] Enfin, la Cour d'appel rejette l'appel à l'encontre des peines interjeté par l'appelant, mais accueille l'appel incident du ministère public. Elle substitue l'emprisonnement à perpétuité à la peine infligée pour la fabrication d'un détonateur en vue de causer une explosion meurtrière. Soulignant la gravité des actes, elle inflige pour les autres chefs des peines consécutives totalisant 24 ans d'emprisonnement devant être purgées concurremment avec l'emprisonnement à vie

et fixe à 10 ans plutôt qu'à 5 la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle.

#### IV. Les dispositions législatives

[21] La *Loi antiterroriste*, L.C 2001, ch. 41, dont une composante constitue désormais la partie II.1 du *Code criminel* (la «Loi») a été adoptée en 2001 dans la foulée des attentats d'Al-Qaïda aux États-Unis et de la Résolution 1373 du Conseil de sécurité des Nations Unies exhortant les États membres à prendre des mesures pour prévenir et réprimer l'activité terroriste (Doc. N.U. S/Rés./1373). La Loi est censée offrir des moyens de prévenir les actes de terrorisme et de les réprimer : *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248.

[22] Bien que son adoption ait pu être accélérée par les attentats du 11 septembre 2001, la Loi s'inscrit dans un contexte beaucoup plus large, notamment sur le plan historique. Comme en témoignent les attendus de la résolution 1373 des Nations Unies, les événements du 11 septembre participaient d'une menace internationale toujours grandissante. Après les attentats qui avaient fait exploser un appareil d'Air India en plein vol et un sac de voyage à l'aéroport Narita, le Canada était conscient de la menace. La Loi n'est pas une loi d'exception, mais fait bel et bien partie du droit criminel canadien (*Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, au par. 39).

[23] Selon l'appelant, le par. 83.01(1) de la Loi, qui renferme les définitions, contrevient aux garanties de la *Charte*, notamment aux libertés de religion et d'expression. Voici comment sont définies, de manière générale, l'« activité terroriste » et le « groupe terroriste », et quelles sont les infractions créées par la Loi. Le texte intégral des dispositions applicables est reproduit en annexe.

[24] L'« activité terroriste » s'entend (i) d'un acte — action ou omission — commis au Canada ou à l'étranger qui, s'il était perpétré au pays, constituerait l'une des infractions énumérées à l'al. 83.01(1)*a*) ou (ii) d'un acte — action ou omission — , d'un complot, d'une tentative, d'une menace, d'une complicité après le fait ou d'un encouragement à la perpétration, qui a l'une ou l'autre des conséquences mentionnées aux div. 83.01(1)*b*)(ii)(A) à (E). Ces conséquences sont les blessures graves d'une personne ou sa mort causées par l'usage de la violence (div. (A)), la mise en danger de la vie d'une personne (div. (B)), l'atteinte grave à la santé ou à la sécurité de tout ou partie de la population (div. (C)), les dommages matériels considérables causés à des biens publics ou privés lorsqu'il est probable que l'une des situations mentionnées aux div. (A) à (C) en résultera (div. (D)) ou le fait que soient perturbés gravement ou paralysés des services, installations ou systèmes essentiels, publics ou privés, sauf dans le cadre de revendications, de protestations ou de manifestations de désaccord ou d'un arrêt de travail qui n'ont pas pour but de provoquer l'une des situations mentionnées aux div. (A) à (C) (div. (E)). Toutefois, l'acte qui tombe par ailleurs sous le coup des div. 83.01(1)*b*)(ii)(A) à (E) ne constitue pas une « activité terroriste »

lorsqu'il bénéficie de l'exception du conflit armé conforme aux règles applicables du droit international en la matière (par. 83.01(1) *in fine*).

[25] En outre, l'action ou l'omission qui emporte l'une des conséquences mentionnées aux div. 83.01(1)*b*(ii)(A) à (E) ne constitue une « activité terroriste » que si elle s'accompagne de l'état mental voulu, à savoir l'intention de causer l'une de ces conséquences. De plus, l'action ou l'omission doit avoir pour dessein ultérieur d'intimider tout ou partie de la population quant à sa sécurité ou de contraindre une personne, un gouvernement ou une organisation nationale ou internationale à accomplir un acte ou à s'en abstenir (div. 83.01(1)*b*(i) (B)). Enfin, l'action ou l'omission doit intervenir au nom — exclusivement ou non — d'un but, d'un objectif ou d'une cause de nature politique, religieuse ou idéologique (div. 83.01(1)*b*(i)(A)).

[26] Un «groupe terroriste» s'entend d'une personne ou d'un groupe dont l'un des objets ou l'une des activités consiste à se livrer à des activités terroristes ou à les faciliter, ou d'une personne ou d'un groupe inscrit sur la liste établie en vertu de l'art. 83.05.

[27] Puis, à partir de ces définitions, la Loi crée un certain nombre d'infractions, dont les suivantes :

- Fournir ou rendre disponibles des biens ou des services à des fins terroristes (art. 83.03) (emprisonnement maximal de 10 ans);

- Participer à une activité d'un groupe terroriste ou y contribuer (art. 83.18) (emprisonnement maximal de 10 ans);
- Faciliter une activité terroriste (art. 83.19) (emprisonnement maximal de 14 ans);
- Charger une personne de se livrer à une activité pour un groupe terroriste (art. 83.21) (emprisonnement à perpétuité).

[28] Les chefs dont l'appelant est déclaré coupable font intervenir toutes ces infractions d'une manière ou d'une autre.

[29] Les infractions de terrorisme emportent l'application de dispositions particulières au chapitre de la détermination de la peine. Suivant l'art. 83.26, les peines infligées sont purgées consécutivement. De plus, l'art. 718.2 dispose que la perpétration d'un acte de terrorisme est considérée comme une circonstance aggravante aux fins de la détermination de la peine. Enfin, voici les dispositions de la *Charte* qui sont pertinentes aux fins du pourvoi. La thèse de la portée excessive formulée dans les pourvois connexes prend appui sur l'art. 7 de la *Charte*:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[30] Dans la présente affaire, l'appelant fonde sur l'art. 2 de la *Charte* sa prétention selon laquelle les dispositions en cause sont inconstitutionnelles :

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

a) liberté de conscience et de religion;

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

c) liberté de réunion pacifique;

d) liberté d'association.

[31] Toute atteinte à une liberté garantie par la *Charte* peut être justifiée au regard de l'article premier, qui dispose :

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

## V. Les questions en litige

[32] A. *Constitutionnalité des dispositions*

1. L'article 83.18 du Code criminel viole-t-il le droit garanti à l'article 7 de la *Charte*?

a) *critère relatif à la portée excessive*

b) *portée de la Loi*

c) *objectif de la Loi*

d) *les dispositions contestées ont-elle une portée plus grande que nécessaire ou une incidence disproportionnée?*

2. La Loi, à savoir la disposition relative au mobile, porte-t-elle atteinte aux libertés garanties à l'article 2 de la Charte?

a) *inconstitutionnalité de l'objet*

b) *inconstitutionnalité de l'effet*

3. Conclusion sur la constitutionnalité des dispositions

#### B. *Application des dispositions*

1. L'invalidation de la disposition relative au mobile puis son rétablissement ultérieur ont-ils rendu le procès et les déclarations de culpabilité inéquitables?

2. L'exception du conflit armé s'applique-t-elle?

3. Les verdicts étaient-ils déraisonnables?

C. *La Cour d'appel a-t-elle eu tort d'annuler la peine infligée par le juge du procès et d'y substituer l'emprisonnement à perpétuité?*

[33] L'appelant conteste la constitutionnalité de la Loi au seul motif que son effet paralysant violerait les libertés garanties à l'art. 2 de la *Charte*. Dans les pourvois connexes, les appelants allèguent également l'atteinte à la liberté garantie à l'al. 2b) de la *Charte* et l'inconstitutionnalité de l'art. 83.18 au motif que sa portée est excessive contrairement à l'art. 7 de la *Charte*.

## VI. Analyse

### A. *Constitutionnalité des dispositions*

#### 1. L'article 83.18 du *Code criminel* viole-t-il le droit garanti par l'article 7 de la *Charte*?

[34] Par voie de requête préalable, l'appelant a contesté la constitutionnalité des dispositions en application desquelles il était accusé au motif qu'elles étaient imprécises et avaient une portée excessive. Le juge du procès a rejeté la prétention, et l'appelant ne la fait plus valoir devant la Cour. Toutefois, dans les pourvois connexes, l'art. 83.18 du *Code criminel* est contesté parce qu'il aurait une portée excessive. Comme l'issue des trois affaires tient en fin de compte à la constitutionnalité de la Loi, je me prononce, dans les présents motifs, sur toutes les allégations d'inconstitutionnalité, dont celle de la portée excessive.

[35] Un principe de justice fondamentale veut que les lois de nature pénale ne doivent pas avoir de portée excessive. Aux termes de l'art. 7 de la *Charte*, la disposition qui restreint le droit à la liberté d'une personne qui y est assujettie doit le faire en conformité avec les principes de justice fondamentale. La disposition criminelle qui restreint le droit à la liberté plus qu'il ne le faut pour atteindre l'objectif qui la sous-tend ne respecte pas ces principes. Sa portée est alors excessive. Dans les pourvois connexes, les appelants Nadarajah et Sriskandarajah font valoir que, ensemble, la définition d'activité terroriste (par. 83.01(1)) et la disposition qui fait de

la participation à l'activité terroriste une infraction (art. 83.18) confèrent une portée excessive à la Loi en criminalisant un comportement qui ne crée aucun risque de préjudice et qui n'a qu'un lien ténu avec l'objectif législatif de prévenir l'activité terroriste.

[36] J'examine d'abord le critère juridique relatif à la portée excessive, puis je l'applique à la définition d'activité terroriste et à l'interdiction de participer à une activité terroriste.

a) *Le critère relatif à la portée excessive*

[37] Dans l'arrêt *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, la Cour explique qu'une loi a une portée excessive lorsque l'État, dans le but d'atteindre un objectif légitime, recourt à des mesures dont la portée est plus grande que nécessaire pour atteindre cet objectif. La déférence s'impose à l'égard du législateur lorsqu'il s'agit de déterminer si la mesure qu'il a prise a une portée excessive.

[38] Les appelants prétendent que la Loi a une portée excessive en ce qu'elle a une incidence totalement disproportionnée à son objet. Ils confondent portée excessive et caractère totalement disproportionné. Dans *Heywood*, la Cour laisse entendre que la seconde notion est subsumée sous la première : « [L]orsqu'une loi a une portée excessive, il s'ensuit qu'elle est arbitraire ou disproportionnée dans certaines de ses applications » (à la p. 793). Toutefois, dans *Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, un arrêt portant sur la possession de marijuana, la Cour semble

reconnaître que le caractère totalement disproportionné constitue une atteinte distincte aux principes de justice fondamentale. Une certaine confusion découle du fait que le pourvoi *R. c. Clay*, 2003 CSC 75, [2003] 3 R.C.S. 735 (connexe à *Malmo-Levine*) permet de conclure que le caractère totalement disproportionné d'une disposition correspond seulement au critère au regard duquel s'apprécie la portée excessive. La Cour y indique en effet que « la portée excessive s'attache aux atteintes potentielles à la justice fondamentale lorsque l'effet préjudiciable d'une mesure législative sur les personnes qu'elle touche est [totalement] disproportionné par rapport à l'intérêt général que le texte de loi tente de protéger » (par. 38, italique employé dans l'original).

[39] La doctrine et la jurisprudence suggèrent toujours que la portée excessive d'une disposition et son caractère totalement disproportionné sont des concepts distincts, du moins sur le plan analytique. En effet, pour le professeur Hogg, le caractère totalement disproportionné est la doctrine [TRADUCTION] « sœur » de la portée excessive. (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl.), vol. 2, aux p. 47-58). Qui plus est, dans *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, ces deux atteintes font l'objet de rubriques différentes (par. 133-135).

[40] Dans le présent pourvoi, je ne me prononce pas sur la question de savoir si la portée excessive et le caractère totalement disproportionné correspondent à des doctrines constitutionnelles distinctes. Ce sont certes des concepts interreliés, mais

peut-être n'offrent-ils que deux angles différents d'appréciation d'un seul et même manquement aux principes de justice fondamentale. Il y a portée excessive lorsque le législateur opte pour un moyen dont la portée est plus grande que nécessaire pour atteindre l'objectif de l'État, et il y a disproportion totale lorsque les actes de l'État ou les réponses du législateur à un problème sont « à ce point extrêmes qu'ils sont disproportionnés à tout intérêt légitime du gouvernement » (*Canada (Procureur général c. PHS Community Services*, au par. 133, souligné dans l'original; voir aussi *Malmo-Levine*, au par. 143). Pour statuer sur la contestation constitutionnelle des appelants fondée sur l'art. 7, (1) j'examine la portée de la Loi, (2) je détermine l'objectif de la Loi, puis (3) je me demande si le moyen retenu par le législateur a une portée plus grande que nécessaire pour atteindre l'objectif de l'État et si la Loi a une incidence totalement disproportionnée à cet objectif. J'examine donc la portée excessive et la disproportion totale en une seule et même étape, sans toutefois statuer s'il s'agit ou non d'atteintes distinctes aux principes de justice fondamentale.

b) *La portée de la loi*

[41] Le paragraphe 83.18(1) criminalise la participation ou la contribution à une activité d'un groupe terroriste. Pour être déclaré coupable, l'accusé doit avoir a) sciemment b) participé ou contribué, c) directement ou non, d) à quelque activité d'un groupe terroriste e) dans le but d'accroître la capacité de tout groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter. Le paragraphe (2) précise que, pour obtenir une déclaration de culpabilité, le ministère public n'a pas à prouver que a) le

groupe terroriste s'est effectivement livré à une activité terroriste ou l'a facilitée, que b) les actes de l'accusé ont effectivement accru la capacité d'un groupe terroriste de ce faire ou que c) l'accusé connaissait la nature exacte de toute activité terroriste à laquelle s'est livré un groupe terroriste ou que ce dernier a facilitée. Comme le conclut Cour d'appel de l'Ontario dans *United States of America c. Nadarajah*, 2010 ONCA 857, 109 O.R. (3d) 680,

[TRADUCTION] le par. 83.18 vise la personne qui, par ses actes, participe ou contribue consciemment aux activités d'un groupe dont elle connaît les visées terroristes. De plus, les actes doivent être accomplis dans le but précis d'accroître la capacité du groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste au sens défini, ou de la faciliter [par. 28].

[42] Les appelants prétendent que la portée de l'art. 83.18 est excessive parce qu'elle englobe l'acte qui ne contribue pas concrètement à la création du risque de terrorisme, telle la participation, directe ou non, à des activités légitimes, inoffensives ou de bienfaisance menées par un groupe terroriste. Ils font valoir que, [TRADUCTION] «à défaut de s'être explicitement dissociée de l'idéologie terroriste du groupe, la personne qui participe à toute activité de ce dernier est susceptible de se voir imputer l'intention d'accroître la capacité de ce groupe de se livrer à une activité terroriste» (mémoire de l'appelant *Nadarajah*, au par. 35, je souligne). Ainsi, une personne innocente, qu'elle partage ou non les visées terroristes d'un groupe, pourrait être accusée sur le fondement de l'art. 83.18 pour le seul motif qu'elle a assisté à une activité visant à accroître la visibilité organisée par le volet caritatif d'un groupe qui s'adonne par ailleurs au terrorisme. Le professeur Roach estime que même l'avocat

ou le médecin qui offre légitimement ses services professionnels à un terroriste connu pourrait tomber sous le coup de l'art. 83.18 : voir K. Roach, « The New Terrorism Offences and the Criminal Law », dans R. J. Daniels, P. Macklem et K. Roach, dir., *The Security of freedom : Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill* (2001), 151, p. 161. Les appelants soutiennent que ces éventualités étayent leurs allégations de portée excessive de la Loi.

[43] L'appréciation de leur thèse exige d'abord d'interpréter l'art. 83.18 afin d'en déterminer la portée véritable : *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, le juge en chef Lamer, au par. 10.

[44] Comme toutes autres mesures législatives, les dispositions sur le terrorisme du *Code criminel* doivent être interprétées à la lumière de leur objet, lequel est de « fournir des moyens de prévenir et de punir les actes de terrorisme » (*Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, au par. 39) —, *non pas* de punir la personne qui prend part à une activité inoffensive, socialement utile ou spontanée et contribue sans le vouloir et de manière indirecte à une activité terroriste.

[45] Étant donné cet objet, la perpétration de l'infraction exige un degré élevé de *mens rea*. Pour obtenir une déclaration de culpabilité, il faut démontrer non seulement que la personne a « sciemment » participé ou contribué à l'activité terroriste, mais que ses gestes ont été accomplis « dans le but » d'accroître la capacité du groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter. L'emploi des mots « dans le but » à l'art. 83.18 peut donner à penser qu'il incombe au

poursuivant d'établir [TRADUCTION] «un degré particulièrement élevé d'intention subjective d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste » (K. Roach, « Terrorism Offences and the Charter : A Comment on *R. v. Khawaja* » (2007), 11 *Can. Crim. L. R.* 271, à la p. 285).

[46] Pour démontrer que l'accusé avait l'intention *subjective* d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter, il faut établir qu'il *entendait précisément* que ses actes aient un tel effet général. Point n'est besoin de prouver l'intention liée à la nature précise de l'activité terroriste, telle la mort d'une personne lors d'un attentat à la bombe (al. 83.18(2)c)). Il suffit de prouver l'intention que ses actes accroissent la capacité du groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter.

[47] Cette exigence accrue au chapitre de la *mens rea* a pour effet de soustraire à une accusation fondée sur l'art. 83.18 la personne qui prête son appui à un groupe terroriste à son insu ou pour une raison valable. Les rapports sociaux ou professionnels avec des terroristes — lors, par exemple, d'interactions normales avec des amis ou des parents — n'emportent pas la perpétration de l'infraction créée à l'art. 83.18 lorsque l'intention spécifique d'accroître la capacité du groupe terroriste n'est pas démontrée. La disposition exige une faute subjective et non seulement l'omission, par négligence, de prendre des mesures raisonnables pour éviter d'aider involontairement des terroristes (voir K. Roach, « Terrorism Offences and the Charter : A Comment on *R. v. Khawaja* », à la p. 285). Par exemple, il se peut que

l'avocat qui représente un terroriste connu sache que, si son client a gain de cause, il continuera de contribuer au terrorisme. Cependant, l'avocat ne peut être déclaré coupable en application de l'art. 83.18 que s'il a l'intention spécifique de permettre à son client de poursuivre ses activités terroristes, et non s'il entend simplement le faire bénéficier d'une défense pleine et entière devant la justice.

[48] Avant de déclarer une personne coupable de l'infraction prévue à l'art. 83.18, le juge doit être convaincu hors de tout doute raisonnable que la personne avait l'intention d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter. L'intention se démontre par preuve directe ou s'infère de la preuve de ce que savait l'accusé et de la nature de ses actes.

[49] Selon les appelants, même si la portée de l'art. 83.18 est circonscrite par l'exigence d'un degré élevé de *mens rea*, elle demeure excessive, car la disposition criminalise le comportement qui, même s'il est motivé par l'intention d'accroître la capacité d'un groupe terroriste, n'en est pas moins foncièrement inoffensif. Par exemple, la personne qui participe à une manifestation pacifique organisée par le volet caritatif d'un groupe terroriste, dans l'intention spécifique de conférer une crédibilité à ce dernier et d'accroître de ce fait la capacité du groupe de se livrer à des activités terroristes, ne contribue pas nécessairement de manière importante au terrorisme. Pourtant, il ressort du sens ordinaire des mots employés à l'art. 83.18 que cette personne pourrait se voir reconnaître coupable de participation à une activité de terrorisme.

[50] Leur thèse tient à une interprétation erronée de la disposition. Le comportement qui présente au plus un risque négligeable d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter ne correspond pas à l'*actus reus* de l'infraction. Bien que le par. 83.18(1) sanctionne quiconque « participe à une activité d'un groupe terroriste, ou y contribue », il ressort du contexte que l'intention du législateur n'était pas de criminaliser le comportement qui présente un risque négligeable de préjudice ou qui n'en présente aucun. En effet, l'auteur de l'infraction encourt un emprisonnement maximal de dix ans et s'expose à une stigmatisation importante. Cette disposition a pour objet de criminaliser le comportement qui présente un risque véritable pour la société canadienne.

[51] Suivant une interprétation téléologique et contextuelle de l'art. 83.18, la « participation » ou la « contribution » à une activité terroriste ne peut s'entendre que d'un comportement qui présente un risque de préjudice dépassant le seuil minimal. Si presque toute interaction avec un groupe terroriste comporte un certain risque d'accroître indirectement sa capacité malfaisante, la portée de l'art. 83.18 exclut le comportement qui, pour une personne raisonnable, ne serait pas susceptible d'accroître sensiblement la capacité d'un groupe terroriste *de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter*.

[52] L'issue d'une telle appréciation fondée sur l'optique d'une personne raisonnable dépend de la nature du comportement et des circonstances en cause. Par exemple, le restaurateur qui sert un repas à un terroriste connu n'accroît pas

sensiblement la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter (K. E. Davis, « Cutting off the Flow of Funds to Terrorists : Whose Funds? Which Funds? Who Decides? », dans R. J. Daniels, P. Macklem et K. Roach, dir., 299, à la p. 301). Par contre, donner des leçons de pilotage à un terroriste connu est nettement de nature à accroître sensiblement la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, n° 95, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 16 octobre 2001, à la p. 6165 (hon. Anne McLellan)).

[53] Je conclus de l'interprétation téléologique de l'*actus reus* et de la *mens rea* exigés à l'art. 83.18 qu'il ne peut y avoir déclaration de culpabilité (i) pour un acte innocent ou socialement utile accompli sans intention d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter, ni (ii) pour un acte qu'une personne raisonnable ne tiendrait pas pour susceptible d'accroître sensiblement cette capacité.

[54] Ayant conclu que la portée de la Loi est moins grande que ne le prétendent les appelants, je passe maintenant au deuxième volet de l'analyse, à savoir l'objectif de la Loi.

c) *L'objectif de la Loi*

[55] Les parties conviennent que l'objectif des dispositions sur le terrorisme est de *prévenir et* de réprimer les actes de terrorisme. Selon le ministère public, la

nécessité de réprimer toute facilitation d'une activité terroriste qui ne débouchera peut-être jamais sur une infraction de terrorisme tient à l'ampleur du préjudice associé à celle-ci. Les appelants conviennent que l'État peut légitimement faire obstacle au terrorisme.

d) *Les dispositions contestées ont-elles une portée plus grande que nécessaire ou une incidence disproportionnée?*

[56] Enfin, je dois me demander si les dispositions en cause ont une portée plus grande qu'il ne le faut pour prévenir le terrorisme et le réprimer ou si leur incidence est totalement disproportionnée à leur objectif.

[57] Les appelants prétendent que, compte tenu de son objectif, l'art. 83.18 a une portée plus grande que nécessaire et une incidence totalement disproportionnée en ce qu'il criminalise des actes (1) qui ne présentent aucun risque de préjudice, (2) qui ne sont pas liés à un acte de terrorisme réel ou envisagé et (3) qui sont préalables à la perpétration d'une infraction préparatoire. On peut opposer aux deux premières prétentions que la portée de l'art. 83.18 est restreinte. Rappelons que la culpabilité à l'infraction créée exige, d'une part, un *actus reus*, qui ne s'entend pas d'un acte qu'une personne raisonnable ne tiendrait pas pour susceptible d'accroître sensiblement la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter et, d'autre part, un degré élevé de *mens rea* (intention spécifique d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter). Le ministère public doit prouver les deux composantes hors de tout

doute raisonnable. L'acte qui satisfait à cette condition présente un risque non négligeable de préjudice et il a un lien suffisant avec une activité terroriste réelle ou envisagée.

[58] Rappelons que la troisième prétention des appelants veut que l'art. 83.18 ait une incidence totalement disproportionnée à l'objectif du législateur d'enrayer le terrorisme en ce qu'il criminalise des actes qui sont préalables à la perpétration d'une infraction préparatoire. Les appelants conviennent que l'objectif législatif d'empêcher la perpétration d'actes de terrorisme est légitime. Ils prétendent toutefois que les crimes existants de complot et de tentative permettent d'atteindre cet objectif et qu'il est inutile et disproportionné de ratisser plus large et de criminaliser l'activité préalable ou accessoire à un acte préparatoire.

[59] Les appelants invoquent l'arrêt *R. c. Déry*, 2006 CSC 53, [2006] 2 R.C.S. 669, où le juge Fish affirme au nom de notre Cour que nul n'engage sa responsabilité criminelle en participant « à des discussions stériles concernant un crime matériel qui n'a jamais été commis et qui n'a pas même fait l'objet d'une tentative » (par. 37). Ils prétendent que l'art. 83.18 va encore plus loin et criminalise [TRADUCTION] « la contribution indirecte et vaine à une activité non terroriste en vue d'accroître la capacité d'un groupe de commettre un acte préalable comme le complot ou l'encouragement à la perpétration, même lorsque aucun acte de terrorisme n'est perpétré ou facilité et que l'accusé ignore la nature exacte de l'acte envisagé » [mémoire de l'appelant Nadarajah, au par. 43].

[60] Selon moi, l'arrêt *Déry* n'est d'aucune utilité aux appelants. Premièrement, il y est question d'interprétation, et non de limites constitutionnelles. Il appert en effet des motifs de la Cour que le législateur pourrait à son gré créer une infraction de tentative de complot : « la criminalisation de la tentative de complot pourrait bien permettre de sanctionner les ententes feintes, mais c'est au législateur qu'il appartient d'introduire dans le droit un changement de cette sorte » (par. 36).

[61] Deuxièmement, la raison invoquée dans l'arrêt *Déry* pour ne pas réprimer l'acte préalable à la perpétration d'une infraction préparatoire est l'absence de proximité suffisante entre l'infraction matérielle et la conduite préjudiciable à réprimer (aux par. 43-46). En l'espèce, le problème de la proximité des deux éléments ne se pose pas, car le législateur définit l'infraction matérielle non pas comme la perpétration d'un acte terroriste, mais bien comme le fait d'agir de manière à accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste.

[62] Je reviens au point central. L'article 83.18 a-t-il une portée plus grande que nécessaire ou une incidence totalement disproportionnée au vu de l'objectif de l'État de prévenir le terrorisme et de le réprimer? Une vaste gamme de comportements est certes visée par la disposition, mais elle est resserrée par l'exigence légale d'une intention spécifique et l'exclusion de l'acte qu'une personne raisonnable ne tiendrait pas pour susceptible d'accroître sensiblement la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter. Sur l'autre plateau de la balance, il y a l'objectif de prévenir le préjudice terrible que peut infliger

l'activité terroriste. Lorsque l'on pondère la portée ainsi circonscrite de la disposition et l'objectif de celle-ci, on ne peut pas conclure que le moyen retenu par le législateur a une portée excessive ou une incidence disproportionnée.

[63] J'ajoute que la portée des dispositions contestées résulte de la conclusion tirée par le législateur, à savoir qu'[TRADUCTION] «un préjudice important est inhérent à chacune des facettes de la planification d'un acte terroriste étant donné le grave préjudice causé par celui-ci lorsqu'il est mené à terme » (*R. c. Ahmad* (2009), 257 C.C.C. (3d) 199 (C.S.J. Ont., au par. 60). Dans le cadre de la présente analyse, il convient de déférer à cette conclusion. La criminalisation à l'art. 83.18 d'une grande variété d'interactions susceptibles d'accroître sensiblement la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter, et qui visent pareil accroissement, n'est pas totalement disproportionnée à l'objectif de réprimer le terrorisme et, en particulier, de le prévenir, et sa portée n'est pas excessive eu égard à cet objectif.

[64] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis que l'art. 83.18 ne porte pas atteinte au droit garanti à l'art. 7 de *Charte*.

2. La Loi, à savoir la division 83.01(1)b)(i)(A), porte-t-elle atteinte aux droits garantis à l'article 2 de la Charte?

a) *L'objectif de la Loi va-t-il à l'encontre de la liberté d'expression?*

[65] Dans les pourvois connexes, les appelants prétendent que la Partie II.1 du *Code criminel* criminalise l'activité expressive et, de ce fait, viole les libertés d'expression, de religion et d'association garanties à l'art. 2. Selon eux, l'objectif ou l'effet d'une loi peut restreindre un droit ou y porter atteinte. Ils ajoutent que les dispositions sur le terrorisme, à cause de leur objectif même, restreignent les droits garantis à l'art. 2 de la *Charte*.

[66] Le principal droit en jeu est celui à la liberté d'expression, car la thèse fondée sur l'al. 2b) est celle dont la portée est la plus étendue parmi les allégations de violation de droits constitutionnels. Comme le fait observer la Cour d'appel dans la présente affaire, s'il n'y a pas d'atteinte à la liberté d'expression, on ne saurait soutenir, au vu des faits de l'espèce, qu'il y a violation des libertés de religion et d'association (par. 96).

[67] Les actes visés par la Loi — se livrer à une activité terroriste, aider à sa poursuite, accroître la capacité d'autrui de s'y livrer et charger quiconque de s'y livrer — sont en quelque sorte des activités expressives. Or, l'activité violente n'est pas protégée par l'al. 2b) : *Irwin Toy c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927. Le ministère public prétend que ce principe vaut pour tout acte que répriment

les dispositions sur le terrorisme du *Code criminel*, de sorte que les garanties conférées à l'al. 2*b*) ne s'appliquent pas aux actes que vise la partie II.1 du *Code criminel*.

[68] Les appelants concèdent que l'activité qui consiste à recourir à la violence n'est pas protégée par l'al. 2*b*). Ils font toutefois valoir que notre Cour n'a pas encore été appelée à établir [TRADUCTION] « les paramètres précis de la violence qui ne bénéficie pas de la protection que l'al. 2*b*) accorde à l'activité expressive au sens large » (C.A., *Khawaja*, au par. 102). L'exception de la violence devrait selon eux être interprétée strictement afin que seule l'activité expressive qui comporte une véritable violence physique ne bénéficie pas de la protection de l'al. 2*b*).

[69] Dans les affaires connexes, le juge Pattillo conclut en première instance que l'exclusion de la violence vaut pour la menace et tout autre acte qui vient appuyer l'activité violente. Dans le présent dossier, la Cour d'appel ne juge pas nécessaire de trancher. Elle estime que même si le comportement qui constitue une « activité terroriste » au sens de la Loi bénéficiait de la protection de l'al. 2*b*), il serait quand même privé de la protection de l'al. 2*b*) parce qu'il mine les valeurs qui sous-tendent le droit à la liberté d'expression — la recherche de la vérité, la participation à la société et l'épanouissement personnel.

[70] La jurisprudence de la Cour milite en faveur de l'inapplication de la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) non seulement à la violence, mais aussi à la menace de violence : *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération*

*canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295, au par. 28; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, au par. 107; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, à la p. 588. Comme le dit la Cour dans *Greater Vancouver*, « l'expression violente ou la menace de recourir à la violence ne bénéficient pas de la garantie constitutionnelle » (au par. 28, je souligne). Il est peu logique d'exclure l'acte de violence du champ d'application de l'al. 2*b*), mais de protéger la menace de violence. Ni l'une ni l'autre ne valent d'être protégées. Comme la violence elle-même, la menace de violence mine la règle de droit. Dissidente dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, j'y opine que la menace de violence prive de la liberté de choix et compromet la liberté d'action. Elle sape les conditions et les valeurs sociales mêmes qui sont essentielles à la pérennité de la liberté d'expression (aux p. 830 et 831). Je rejette donc la prétention selon laquelle l'exception à l'application de l'al. 2*b*) pour cause de violence ne s'applique qu'à la violence physique exercée de facto, mais je ne me prononce pas sur la portée précise de l'exception. La menace de violence ne bénéficie pas de la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression.

[71] La plupart des actes qui tombent sous le coup de la partie II.1 du *Code criminel* correspondent à des actes de violence ou à des menaces de violence. Ils ne bénéficient donc pas de la protection de l'al. 2*b*). Le caractère violent des actes visés est manifeste. La partie II.1 frappe d'interdiction l'acte de violence grave et la menace d'un tel acte qui échappent à la portée de l'activité expressive protégée.

L'« activité terroriste » se définit comme un acte (action ou omission) qui, « intentionnellement », « cause des blessures graves . . . ou la mort », « met en danger la vie d'une personne », « compromet gravement la santé ou la sécurité de tout ou partie de la population » ou « cause des dommages matériels considérables . . . dans des circonstances telles qu'il est probable » que des lésions corporelles seront causées (div. 83.01(1)b)(ii) (A), (B), (C) et (D)). Un tel acte ou la menace de le commettre constitue un acte de violence grave ou une menace de violence grave, de sorte qu'il n'est pas protégé par l'al. 2b). La disposition vise également l'encouragement à la perpétration, le complot ou la complicité après le fait en liaison avec un acte énuméré aux div. 83.01(1)b)(ii) (A), (B), (C) et (D). Point n'est besoin de décider *de manière générale* si l'encouragement à la perpétration, le complot ou la complicité après le fait sont visés par l'inapplication, pour cause de violence, de la garantie de la liberté d'expression. Cependant, dans le cas des dispositions sur le terrorisme contestées, les actes énumérés aux div. 83.01(1)b)(ii) (A), (B), (C) et (D) revêtent une grande gravité. La nature particulière de ces actes justifie que l'on tienne l'encouragement à la perpétration, le complot ou la complicité après le fait pour des actes étroitement liés à la violence ainsi qu'au danger que présente cette violence pour la société canadienne. Dès lors, l'encouragement à la perpétration, le complot ou la complicité après le fait qui est lié à un acte mentionné aux div. 83.02(1)b)(ii) (A), (B), (C) et (D) ne saurait bénéficier de la protection constitutionnelle prévue à l'al. 2b).

[72] La division 83.02(1)b)(ii) (E), qui étend la définition d'« activité terroriste » de manière à englober l'acte ou l'omission qui « . . . perturbe gravement

ou paralyse des services, installations ou systèmes essentiels, publics ou privés, sauf dans le cadre de revendications, de protestations ou de manifestations d'un désaccord ou d'un arrêt de travail qui n'ont pas pour but de provoquer l'une des situations mentionnées aux divisions (A) à (C) », se révèle plus problématique. On soutient que cette disposition s'applique aux « perturb[at]ions » et aux « paralys[ies] » qui ne comportent ni violence ni menace de violence et qui pourraient donc bénéficier de la protection de la liberté d'expression prévue à l'al. 2*b*).

[73] Interprétée globalement et téléologiquement, la div. 83.02(1)*b*(ii)(E) ne vise que les actes de violence et les menaces de violence. Elle a dans sa mire la personne qui perturbe intentionnellement des infrastructures indispensables dont dépendent les gens et sans lesquelles la vie peut être gravement bouleversée et la santé publique, menacée. Premièrement, la div. (E) ne s'applique qu'à la perturbation grave et à la paralysie. Deuxièmement, il doit s'agir de la paralysie de « services, installations ou systèmes essentiels ». Troisièmement, elle exclut expressément les « revendications, . . . protestations ou . . . manifestations d'un désaccord ou . . . un arrêt de travail qui n'ont pas pour but de provoquer l'une des situations mentionnées aux divisions (A) à (C) ». Ces divisions visent respectivement les blessures corporelles ou la mort qui résultent de l'usage de la violence, la mise en danger de la vie d'une personne et le fait de compromettre gravement la santé ou la sécurité de la population, ce qui soustrait à l'application de la div. (E) un large pan de l'activité expressive, à condition qu'elle n'ait pas pour but les situations empreintes de violence mentionnées aux div. (A) à (C).

[74] Les appelants ne me convainquent pas que les activités visées à la div. 83.01(1)b)(ii)(E) se situent dans la zone protégée au titre de la liberté d'expression. Cela dit, je n'exclus pas la possibilité que, dans une affaire ultérieure, on arrive à la conclusion que cette disposition réprime une activité protégée. Il s'agira alors de déterminer si la restriction de la liberté d'expression est justifiée suivant l'article premier de la *Charte*.

[75] Je conclus que l'objectif de la Loi ne porte pas atteinte à la liberté d'expression.

b) *L'effet de la Loi va-t-il à l'encontre de la liberté d'expression?*

[76] Les appelants prétendent que la div. 83.01(1)b)(i)(A), à savoir la disposition relative au mobile, est inconstitutionnelle (1) parce qu'elle a un effet paralysant sur l'exercice des libertés d'expression, de religion et d'association et (2) qu'elle légitime une mesure d'application de la Loi qui soumet des personnes à une surveillance étroite en raison de leurs convictions religieuses, politiques ou idéologiques. Dans la présente affaire, le juge du procès fait droit à sa thèse et retranche de la Loi la disposition relative au mobile. La Cour d'appel exprime l'avis contraire et rétablit la disposition.

[77] Le ministère public rétorque qu'aucun élément ne prouve un effet paralysant sur la liberté d'expression ou un ciblage illégitime. Il ajoute que le comportement visé par la disposition n'est pas protégé par l'al. 2b), car il équivaut à

perpétrer un acte de violence ou à proférer une menace de violence, ce qui ne fait pas partie de la raison d'être de la garantie constitutionnelle. S'il n'y a pas d'effet paralysant sur l'exercice de la liberté d'expression, il ne peut y en avoir un sur l'exercice des libertés de religion ou d'association.

[78] Il faut d'abord déterminer quel type de preuve est requis pour établir que la Loi a un effet paralysant sur l'exercice des libertés garanties à l'art. 2. Les appelants soutiennent qu'on peut conclure à l'existence d'un tel effet en se fondant, comme le juge du procès, sur la logique, le bon sens et la doctrine. L'intimé convient pour sa part avec la Cour d'appel que l'existence d'un effet paralysant doit être prouvée au moyen de données empiriques fiables.

[79] Dans certains cas, l'existence de l'effet paralysant peut être inférée de faits connus et d'observations antérieures. Par exemple, toute personne raisonnable conviendrait qu'une loi rendant les journalistes passibles de dommages-intérêts en cas de reportages réalisés de manière responsable sur des hommes ou des femmes politiques aurait probablement un effet paralysant sur le travail journalistique. Dans un tel cas, il peut être inutile de prouver l'effet paralysant. Par conséquent, je ne peux être d'accord avec la Cour d'appel dans la mesure où elle laisse entendre que la personne qui invoque l'art. 2 de la *Charte* doit toujours prouver l'effet paralysant.

[80] Or, en l'espèce, sans éléments de preuve, il est impossible d'inférer que la disposition relative au mobile a un effet paralysant sur l'exercice des libertés garanties à l'art. 2 par les personnes dont les convictions religieuses ou idéologiques

s'apparentent à celles de certains terroristes. Les motifs de la Cour d'appel exposent en détail les raisons pour lesquelles on ne peut tirer une telle inférence.

[81] Premièrement, on n'a démontré aucun lien de causalité entre la disposition relative au mobile et la réticence à exprimer des opinions de nature religieuse ou idéologique. L'effet paralysant sur l'expression de telles opinions dont fait mention le juge du procès découle du climat de méfiance créé par les attentats du 11 septembre 2001, non pas de la disposition de la Loi relative au mobile.

[82] Deuxièmement, l'effet paralysant causé par l'interprétation manifestement erronée d'une disposition ne saurait justifier une conclusion d'inconstitutionnalité. La disposition relative au mobile ne peut en effet avoir d'effet paralysant que sur une personne qui n'a qu'une connaissance superficielle ou incomplète de l'art. 83.01. La personne qui lit l'article en entier prend connaissance du par. 83.01(1.1), qui dispose expressément qu'une « activité terroriste » au sens du *Code criminel* ne s'entend pas de l'expression pacifique d'une pensée, d'une croyance ou d'une opinion de nature politique, religieuse ou idéologique. Seule la personne qui ne s'en tient pas à l'expression légitime d'une telle pensée, croyance ou opinion et qui se livre plutôt à quelque acte de violence grave énuméré à l'al. 83.01(1)b)(ii) ou qui menace autrui de le faire doit craindre d'engager sa responsabilité sous le régime des dispositions sur le terrorisme du *Code criminel*.

[83] Troisièmement, l'effet paralysant résultant d'une faute policière, tel le profilage fondé uniquement sur l'appartenance ethnique ou la confession religieuse,

ne saurait être imputé aux dispositions sur le terrorisme. Je souscris à l'extrait suivant des motifs de la Cour d'appel (au par. 134) :

[TRADUCTION] Le comportement inapproprié des représentants de l'État qui veillent à l'application de la loi ne peut pas non plus rendre inconstitutionnel ce qui est par ailleurs constitutionnel. Lorsque le problème a trait à l'application d'une loi constitutionnelle, la solution consiste à remédier à l'application inappropriée, et non à déclarer la loi inconstitutionnelle : *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, aux par. 133-135.

La responsabilité criminelle d'une personne ne doit pas prendre appui sur ses convictions de nature politique, religieuse ou idéologique. La police ne doit pas soupçonner une personne pour le seul motif que celle-ci a ou exprime telle ou telle conviction. Le système de justice doit également s'abstenir de recourir à l'application inopportune de stéréotypes pour légiférer, faire enquête ou engager une poursuite. En l'espèce, le libellé de la disposition contestée respecte clairement la diversité en ce qu'il permet l'expression pacifique d'opinions de nature politique, religieuse ou idéologique. Il ne fait nullement craindre l'application inopportune de stéréotypes.

[84] C'est pourquoi je conviens avec la Cour d'appel que les appelants n'ont pas établi l'effet paralysant de la disposition relative au mobile sur l'exercice des libertés garanties à l'art. 2, ni son atteinte aux droits que consacre l'art. 2 de la *Charte*. La disposition est constitutionnelle et n'a pas à être retranchée de la Loi, contrairement à la décision du juge du procès. Ni l'inexistence dans les lois sur le terrorisme de certains pays d'une disposition relative au mobile, ni la thèse de

l'inutilité de la disposition contestée dans le régime législatif canadien ne sauraient réfuter cette conclusion.

### 3. Conclusion sur la constitutionnalité de la Loi

[85] Je conclus que les dispositions contestées ne violent pas les droits garantis aux art. 7 ou 2 de la *Charte*. Il est donc inutile d'examiner l'article premier de celle-ci.

#### B. *La Loi a-t-elle été appliquée correctement?*

##### 1. L'invalidation de la disposition relative au mobile puis son rétablissement ultérieur ont-ils rendu inéquitables le procès et les déclarations de culpabilité?

[86] Le juge du procès tient pour inconstitutionnelle la disposition relative au mobile et il la retranche de la Loi. Il instruit le procès sur cette base et déclare l'accusé coupable des accusations portées. Saisie de l'appel de cette décision, la Cour d'appel statue que la disposition est constitutionnelle et qu'elle n'aurait pas dû être retranchée. Elle confirme néanmoins les déclarations de culpabilité en application de la disposition réparatrice du *Code criminel*, le sous-al. 686(1)b)(iii), au motif que le juge du procès a estimé que le mobile était de toute façon prouvé.

[87] L'appelant prétend que le retranchement de la disposition relative au mobile puis son rétablissement ont rendu inéquitables le procès et les déclarations de

culpabilité. Il soutient avoir été déclaré coupable de crimes différents en appel et en première instance. Selon lui, la disposition réparatrice ne peut s'appliquer aux erreurs du juge de première instance qui compromettent l'équité du procès. En le déclarant coupable d'autres accusations (soit sur le fondement de dispositions différentes) que celles considérées au procès, la Cour d'appel serait allée à l'encontre de ce principe. L'appelant affirme que si le mobile avait constitué un élément essentiel de l'infraction au procès, il aurait témoigné pour sa propre défense afin de soulever un doute raisonnable.

[88] Je ne peux faire droit à ces arguments. Premièrement, au chapitre des faits, le juge du procès conclut précisément que le volet de la définition d'activité terroriste qui correspond au mobile est prouvé hors de tout doute raisonnable, ce qui étaye suffisamment cet élément des infractions pour lesquelles il y a déclaration de culpabilité. Il dit aussi ce qui suit au par. 89:

[TRADUCTION] ... J'estime que ma décision préalable [concernant la constitutionnalité de la disposition relative au mobile] ... n'a pas véritablement d'effet sur l'issue de l'affaire. Et ce, parce que de nombreux éléments prouvent que les actes de Khawaja, de Babar, de Khyam et de leurs acolytes étaient manifestement perpétrés au nom — «exclusivement ou non — d'un but, d'un objectif ou d'une cause de nature politique, religieuse ou idéologique». Qu'il s'agisse ou non d'un élément essentiel de ces infractions, il est clairement prouvé. [Je souligne.]

[89] Deuxièmement, la preuve du mobile et du fait que l'appelant savait que les membres de la cellule terroriste de Khyam et lui partageaient ce mobile était accablante et non contestée pour l'essentiel. Les actes et les courriels de l'appelant

trahissaient son idéologie religieuse extrémiste. Il dit carrément consacrer sa vie au *jihad* armé. Sa propre correspondance établit sans l'ombre d'un doute que Khyam et ses autres « frères » de la cellule terroriste partageaient son mobile de nature religieuse et qu'il le savait. En clair, le mobile de l'appelant était établi hors de tout doute raisonnable.

[90] Troisièmement, l'affirmation de l'appelant selon laquelle il se serait présenté à la barre et aurait témoigné afin de soulever un doute raisonnable quant au mobile si la disposition n'avait pas été invalidée n'a aucune vraisemblance. Les éléments susmentionnés écartent toute possibilité que l'appelant témoigne de manière à soulever un doute sur sa connaissance du fait que les membres de la cellule terroriste de Khyam et lui avaient la même motivation religieuse et le même degré d'engagement dans le *jihad* armé.

[91] Quatrièmement, l'affirmation de l'appelant selon laquelle, si la disposition relative au mobile n'avait pas été jugée inconstitutionnelle avant le procès, sa stratégie de défense aurait été différente, n'est pas digne de foi. Cette décision préliminaire a certes soustrait le mobile aux questions de droit soulevées, mais non aux questions de fait qui se posaient toujours. La preuve du poursuivant quant au mobile était susceptible de fonder des inférences au chapitre de la connaissance de l'accusé et de son intention d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter. Il n'y a tout simplement pas de fondement

valable pour conclure que l'appelant aurait présenté une défense différente si la disposition sur le mobile n'avait pas été retranchée avant le procès.

[92] En somme, le rétablissement en appel d'un élément essentiel de l'infraction n'a causé aucun préjudice en l'espèce. Il ne fait pas de doute que le juge du procès aurait reconnu l'appelant coupable des accusations que la disposition relative au mobile ait existé ou non, et il est illogique de supposer que la preuve accablante du mobile religieux, politique ou idéologique pouvait être repoussée.

[93] Notre décision à ce titre revêt un caractère exceptionnel, mais opportun dans les circonstances elles aussi exceptionnelles de l'espèce. En règle générale, lorsqu'un tribunal d'appel conclut que l'infraction dont l'appelant a été déclaré coupable comprend un élément essentiel supplémentaire, l'équité exige qu'elle ordonne un nouveau procès ou un verdict imposé. Or, dans la présente affaire, la Cour peut avoir la certitude que l'appelant n'a pas subi de préjudice justifiant la tenue d'un nouveau procès, ne serait-ce que parce que la preuve de l'élément supplémentaire de l'infraction était accablante, comme le conclut effectivement le juge du procès, et qu'il est évident que la stratégie de l'appelant n'aurait pas été différente si l'élément avait été retenu au procès.

[94] Je suis d'avis de rejeter la prétention voulant que la Cour d'appel ait eu tort d'appliquer la disposition réparatrice et de confirmer les déclarations de culpabilité.

2. L'exception relative au conflit armé s'applique-t-elle?

[95] Il est possible de soutenir que les chefs d'accusation 3 à 7 ont trait à des activités insurrectionnelles en Afghanistan. L'appelant prétend que, dans la mesure où sa participation à ces activités est démontrée, il bénéficie de l'exception à l'application de la définition d'activité terroriste prévue pour le conflit armé. Il ajoute qu'il incombe au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable qu'il n'en bénéficie pas, ce dont il ne s'est pas acquitté.

[96] Le juge du procès conclut que l'appelant n'a pas participé à un conflit armé parce que ses actes ne répondaient pas à la définition pertinente et qu'il n'y avait pas de conflit armé au Canada, au Pakistan et au Royaume-Uni, les pays dans lesquels les actes reprochés ont eu lieu. Il prend connaissance d'office du conflit en Afghanistan et de la contre-insurrection dirigée contre le gouvernement et la population civile. La Cour d'appel opine qu'il y avait lieu de recourir à la connaissance d'office et de conclure que les activités reprochées ne s'inscrivaient pas dans un conflit armé. Elle statue toutefois que le juge du procès a tort de conclure que l'exception du conflit armé ne vaut que pour les actions ou les omissions qui interviennent à l'intérieur des limites territoriales où sévit un conflit armé.

[97] Un certain nombre de sous-questions se posent. Premièrement, le ministère public doit-il prouver hors de tout doute raisonnable l'inapplication de l'exception du conflit armé? Deuxièmement, y a-t-il lieu de recourir à la connaissance d'office pour décider si les actes reprochés ont été accomplis ou non

dans le cadre d'un conflit armé? Troisièmement, quelle est la portée de l'exception du conflit armé prévue dans la définition d'activité terroriste.

[98] En ce qui concerne le fardeau de preuve, il incombe au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que les actes reprochés à l'accusé correspondent à la définition d'activité terroriste. C'est à lui de le prouver, et tout doute raisonnable joue en faveur de l'accusé. Toutefois, l'exception du conflit armé offre un moyen de défense. L'accusé doit la faire valoir et prouver *prima facie* qu'elle s'applique. Dans le présent dossier, l'accusé ne pouvait s'acquitter de cette obligation, car aucune preuve n'étayait l'applicabilité de l'exception. L'application de l'exception du conflit armé n'était tout simplement pas vraisemblable.

[99] En ce qui concerne le deuxième point, je conviens avec les tribunaux inférieurs qu'on pouvait prendre connaissance d'office de la guerre en cours en Afghanistan et des activités de contre-insurrection qui y ont lieu et qui, sous réserve de l'exception du conflit armé, répondent à la définition d'activité terroriste. Ces faits ne peuvent être contestés et satisfont donc aux exigences de la connaissance d'office.

[100] En l'espèce, il est crucial de savoir si l'exception du conflit armé s'applique aux actes accomplis par l'appelant, selon le juge du procès. À l'instar des tribunaux inférieurs, je réponds par la négative. Cette exception vise à exclure les actes commis dans le cadre d'un conflit conformément au droit international applicable. L'application de cette exception en l'espèce n'a pas de fondement dans la

preuve : on ne peut affirmer que les actes ont été accomplis uniquement à l'appui d'une partie à un conflit armé, ni conformément au droit international applicable.

[101] D'abord, le juge du procès conclut expressément que l'appelant savait que les activités terroristes du groupe de Khyam débordaient le cadre du conflit armé sévissant en Afghanistan et qu'il partageait les visées terroristes du groupe (par. 130-131). Partant, ses actes ne [TRADUCTION] « ne visaient pas uniquement à appuyer l'insurrection en Afghanistan » (C.A., par. 168). Même si les activités de l'appelant liées à ce pays pouvaient être imputées à un conflit armé régi par le droit international, les verdicts demeureraient inchangés.

[102] Ensuite, de solides éléments de preuve réfutent la thèse que les actes de l'appelant s'inscrivaient dans le cadre d'un conflit armé régi par le droit international. Il est invraisemblable que l'appelant ait cru que le groupe de Khyam comptait respecter le droit international ou qu'il s'en soit soucié. La preuve établit uniquement que [TRADUCTION] « l'appelant propageait avec ardeur haine, antisémitisme et fanatisme religieux, qu'il idéalisait la perpétration d'atrocités massives, qu'il fabriquait des détonateurs et qu'il aidait par ailleurs ses "frères extraordinaires . . . qui partageaient le même sentiment" » (M.I., au par. 39). L'idéologie du *jihad* armé à laquelle souscrit l'appelant dans ses nombreuses communications est foncièrement incompatible avec le droit international. Les conventions de Genève interdisent les actes qui consistent à semer la terreur parmi les populations civiles et elle les assimile à des crimes de guerre. Or, l'appelant a accompli ses actes afin d'aider un groupe

voué à la lutte armée contre tous ceux qui appuient les régimes non islamiques et pour qui les fins du *jihad* peuvent parfois justifier un attentat suicide contre des civils.

[103] Voilà la preuve dont disposait le juge du procès. Non contredite, elle établit hors de tout doute raisonnable que l'appelant ne bénéficie pas de l'exception à l'application de la définition d'activité terroriste prévue pour le conflit armé.

### 3. Les verdicts sont-ils déraisonnables?

[104] L'appelant invoque trois motifs pour lesquels les déclarations de culpabilité relatives aux chefs d'accusation 3 à 7 seraient déraisonnables : (1) le ministère public n'a pas prouvé qu'il était au courant du complot de faire exploser une bombe au R.-U., (2) aucun élément ne prouve qu'il savait que le groupe de Khyam était un groupe terroriste et (3) le ministère public n'a pas prouvé les éléments constitutifs des infractions.

[105] Ces prétentions sont sans fondement. Les chefs 3 à 7 ne visaient pas que le complot d'attentat à l'explosif au R.-U. À juste titre, le juge du procès ne déclare l'appelant coupable que d'infractions incluses liées à la fabrication d'un engin explosif en vue de l'attentat projeté au R.-U. (chefs 1 et 2). En outre, se fondant sur une preuve abondante, le juge conclut expressément que le groupe de Khyam est un groupe terroriste au sens de la définition du *Code criminel*, que l'appelant connaissait les objectifs terroristes de ce groupe et qu'il a sciemment contribué à leur réalisation. Enfin, la thèse du verdict déraisonnable prend en grande partie appui sur l'exception

du conflit armé, laquelle ne saurait s'appliquer en l'espèce pour les motifs énoncés précédemment.

C. *La Cour d'appel a-t-elle eu tort d'annuler la peine imposée en première instance et de lui substituer l'emprisonnement à perpétuité?*

1. La peine imposée en première instance

[106] Le juge du procès déclare l'appelant coupable de sept infractions. En ce qui concerne les deux premiers, il estime que sa connaissance du complot d'attentat à la bombe au R.-U. n'est pas prouvée et il le reconnaît seulement coupable des actes liés à la mise au point du « hifidigimonster » destiné à d'éventuels attentats à l'explosif. Quant aux chefs 3 à 7, il déclare l'appelant coupable de divers actes liés aux activités terroristes du groupe de Khyam.

[107] Le juge du procès condamne l'appelant à 10 ans et demi d'emprisonnement en sus des 5 années déjà purgées. Il estime que, suivant le principe de l'arrêt *Kienapple*, l'appelant ne doit être condamné que pour une des infractions comprises dans les deux premiers chefs, puisque les deux se rattachent aux mêmes actes, à savoir la mise au point du « hifidigimonster ».

[108] Le juge examine les principes et les objectifs de la détermination de la peine et il affirme que, dans les affaires de terrorisme, la dénonciation, la dissuasion générale et la protection du public l'emportent sur la dissuasion de l'individu et sa

réinsertion sociale. Il conclut que, en l'absence de preuve s'y rapportant, la réinsertion n'est pas prise en compte, puis il souligne la gravité des infractions et l'effet aggravant de la motivation de l'appelant.

[109] Le juge rejette la prétention du ministère public selon laquelle l'appelant devrait se voir infliger la même peine que celle dont a écopé Khyam, l'un des auteurs du complot d'attentat à la bombe à Londres, au R.-U., parce que la participation de l'appelant était moindre et ne justifiait pas une peine d'emprisonnement à perpétuité. Dans les motifs qu'il invoque à l'appui de la peine, le juge qualifie l'appelant d'[TRADUCTION] « amateur » ((2009), 248 C.C.C. (3d) 233, au par. 33) et de « partisan à la fois enthousiaste et dévoué » (par. 37), alors que Khyam et ses acolytes [TRADUCTION] « étaient bien plus déterminés » que lui.

[110] Le juge du procès fait remarquer que l'art. 83.26 du *Code criminel* prescrit l'infliction de peines consécutives pour la perpétration d'actes de terrorisme. Toutefois, le « principe de totalité » voulant que la peine cumulative infligée ne soit pas indument longue ou sévère ni disproportionnée eu égard à la culpabilité globale du délinquant, n'est pas pour autant écarté.

[111] Vu la nécessité de dénoncer les actes de l'appelant, le juge du procès refuse de réduire la peine à raison du double du temps passé en détention. Cependant, il tient généralement compte des cinq années purgées par l'appelant dans un centre de détention non adapté à l'emprisonnement de longue durée. De même, sans recourir à

une formule mathématique précise, il réduit quelque peu la peine en raison des aveux de l'appelant au procès.

[112] En conclusion, le juge inflige au total 10 ans et demi d'emprisonnement : 4 ans pour le premier chef, 2 ans pour le troisième, 2 ans pour le quatrième, 2 ans pour le cinquième, 3 mois pour chacun des sixième et septième chefs. Il exclut toute possibilité de libération conditionnelle avant 5 ans, il ordonne à l'appelant de se soumettre à un prélèvement génétique (exécution de l'ordonnance suspendue jusqu'au jugement en appel) et il lui interdit de posséder une arme à feu sa vie durant.

## 2. La peine imposée par la Cour d'appel

[113] La Cour d'appel opine que trois erreurs de principe entache la détermination de la peine en première instance et, sur le premier chef, elle accroît la peine en infligeant l'emprisonnement à perpétuité et, sur les autres chefs, elle impose des peines consécutives totalisant 24 ans d'emprisonnement.

[114] La première erreur réside dans la conclusion du juge du procès selon laquelle le degré d'implication de l'appelant est minime par rapport à Khyam et à ses acolytes, lesquels étaient « bien plus déterminés » que M. Khawaja. La Cour d'appel statue que, au vu de l'ensemble de la preuve, il s'agit d'une conclusion déraisonnable. La deuxième erreur tient à l'omission de voir dans l'absence de preuve sur les perspectives de réinsertion sociale un élément important de la détermination de la

peine. La troisième résulte du caractère non consécutif des peines, lequel va à l'encontre de l'art. 83.26

### 3. Analyse

[115] Je souligne d'emblée qu'il faut résister à la tentation d'établir des principes rigides de détermination de la peine pour les seules infractions de terrorisme et de considérer que celles-ci appartiennent à une catégorie d'infractions à part, sous réserve des dispositions du *Code criminel* qui visent précisément ces infractions. Les principes généraux de détermination de la peine, dont le principe de totalité, s'appliquent aux infractions de terrorisme.

[116] En ce qui concerne les peines infligées à l'appelant, je conviens avec la Cour d'appel que le juge du procès a commis de graves erreurs dans la détermination de la sanction qui s'imposait.

[117] La première erreur relevée correspond à la minimisation excessive de la gravité des actes de l'appelant. Pour la Cour d'appel, il appert des remarques du juge du procès que les actes de l'appelant lui paraissent moins moralement répréhensibles que ceux de Khyam et de ses acolytes. On peut aussi conclure des observations du juge qu'il considère simplement que l'appelant n'est pas aussi directement engagé dans l'activité terroriste que les autres. Quoiqu'il en soit, il semble que le juge minimise bel et bien, malgré la preuve, la gravité des actes de l'appelant.

[118] Il appert en somme de la preuve que l'appelant était résolu à aider le groupe de Khyam à commettre un certain nombre d'actes de violence à grande échelle contre des civils et des cibles militaires, qu'il a contribué au financement du groupe de Khyam, qu'il a offert à Khyam de lui donner des cours d'électronique, qu'il a fabriqué des dispositifs permettant de déclencher à distance des engins explosifs artisanaux (le « hifidigimonster ») et qu'il est allé s'entraîner au Pakistan en vue de « combattre » en Afghanistan. Ses courriels révèlent qu'il encourageait le *jihād* armé et qu'il se réjouissait de son existence. Le courriel dans lequel il se montre favorable à l'utilisation d'une personne présentant des difficultés comme bombe humaine dans une boîte de nuit israélienne glace particulièrement le sang.

[119] Voici un message donnant une idée de la teneur des courriels de l'appelant :

[TRADUCTION] Ok, nègre, je vais faire une réservation, Inch'Allah, je pense arriver autour du 20 février. Dis-moi si ça te convient. Laisse-moi également savoir bientôt comment tu veux l'appareil. Je veux juste faire une démonstration et te montrer comment il fonctionne, etc., sa portée et d'autres choses. Donc, nous devons trouver une manière de l'introduire au R.-U., je peux peut-être aller le porter, je ne sais pas si les douaniers britanniques vont l'intercepter ou non. Prions Dieu qu'il nous éclaire. Nous commençons à travailler à un certain nombre d'autres projets beaucoup plus complexes qui peuvent être d'un grand intérêt pour le J, je t'en parlerai lorsque nous nous verrons ... (jugement de première instance, au par. 42)

[120] Le juge du procès dit clairement que M. Khawaja [TRADUCTION] « porte l'entière responsabilité de ses actes » (motifs du jugement relatif à la détermination de la peine, par. 31). Il explique (au par. 31) :

[TRADUCTION] . . . il a tout quitté, son foyer, son pays et un emploi rémunérateur pour se joindre au groupe de Khyam et participer comme il l'a fait à ses activités. Ce n'est pas un jeune homme vulnérable qu'on a leurré ou trompé pour l'amener à commettre des actes criminels qu'il n'était pas enclin à commettre. Khawaja a agi avec empressement et de son plein gré . . . [Je souligne.]

[121] En résumé, la [TRADUCTION] « détermination [subjective de l'appelant] à causer la mort de personnes innocentes, à semer la destruction et la terreur » (au par. 37) paraît avoir été grande — aussi grande en fait que celle des autres membres du groupe de Khyam.

[122] En deuxième lieu, la Cour d'appel reproche au juge du procès de ne pas avoir vu dans l'absence de preuve sur la réinsertion sociale éventuelle de l'appelant un élément important de la détermination de la peine. Je conviens que l'absence de données sur le risque de récidive est pertinente à ce chapitre, particulièrement au regard de l'al. 718c) et de la nécessité d'isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société. Dans *R. c. Downey*, 2010 ONSC 1531 (CanLII), au par. 31, le juge O'Connor écrit d'ailleurs ce qui suit :

[TRADUCTION] Dans les cas où il est manifeste que le délinquant est une personne dangereuse qui mettra en péril la sécurité publique si elle est libérée, la détention doit se poursuivre jusqu'à ce que l'on puisse raisonnablement conclure que le danger est écarté. La durée de la peine doit être suffisamment longue pour que l'autorité correctionnelle ait le temps de traiter adéquatement le délinquant et que la Commission nationale des libérations conditionnelles évalue le risque de récidive.

[123] L'absence d'élément de preuve sur le risque que l'appelant récidive a privé le juge de l'assurance que l'appelant n'était plus acquis à la cause du *jihad* armé et du terrorisme ou que, avec le temps, il pourrait changer et ne plus devoir être soumis au contrôle de l'État sans que la population ne soit exposée à un risque de préjudice trop grand. L'absence de données sur la récidive éventuelle, au vu d'une preuve convaincante de dangerosité, suffit à justifier une peine plus sévère.

[124] Je ne saurais convenir de manière générale que [TRADUCTION] « l'importance de la réinsertion sociale comme circonstance atténuante diminue considérablement dès lors qu'il est question de terrorisme étant donné la nature particulière du crime et la grave menace qu'il fait peser sur les fondements de notre société démocratique » (C.A., *Khawaja*, au par.201). Les dispositions sur le terrorisme visent une très grande variété d'actes, ce qui donne à penser qu'il vaut mieux laisser au juge du procès le soin de décider dans chaque cas de l'importance qu'il convient d'accorder à la réinsertion sociale. Mais le fait demeure que, compte tenu de la preuve en l'espèce, l'absence de données sur les possibilités de réinsertion sociale justifiait une peine plus sévère que celle qui aurait convenu autrement.

[125] En troisième lieu, la Cour d'appel reproche au juge du procès de mal interpréter l'art. 83.26, qui prévoit que la peine infligée pour une infraction prévue à l'un des art. 83.02 à 83.04 et 83.18 à 83.23 est purgée consécutivement. Selon elle, dans le cas d'actes de terrorisme, il convient de modérer ou de modifier l'application du « principe de totalité » — suivant lequel la peine cumulative infligée pour de

multiples infractions ne doit pas être disproportionnée eu égard à la culpabilité globale du délinquant — de façon à lever [TRADUCTION] « la limite supérieure [de 15 à 20 ans] habituellement observée pour les peines consécutives d'une durée déterminée » (par. 210).

[126] Certes, l'art. 83.26 exige que les peines infligées pour des infractions de terrorisme soient purgées consécutivement, mais je ne peux être d'accord avec la Cour d'appel lorsqu'elle estime que cette modalité est incompatible avec le principe de totalité, compte tenu de la preuve en l'espèce. Le principe de totalité veut seulement que la peine infligée ne soit pas disproportionnée eu égard à la culpabilité globale du délinquant. Les tribunaux canadiens infligent généralement des peines d'une durée de 15 à 20 ans lorsque l'emprisonnement à perpétuité n'est pas indiqué, mais cette pratique n'est pas obligatoire et *ne relève pas* du principe de totalité : voir *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, au par. 56 (le juge en chef Lamer). L'idée que des peines de plus de 20 ans d'emprisonnement devraient être imposées plus souvent dans les dossiers de terrorisme ne va pas à l'encontre du principe de totalité. C'est simplement prendre acte du caractère particulièrement grave des infractions de terrorisme et de la culpabilité morale de leurs auteurs. Je conclus que l'extrême gravité des infractions de terrorisme en cause dans la présente affaire justifie des peines consécutives totalisant plus de 20 ans d'emprisonnement, et ce, sans entorse au principe de totalité.

[127] Après l'analyse des trois erreurs du juge du procès, la Cour d'appel déclare que la peine infligée ne tient pas dûment compte de trois considérations cruciales.

[128] Premièrement, la peine imposée ne reflète pas la gravité des actes de l'appelant. Je suis d'accord. L'appelant a participé de son plein gré aux activités d'un groupe terroriste. Il était résolu à tuer tous ceux qui s'opposaient à son idéologie extrémiste et il a contribué de nombreuses manières aux activités du groupe. S'il n'en avait tenu qu'à lui, ses détonateurs de bombe auraient causé la mort de nombreux civils. Une peine de 10 ans et demi pour de tels actes est loin d'être suffisante.

[129] Deuxièmement, la Cour d'appel conclut que la peine ne reflète pas le danger permanent que présenterait pour la société cet homme résolu et sans remords apparents une fois libéré. Pour les motifs qui précèdent, je souscris à son opinion. La peine infligée à l'issue du procès ne tient pas dûment compte du danger que l'appelant présente toujours pour la société.

[130] Enfin, la Cour d'appel estime que la peine infligée en première instance ne transmet pas le [TRADUCTION] « message clair et non équivoque que le terrorisme est condamnable et que ceux qui décident de s'y livrer [au Canada] paieront un prix très élevé » (par. 246). Sans laisser entendre que des règles ou des objectifs particuliers de détermination de la peine s'appliquent en matière de terrorisme, je conviens que la dénonciation et la dissuasion, tant sur le plan individuel que collectif,

constituent des objectifs importants lorsqu'il s'agit d'arrêter la peine des auteurs d'infractions de terrorisme étant donné la gravité de celles-ci : sous-al. 718.2a)(v) *Code criminel*; H. Parent et J. Desrosiers, *Traité de droit criminel* (2012), vol. 3, *La peine*, aux p. 76-78.

[131] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi interjeté à l'encontre de la peine.

## VII. Conclusion

[132] Le pourvoi est rejeté. Les déclarations de culpabilité et la peine infligée par la Cour d'appel sont confirmées.

### ANNEXE

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46

**83.01** (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

« activité terroriste »

...

*b)* soit un acte — action ou omission, commise au Canada ou à l'étranger :

(i) d'une part, commis à la fois :

(A) au nom — exclusivement ou non — d'un but, d'un objectif ou d'une cause de nature politique, religieuse ou idéologique,

(B) en vue — exclusivement ou non — d'intimider tout ou partie de la population quant à sa sécurité, entre autres sur le plan économique, ou de contraindre une personne, un gouvernement ou une organisation nationale ou internationale à accomplir un acte ou à s'en abstenir, que la personne, la population, le gouvernement ou l'organisation soit ou non au Canada,

(ii) d'autre part, qui intentionnellement, selon le cas :

(A) cause des blessures graves à une personne ou la mort de celle-ci, par l'usage de la violence,

(B) met en danger la vie d'une personne,

(C) compromet gravement la santé ou la sécurité de tout ou partie de la population,

(D) cause des dommages matériels considérables, que les biens visés soient publics ou privés, dans des circonstances telles qu'il est probable que l'une des situations mentionnées aux divisions (A) à (C) en résultera,

(E) perturbe gravement ou paralyse des services, installations ou systèmes essentiels, publics ou privés, sauf dans le cadre de revendications, de protestations ou de manifestations d'un désaccord ou d'un arrêt de travail qui n'ont pas pour but de provoquer l'une des situations mentionnées aux divisions (A) à (C).

Sont visés par la présente définition, relativement à un tel acte, le complot, la tentative, la menace, la complicité après le fait et l'encouragement à la perpétration; il est entendu que sont exclus de la présente définition l'acte — action ou omission — commis au cours d'un conflit armé et conforme, au moment et au lieu de la perpétration, au droit international coutumier ou au droit international conventionnel applicable au conflit ainsi que les activités menées par les forces armées d'un État dans l'exercice de leurs fonctions officielles, dans la mesure où ces activités sont régies par d'autres règles de droit international.

« groupe terroriste »

a) Soit une entité dont l'un des objets ou l'une des activités est de se livrer à des activités terroristes ou de les faciliter;

b) soit une entité inscrite.

Est assimilé à un groupe terroriste un groupe ou une association formé de groupes terroristes au sens de la présente définition.

(1.1) Il est entendu que l'expression d'une pensée, d'une croyance ou d'une opinion de nature politique, religieuse ou idéologique n'est visée à l'alinéa b) de la définition de « activité terroriste » au paragraphe (1) que si elle constitue un acte — action ou omission — répondant aux critères de cet alinéa.

**83.18** (1) Est coupable d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de dix ans quiconque, sciemment, participe à une activité d'un groupe terroriste, ou y contribue, directement ou non, dans le but d'accroître la capacité de tout groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter.

(2) Pour que l'infraction visée au paragraphe (1) soit commise, il n'est pas nécessaire :

a) qu'une activité terroriste soit effectivement menée ou facilitée par un groupe terroriste;

b) que la participation ou la contribution de l'accusé accroisse effectivement la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter;

c) que l'accusé connaisse la nature exacte de toute activité terroriste susceptible d'être menée ou facilitée par un groupe terroriste.

(3) La participation ou la contribution à une activité d'un groupe terroriste s'entend notamment :

a) du fait de donner ou d'acquérir de la formation ou de recruter une personne à une telle fin;

b) du fait de mettre des compétences ou une expertise à la disposition d'un groupe terroriste, à son profit ou sous sa direction, ou en association avec lui, ou d'offrir de le faire;

c) du fait de recruter une personne en vue de faciliter ou de commettre une infraction de terrorisme ou un acte à l'étranger qui, s'il était commis au Canada, constituerait une telle infraction;

d) du fait d'entrer ou de demeurer dans un pays au profit ou sous la direction d'un groupe terroriste, ou en association avec lui;

e) du fait d'être disponible, sous les instructions de quiconque fait partie d'un groupe terroriste, pour faciliter ou commettre une

infraction de terrorisme ou un acte à l'étranger qui, s'il était commis au Canada, constituerait une telle infraction.

(4) Pour déterminer si l'accusé participe ou contribue à une activité d'un groupe terroriste, le tribunal peut notamment prendre en compte les faits suivants :

- a) l'accusé utilise un nom, un mot, un symbole ou un autre signe qui identifie le groupe ou y est associé;
- b) il fréquente quiconque fait partie du groupe terroriste;
- c) il reçoit un avantage du groupe terroriste;
- d) il se livre régulièrement à des activités selon les instructions d'une personne faisant partie du groupe terroriste.

...

**83.26** La peine — sauf une peine d'emprisonnement à perpétuité — infligée à une personne pour une infraction prévue à l'un des articles 83.02 à 83.04 et 83.18 à 83.23 est purgée consécutivement :

- a) à toute autre peine — sauf une peine d'emprisonnement à perpétuité — sanctionnant une autre infraction basée sur les mêmes faits;
- b) à toute autre peine — sauf une peine d'emprisonnement à perpétuité — en cours d'exécution infligée à une personne pour une infraction prévue à l'un de ces articles.

**718.2** Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants :

- a) la peine devrait être adaptée aux circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant; sont notamment considérées comme des circonstances aggravantes des éléments de preuve établissant :

...

- (v) que l'infraction perpétrée par le délinquant est une infraction de terrorisme;

719. (1) La peine commence au moment où elle est infligée, sauf lorsque le texte législatif applicable y pourvoit de façon différente.

...

(3) Pour fixer la peine à infliger à une personne déclarée coupable d'une infraction, le tribunal peut prendre en compte toute période que la personne a passée sous garde par suite de l'infraction.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appelant : Greenspon, Brown & Associates, Ottawa.*

*Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada,  
Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur  
général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Groupe d'étude en droits et libertés de la  
Faculté de droit de l'Université Laval : Langlois Kronström Desjardins, Québec.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés  
civiles : Kapoor Barristers, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la  
Colombie-Britannique : Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.*